



Irma Eréndira Sandoval

**Rendición de Cuentas y
Fideicomisos:
El Reto de la Opacidad Financiera**



SERIE:

CULTURA DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS



10



Serie: Cultura de la Rendición de Cuentas
ISBN-978-968-5500
D.R. © Auditoría Superior de la Federación
Av. Coyoacán 1501, Col. Del Valle,
C.P. 03100, México, D.F., Tel: 5200-1500

Rendición de Cuentas y Fideicomisos:
El Reto de la Opacidad Financiera
ISBN-978-968-5500-11-1

El contenido de esta publicación, incluido el diseño de portada e interiores, no podrá ser reproducido total ni parcialmente, ni almacenarse en sistemas de reproducción, ni transmitirse en forma alguna, sin permiso previo por escrito de los editores.

Presentación	5
I.- Introducción	7
II.- Democracia y Transparencia	11
III.- Evolución Histórica y Normativa de Fondos y Fideicomisos	15
IV.- Derecho Comparado	27
V.- Lagunas en la Rendición de Cuentas de Fondos y Fideicomisos	43
VI.- Revisiones de la Auditoría Superior de la Federación	63
VII.- Conclusiones y Propuestas: Hacia una Ley General de Fideicomisos	83
Bibliografía	91

* Nota del Autor. “ Agradezco a Víctor García su gran ayuda en las tareas de apoyo a la investigación. De igual forma agradezco al Dr. John Ackerman y al Lic. Netzai Sandoval sus enriquecedores comentarios a las primeras versiones de este documento.”.

Presentación

El entramado institucional de la rendición de cuentas en México, reclama de ajustes que permitan preservar lo alcanzado y desarrollar nuevas capacidades que garanticen un ejercicio transparente de las finanzas públicas; si bien hemos avanzado en el sentido correcto, la transparencia y la rendición de cuentas son todavía tareas que debemos fortalecer para consolidar nuestro desarrollo democrático.

En materia de fideicomisos, fondos, mandatos y contratos análogos, la Auditoría Superior de la Federación, ha reiterado la apremiante necesidad de impulsar una mayor transparencia en su operación dado los cuantiosos recursos públicos que manejan.

En ese sentido, el texto que presenta la Dra. Irma Eréndira Sandoval, ofrece una revisión de los conceptos de democracia y transparencia, así como una interesante evolución histórica y normativa de los fideicomisos públicos en México y en América Latina; asimismo, con el propósito de dar mayor sustento al tema que aborda, la autora hace referencia puntual de algunos hallazgos detectados por la Auditoría Superior de la Federación en la fiscalización de estas figuras jurídicas.

En los últimos años, la transparencia y la rendición de cuentas de los fideicomisos públicos en México ha sido materia recurrente del debate nacional en virtud de la discrecionalidad que les ha permitido el marco jurídico vigente, lo cual ha generado serios obstáculos que, en muchos casos, impiden conocer el destino final de los recursos públicos que ellos incorporan.

En consideración a ello, y con un lenguaje claro y directo, la Dra. Sandoval realiza diversas reflexiones críticas respecto de los fideicomisos y fondos públicos que operan en nuestro país, destacando la opacidad que existe en su operación, y concluyendo, entre otros aspectos, con la necesidad de crear una “Ley General de Fideicomisos” cuyo contenido garantice, de manera integral, la debida transparencia y rendición de cuentas que reclama la ciudadanía sobre este tipo de instrumentos.

Como ha sido norma invariable del Programa Editorial de la Auditoría Superior de la Federación, se ha respetado escrupulosamente el criterio de la autora, quien con absoluta libertad expone, en esta obra, sus argumentos y opiniones sobre este controvertido tema.

Consideramos pues, que el presente trabajo permite a los lectores interesados en la materia, acceder, de manera particular, a una valiosa información sobre uno de los temas centrales que actualmente forma parte de la agenda nacional.

C.P.C. Arturo González de Aragón O.
Auditor Superior de la Federación

I. Introducción

La transparencia y la rendición de cuentas en materia financiera constituyen dos de las asignaturas pendientes en el proceso democratizador de México. Los datos más recientes reportan que para marzo de 2007, se encuentran vigentes 589 fideicomisos, mandatos y actos jurídicos análogos. Estas figuras mercantiles manejan recursos por 267, 074.9 millones de pesos.¹ La cifra por sí misma equivale a casi tres puntos porcentuales del Producto Interno Bruto y exige un escrutinio cuidadoso. Tan sólo durante el pasado sexenio, el gobierno Federal constituyó más de 150 fideicomisos que por desgracia, en su gran mayoría, no cuentan ni con el control ni con la supervisión adecuados.

Teóricamente, los fideicomisos podrían funcionar como un instrumento favorecedor de la inversión y el ahorro. Ellos constituyen una relación jurídica por medio de la cual una persona (fideicomitente) transfiere bienes a otra (fiduciaria) para que ésta los administre y realice con ellos algún fin lícito específico o, en su caso, los prepare para venderlos o transmitirlos, una vez cumplidos los fines establecidos en el contrato, a una tercera persona (fideicomisario). Etimológicamente, la palabra fideicomiso emerge de la fusión de los vocablos ‘fides’ que expresa fe o confianza, y ‘comittere’ que significa comisionar. En este caso un fideicomiso sería alguien o algo en quien uno deposita su confianza.

Sin embargo, el ejercicio de los asuntos públicos no debe funcionar sobre la base de la confianza, sino bajo el principio rector de la responsabilidad gubernamental. Nadie debe estar exento del ejercicio de la rendición de cuentas y de la obligación por ofrecer información. Los fideicomisos, sean estos públicos o mixtos, deben prestarse a la fiscalización de forma periódica, sobre todo cuando los recursos manejados

¹ Ver: <http://www.shcp.gob.mx/index01.html>

por ellos pertenezcan a todos los ciudadanos y afecten sus derechos cívicos.

Históricamente, por medio de la utilización de los fideicomisos, las entidades y organismos gubernamentales han podido disponer de recursos públicos sin vigilancia y supervisión alguna por parte de los órganos de control del Estado. Ello, como es lógico, ha provocado múltiples irregularidades en la gestión pública y ha llegado a generar importantes daños patrimoniales a través de gastos discrecionales, de desvío de recursos, y de conspicuos casos de corrupción.

En este texto veremos, por ejemplo, la dificultad para transparentar el oneroso rescate bancario instrumentado por el Fondo Bancario de Protección al Ahorro (FOBAPROA) y el actual Instituto para la Protección al Ahorro Bancario (IPAB). Con el argumento del secreto bancario, las autoridades financieras a cargo de dar seguimiento a las múltiples denuncias de irregularidades cometidas por los bancos, han logrado entorpecer las investigaciones y han mantenido al rescate bancario en la opacidad. De la misma forma, la gestión transparente de otros fondos y fideicomisos a cargo de distintas dependencias del gobierno federal ha sido constantemente obstaculizada con el pretexto del secreto fiduciario. El gobierno federal y en particular la Secretaría de Hacienda han esgrimido este argumento en innumerables ocasiones para evitar el escrutinio público.

El presente ensayo parte de la premisa de que los fideicomisos deben estar obligados a rendir cuentas. Esto ya ha sido reconocido así por la Auditoría Superior de la Federación (ASF), la que atinadamente ha detectado a los fideicomisos, mandatos y contratos análogos como un “área de alto riesgo” en las tareas fiscalizadoras. La ASF también ha señalado que las irregularidades documentadas durante los procesos de fiscalización, deben conducir al deslinde de las responsabilidades de aquellos funcionarios que hayan afectado al erario público en beneficio de particulares.

El análisis presentado aquí se divide en siete secciones. La primera de ellas corresponde a la presente introducción. En la segunda sección se cuestiona la actual tendencia a dejar fuera del ámbito de la transparencia la conducción de los asuntos financieros y monetarios. La tercera sección delinea la evolución histórica y normativa de los fondos y fideicomisos en nuestro país. El cuarto apartado desarrolla un análisis comparativo de estas figuras jurídicas contra aquellas otras establecidas en diversos países latinoamericanos. El análisis de las lagunas en la rendición de cuentas de fondos y fideicomisos se aborda en la quinta sección, para lo cual se refieren algunos ejemplos paradigmáticos de la opacidad financiera en el manejo de recursos públicos a través de fideicomisos. La sexta sección analiza y presenta los hallazgos de las más recientes auditorías de la ASF a fondos y fideicomisos. Finalmente, en la séptima sección se ofrecen las conclusiones y algunas propuestas a futuro para el mejoramiento de la rendición de cuentas en esta materia.

II. Democracia y Transparencia

La transparencia está de moda. Políticos provenientes de todos los espectros ideológicos, representantes populares, servidores públicos, periodistas, académicos, y la mayoría de los ciudadanos preocupados por los asuntos de la plaza pública se pronuncian de forma abierta a favor de la transparencia. No es gratuita a este respecto la explosión global de leyes de acceso a la información, que en tan sólo tres lustros se han multiplicado de forma insólita a nivel internacional, hasta llegar a alcanzar a 69 países con estos instrumentos de auspicio de la información pública y gubernamental (Ackerman y Sandoval, 2006).

Parafraseando a Marx, podríamos decir que un fantasma recorre el mundo: el fantasma de la transparencia. Sin embargo, por su misma naturaleza y novedad, este fantasma atrae a muchos y asusta a otros. Todo el mundo demanda información sobre el Ejecutivo Federal, los partidos políticos, el Congreso, el Ejército, los sindicatos, etc., pero simultáneamente, pareciera ser políticamente incorrecto cuestionar sobre el funcionamiento de aquellos otros pilares de lo público que se han distinguido por la opacidad más absoluta y, en algunos casos, por sus vínculos con conspicuos casos de corrupción. Hoy nadie quiere hablar más del Fondo Bancario de Protección al Ahorro, ni de aquellos fideicomisos que, pese a haber sido fundados por altos funcionarios del gobierno, en muchas ocasiones han sido señalados como mecanismos utilizados para la defraudación fiscal. También parecería fuera de lugar empañar el bello discurso de la transparencia para hablar de los rescates carretero, azucarero o de los millonarios ingresos públicos que inundan las arcas privadas de los grandes monopolios de las telecomunicaciones a través de mecanismos no siempre caracterizados por conductas apegadas a la legalidad. En todos estos ejemplos, la transparencia no trasmina y el eco de su discurso cesa de ser escuchado.

Así pues, el amplio consenso en favor de la transparencia empieza a tambalearse cuando trasladamos la discusión desde

el terreno político y discursivo hasta las esferas del manejo financiero caracterizadas por tradiciones de opacidad muy marcada. Pero la transparencia y la rendición de cuentas son tan importantes en el manejo financiero y económico como lo son en el resto de las áreas de gobierno. Muy generalmente se sostiene, que la transparencia mejora el desempeño y evita la corrupción en la administración pública, pero al mismo tiempo y de forma paradójica, se invoca el argumento de la “estabilidad y el crecimiento económicos” para frenar los impulsos hacia la apertura en las áreas financieras.

Incluso nuestra propia Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFAIPG) aprobada en 2002, contiene una preocupante cláusula que blindo al gobierno al prohibirle hacer pública cualquier información que pueda “dañar la estabilidad económica o financiera” del país. Ninguna otra ley de acceso a la información en el mundo cuenta con una redacción tan general que deje la referencia a la “estabilidad económica” tan abierta a la polisemia como la referida en la ley mexicana (Ackerman y Sandoval, 2005).

De forma paralela, en la ortodoxia económica se ha construido un discurso que tiene como premisa la división entre el manejo técnico y el manejo político de las variables económicas. Tradicionalmente se ha señalado que debe haber un cierto aislamiento de los expertos económicos para conducir con eficiencia y efectividad el timón económico de las sociedades. Este discurso señala que las variables macroeconómicas deben estar a salvo de los vaivenes políticos, y sus adherentes se preguntan con asombro, si es viable, por ejemplo, que un pueblo indocto en asuntos monetarios incida en el manejo de las tasas de interés. Otro argumento típico de esta lógica tecnocrática es que los mercados financieros reaccionan intempestivamente ante la publicación adelantada de información que los desestabilice o que pueda magnificar cualquier pequeño ruido en la economía y que, por ello, es importante tener una actitud mesurada ante la avalancha de información que exigen los nuevos tiempos de predominio de la transparencia.

En general, el problema que subyace a todos estos argumentos es que ellos se orientan a legitimar la habitual opacidad imperante en el área financiera, que cómodamente se beneficia del discurso de la supuesta supremacía del mercado y la tecnocracia sobre el Estado y la burocracia. Todo lo anterior va en desmedro no sólo de la transparencia, sino de aquellos nuevos principios que hoy rigen la actividad pública, entre otros, el control, la fiscalización y la rendición de cuentas.

El ejemplo más socorrido para debatir lo que supuestamente deberían ser los 'límites' de la transparencia, ha sido, sin lugar a dudas, el de los bancos centrales. Las interrogantes clásicas son si los bancos deben hacer públicos los pronósticos sobre ciertas variables macroeconómicas; si sus juntas de gobierno deben hacer públicas las deliberaciones de política monetaria; si es conveniente difundir información sobre el funcionamiento del sistema de pagos; o si se deben transparentar los criterios para fijar los objetivos de la política monetaria, entre otras cuestiones. De ofrecerse respuestas afirmativas a estas preguntas, se continúa debatiendo sobre el rezago óptimo para dar a conocer tales revelaciones, y aún después, sobre el mejor canal para hacer pública toda esta valiosa información.

Como ya hemos señalado, lo que está detrás de este tipo de debates es la cuestión de la despolitización de la economía y, por ende, de la necesidad de dotar con autonomía a los bancos centrales para alejarlos de los vaivenes societales y frenar aquellos gobiernos que, por razones de clientelismo, patrimonialismo o de conveniencia política, sean propensos a producir sorpresas de expansión monetaria para estimular temporalmente el crecimiento económico en detrimento de la inflación.

Aquí partimos de la premisa de que la autonomía frente al gobierno para instituciones como el Banco Central es una condición fundamental para la consolidación democrática. El avance de la democracia en nuestro país pasa por el fortalecimiento de las instituciones de la República, y esta

tendencia se ha visto reflejada en la proliferación de nuevos organismos autónomos especializados o de reformas constitucionales para otorgar mayor independencia o autonomía a entidades ya existentes.²

Coincidimos con el planteamiento de que, en el caso de instituciones monetarias como el Banco Central, es necesaria cierta independencia para que éste actúe en plena libertad para cumplir con sus mandatos y objetivos de política monetaria. Todos estamos convencidos de que es imperativo no violentar ciertos parámetros macroeconómicos tales como la inflación, los déficit fiscales, las balanzas comerciales y las tasas de interés, cuya estabilidad es indispensable para auspiciar las condiciones necesarias para seguir de pie en un mundo de mercados altamente competitivos.

Pero la coincidencia en principios y objetivos, no debe eclipsar de ninguna forma el debate en cuanto a los medios y herramientas más adecuadas para alcanzar tales metas. El debate y la construcción democrática de las estrategias económicas a seguir, son particularmente importantes en países como México que ha desarrollado sus reformas económicas sin ninguna intervención de mecanismos democráticos de control. En materia de conducción financiera, los tecnócratas no deberían mantenerse al margen de la gran ola de transparencia que recorre el mundo, y mucho menos deben hacerlo valiéndose de estratagemas legales como las que ofrecen la operación de los fideicomisos.

² Ackerman, 2007 argumenta que si las nuevas instituciones surgen con cimientos sociales débiles y operan sin contacto con la sociedad, éstas instituciones operan sin legitimidad ante la sociedad y ello los empuja a convertirse en blanco perfecto de la captura por parte de poderosos grupos políticos y económicos que, sin ética de ningún tipo, lucran con las estructuras políticas y económicas antidemocráticas. Por ello, el autor sostiene que las nuevas instituciones emergidas en los últimos tiempos tienen en común un triple desafío: legitimarse socialmente, fortalecerse institucionalmente y esforzarse en rendir cuentas. Ver también: Ackerman, 2006.

III. Evolución Histórica y Normativa de Fondos y Fideicomisos

a) Antecedentes históricos

Para algunos el fideicomiso, tal como lo conocemos hoy, encuentra sus antecedentes en el derecho romano, (Pinchetto 2006; Roalandini 1998), para otros, por el contrario, es una figura mercantil que proviene del trust del common law.

Los antecedentes históricos más cercanos del fideicomiso dentro del derecho romano fueron los fideicomisos testamentarios. En esta figura el fideicomitente era el autor de la herencia; el fiduciario el legatario y el fideicomisario un tercero. Este tipo de fideicomiso normalmente se utilizaba con el único fin de permitir, que ciertas personas que no tenían capacidad para recibir una herencia, pudieran ser favorecidas por la voluntad del dueño del patrimonio. Así, el fideicomiso testamentario era usado cuando un testador quería heredar a una persona con la cual no tenía la *testamenti factio*. Sólo podía rogar a su heredero legítimo que fuera su ejecutor para dar al impedido legalmente el beneficio deseado. En su testamento, el testador debía usar la expresión *rogo, fideicommittio*. Al heredero ejecutor se le llamó *fiduciario*, y al que se le transmitían los bienes, *fideicomisario*.

Por otro lado, el trust (cuyo origen etimológico refiere al acto de “confiar algo a otro”) jurídicamente proviene de la tradición del common law. El trust ha sido definido como “una obligación de equidad, por lo cual una persona llamada trustee, debe usar una propiedad sometida a su control, que es llamada *trust property*, para el beneficio de personas llamadas *cestui que trust*”.³ El trust moderno se ha utilizado en Estados Unidos e Inglaterra para los más diversos fines:

³ Ver: Roalandini, 1998.

establecer fundaciones de caridad, administrar bienes, evitar los juicios sucesorios de las personas que desean retirarse de los negocios, formar patrimonios de garantía, etc. Es por esta maleabilidad en los fines que a la figura del trust también se le ha ubicado como el antecedente inmediato del fideicomiso mexicano.

En la administración pública mexicana, el fideicomiso al igual que el trust, también ha tenido diversas finalidades: administrar bienes, prestar servicios públicos, gestionar donaciones para la asistencia pública, otorgar garantías, rescatar bancos, operar carreteras, gestionar negocios, realizar desembolsos, pagar primas de antigüedad, asegurar pensiones, jubilaciones y fondos de ahorro, desarrollar proyectos inmobiliarios, emitir certificados bursátiles y otros activos financieros y en general invertir y reinvertir ad infinitum los recursos monetarios.

Diversos estudiosos del derecho mercantil coinciden en señalar que el trust efectivamente constituye el antecedente inmediato del fideicomiso mexicano. Velasco (1932) ha sostenido que el desarrollo de la infraestructura en nuestro país exigió la inversión de cuantiosos capitales que en una gran parte fueron importados del extranjero y ejercido por medio de fideicomisos. Para ilustrar lo anterior, el autor presenta la experiencia pionera de la construcción de los ferrocarriles. En este proceso el trust reunió tres elementos básicos: un contrato de préstamo, un mandato y una hipoteca. El primero se generó entre la compañía matriz de ferrocarril y los futuros tenedores de obligaciones (el público usuario) quien cambiaba día a día. Pero además de este actor en constante movimiento con el cual no era posible que la compañía estableciera relaciones jurídicas directas (es decir los usuarios), era necesario otro elemento más permanente a través del cual se establecieran las relaciones jurídicas a que da lugar el contrato. Este elemento más estable, es el mandato, el cual se establece entre la compañía matriz de ferrocarril y otra persona o compañía denominada trustee, que se dedicaba

a cuidar y vigilar los intereses de los obligacionistas futuros. Por ello, en este proceso, el trustee actuaba, gestionaba y funcionaba en representación de los obligacionistas futuros. Finalmente, el elemento de la hipoteca surgía a partir del hecho de que el trustee empezaba a funcionar aún antes de que existieran los mandantes o tenedores de obligaciones. Una vez tomadas las obligaciones por terceros (usuarios del ferrocarril), se establecía el contrato de préstamo entre la compañía del ferrocarril y los usuarios, así que la compañía matriz enajenaba o hipotecaba al trustee todos los bienes con lo cuales se garantizaban las obligaciones hacia los beneficiarios.

A través de esta descripción del modelo del trust podemos observar que, ciertamente, la naturaleza de la figura del common law (la confianza que se le deposita a una persona respecto de los bienes que se le enajenan, para el beneficio de un tercero), es análoga a la de los fideicomisos. Otro elemento que nos convence de que el fideicomiso mexicano es una figura inspirada en el trust es la exposición de motivos de la “Ley General de Instituciones de Crédito” del 29 de junio de 1932. Este texto señalaba que la importación de la figura jurídica del fideicomiso a nuestro ámbito jurídico nacional “rompe con la tradición”:

La Ley de 1926 introdujo en México, rompiendo con la tradición, la institución jurídica del fideicomiso. Evidentemente, esta institución puede ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y está destinada probablemente a un gran desarrollo; pero desafortunadamente, la ley de 1926, no precisó el carácter sustantivo de la institución y dejó, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno de ella. Para que esta institución pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere, en primer término, una definición clara de su contenido y de sus efectos, siendo esta definición materia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y una reglamentación adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias. Quedará el fideicomiso concebido, como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los

efectos de este instituto que la Ley actualmente en vigor concibe oscuramente como un mandato irrevocable. Siguiendo en ello, el precedente ya establecido en la Ley actual, la nueva Ley sólo autoriza la constitución de fideicomisos, cuando el fiduciario es una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado, y mantiene todas las prohibiciones conducentes a impedir que, contra nuestra tradición jurídica, el fideicomiso dé lugar a sustituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal.

Más allá de este debate que ubica los orígenes históricos del fideicomiso, ya sea en el derecho romano o en la tradición anglosajona del llamado common law, lo cierto es que el fideicomiso moderno es un contrato y, como tal, la mayoría de la reglamentación jurídica que se le aplican son normas de derecho mercantil. Y dado que en derecho privado todo lo que no este expresamente prohibido por la norma se encuentra permitido, resulta urgente establecer lineamientos más precisos respecto de la figura del fideicomiso, sobre todo cuando ésta maneje recursos provenientes del erario público.

En un principio, cuando el 27 de agosto de 1932 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se estableció que los fideicomisos se podían constituir a favor de la propia institución y, con ello, las calidades de fiduciaria y fideicomisaria podrían recaer en una misma persona o institución. Esta decisión fue altamente polémica y su práctica, muy frecuentemente, generó conflictos de intereses entre los bancos y los fideicomitentes (Roalandini, 1998). Por ello, a sólo un año de promulgada la ley, ésta se reformó en agosto de 1933, adicionando el Artículo 348 con una sentencia que señalaba: “Es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario”. Finalmente, en mayo de 1996, se publicó un decreto en el Diario Oficial de la Federación por virtud del cual se reformó, por segunda vez desde su promulgación, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, para quedar hoy vigente un capítulo V sobre la figura del fideicomiso que en su artículo 382 señala lo siguiente:

Art. 382: (...) Es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, y en las demás disposiciones legales aplicables.

La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses. (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito)

De cualquier manera, aún hoy prevalece el espíritu de la defensa de los intereses financieros por sobre los beneficiarios últimos. A la institución fiduciaria se le otorgan garantías especiales en aquellos casos de préstamos y créditos otorgados por ella con objeto de no ver mermados sus activos a causa de “obligaciones incumplidas”.

Vale la pena señalar que, una diferencia crucial entre los fideicomisos mexicanos y los trust del derecho anglosajón, radica en el hecho de que en nuestro país la ley sólo le permite actuar como fiduciarios a instituciones financieras, como bancos, casas de bolsas, instituciones de fianzas, y en general cualquier tipo de sociedades financieras formalmente establecidas que tengan interés en participar en este tipo de negocios. En contraste, en el derecho inglés esta prerrogativa es mucho más flexible, pues cualquier persona física o moral se encuentra plenamente autorizada por las distintas leyes para participar como fiduciario. Esto flexibiliza la operación de los fideicomisos y hace que este tipo de operaciones dejen de ser “coto cerrado” de las instituciones financieras cuyas operaciones siempre han buscado escudarse bajo el llamado “secreto bancario” o “fiduciario”.

b) Marco normativo

En una tesis relevante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se ha señalado que el fideicomiso es:

“...un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio fiduciario autónomo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado; pero al expresarse que es un patrimonio fiduciario autónomo, con ello se señala, particularmente, que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, o sea, es distinto de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario... patrimonio autónomo, afectado a un cierto fin, bajo la titularidad y ejecución del fiduciario, quien se haya provisto de todos los provechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso, naturalmente de acuerdo con sus reglas constitutivas y normativas. Los bienes entregados en fideicomiso salen, por tanto, del patrimonio del fideicomitente para quedar como patrimonio autónomo o separado de afectación, bajo la titularidad del fiduciario, en la medida necesaria para la cumplimentación de los fines de la susodicha afectación; fines de acuerdo con los cuales (y de conformidad con lo pactado) podrá presentarse dicho titular, a juicio como actor, o demandando, así como vender, alquilar, ceder, etc.” (Amparo Directo No. 5567/74, 15 de junio de 1979, Suprema Corte de Justicia de la Nación)

Esta definición, arroja claridad sobre varios problemas que emergen cuando esta figura jurídica se traslada al ejercicio del ámbito de la gestión pública. En primer lugar, resalta el hecho de que el fideicomiso es un negocio, un mero contrato. Muchas veces se cree que los fideicomisos tienen personalidad jurídica. Sin embargo la tesis de la SCJN es clara, los fideicomisos son contratos y negocios sin personalidad jurídica de ningún tipo. Esto complica la resolución de los conflictos jurídicos que pudieran surgir.

Por ejemplo, cuando los bancos establecen fideicomisos, los trabajadores son servidores del fideicomiso, más no del banco y eventualmente al generarse problemas laborales no existe ninguna posibilidad de diálogo o negociación con un contrato que no cuenta con personalidad jurídica. Quedó así establecido en el amparo 71/2003 de la SCJN, que consigna que: “el fideicomiso es un contrato en el

que los bienes se encuentran destinados a la finalidad del negocio y la representación en defensa de los intereses corresponden a la fiduciaria (...) por ello es erróneo que se esté en presencia de una empresa o persona moral, ya que el fideicomiso es un contrato y, como tal, no puede ser considerado como una persona jurídica colectiva.” (Amparo en revisión 71/2003 No. de registro 209085, 13 de marzo de 2003, Décimo Cuarto tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito). En este mismo renglón, es necesario reconocer que existen cierto tipo de fideicomisos que sí pueden ser demandados pero, como veremos posteriormente, estos solamente son los que cuentan con una estructura orgánica análoga a la de las entidades paraestatales.

Un segundo problema es el supuesto carácter autónomo del patrimonio fiduciario. Los bienes y los activos depositados en los fideicomisos se separan de “los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso”. La tesis antes citada señala que el patrimonio fiduciario autónomo “es distinto de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario”. El problema aquí, es que el patrimonio del fideicomiso, de alguna forma, queda encapsulado metafísicamente con objeto de mantenerlo alejado de todo alcance, pero los recursos públicos depositados en los fideicomisos son activos en constante movimiento. La idea de la autonomía del patrimonio fiduciario también nos llevaría a pensar que los recursos públicos depositados en los fideicomisos no pertenecen más a los ciudadanos, ni al gobierno, ni a las instituciones financieras que los controlan.

Incluso, cuando se habla del carácter jurídico del fideicomiso, se le señala como una operación bancaria “neutra”. Cuando el banco o la institución fiduciaria es acreedora hablamos de una operación bancaria activa, y cuando el banco o la institución fiduciaria es deudora hablamos de una operación bancaria pasiva, pero dado que formalmente el fideicomiso no se encuentra en

ninguna de las situaciones anteriores se le considera como una operación bancaria “neutra”. Ello, a pesar de que la institución fiduciaria recibe los bienes, ejercita las acciones reivindicatorias sobre la propiedad, administra los recursos del patrimonio, y cobra por sus servicios y honorarios, entre otras prerrogativas.

Así que este espejismo de la “neutralidad”, la “separación” o la “autonomización” del patrimonio debe ser analizado con detalle. Además, evidentemente, autonomía no debe ser confundida con autarquía, y el hecho de que existan recursos públicos federales depositados en fideicomisos públicos no tendría porqué anular su carácter de recursos públicos provenientes del erario.

Un tercer problema es el asunto de la titularidad del fiduciario. El artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que:

Art. 395.- Sólo podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, previstos en esta Sección Segunda, las instituciones y sociedades siguientes:

- I.- Instituciones de crédito;
- II.- Instituciones de seguros;
- III.- Instituciones de fianzas;
- IV.- Casas de bolsa;
- V.- Sociedades financieras de objeto múltiple a que se refiere el artículo 87-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito; y
- VI.- Almacenes generales de depósito.

El hecho de que la titularidad sólo pueda recaer en las instituciones como bancos, casas de bolsa, aseguradoras, afianzadoras, sociedades mutualistas, crédito y organizaciones financieras del tipo, constituye un freno a la transparencia pues hace que, los recursos públicos depositados en los fideicomisos, se privaticen y se mantengan fuera del escrutinio y la fiscalización bajo el escudo del secreto fiduciario.

En la administración pública existen dos tipos de fideicomisos: los públicos y los mixtos. Los primeros son todos aquellos constituidos por el Gobierno Federal o cualquiera de las entidades paraestatales y dependencias de la Administración Pública Federal, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo. Algunos de estos fideicomisos públicos cuentan con una estructura orgánica análoga a las otras entidades de la Administración Pública Federal y cuentan con comités técnicos. Los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal o sus dependencias, se establecen por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que funge como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada, y en el cual, inicialmente, la integración del patrimonio se realiza con recursos públicos federales, pudiendo, posteriormente, recibir aportaciones de personas públicas y privadas.

Dentro de los fideicomisos públicos, tenemos aquellos que son considerados entidades paraestatales y los que, a pesar de ser prácticamente iguales a los primeros, no se consideran entidades paraestatales. Lo cual, como es evidente, es origen de muchos de los problemas vinculados a la discrecionalidad y opacidad imperante en su manejo.

Los fideicomisos considerados entidades paraestatales tienen un control más preciso de sus ingresos y gastos pues están obligados a reportarlos en el Presupuesto de Egresos de la Federación y en la Cuenta de la Hacienda Pública Federal. Ello, desde luego, facilita la vigilancia y abre la posibilidad de que estas figuras puedan ser llamadas a rendir cuentas. Por otro lado, los fideicomisos que no se consideran entidades paraestatales han permanecido en la opacidad. El simple hecho de no contar con una estructura homóloga a la de la administración pública los ha blindado de los controles de ingreso y gasto que caracterizan a los otros fideicomisos. Para los fideicomisos públicos no considerados entidades paraestatales no existe información suficiente, ni responsables bien definidos, ni contabilidad

convencional de ningún tipo. No se rinden cuentas sobre los fondos, no se conocen los montos recaudados, ni los beneficiarios directos de los subsidios, ni las obras que se ejecutan. En otras palabras operan con la más absoluta discrecionalidad. Ver Tabla 1.

Tabla 1.
Diferencias entre fideicomisos públicos

FIDEICOMISOS PÚBLICOS CONSIDERADOS ENTIDADES PARAESTATALES	FIDEICOMISOS PÚBLICOS NO CONSIDERADOS ENTIDADES PARAESTATALES
<p>Fideicomisos públicos con una estructura orgánica análoga a una institución de gobierno; por ello se consideran entidades de la Administración Pública paraestatal. Se constituyen por el Gobierno Federal a través de las dependencias y entidades, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para un fin lícito y determinado, a efecto de fomentar el desarrollo económico y social a través del manejo de ciertos recursos que son aportados por el Gobierno Federal y administrados por una institución fiduciaria.</p> <p>Obligados por Ley a reportar sus ingresos y gastos en el Presupuesto de Egresos de la Federación y en la Cuenta de la Hacienda Pública Federal</p> <p>Existencia obligatoria de un Comité Técnico</p>	<p>Fideicomisos públicos sin estructura orgánica análoga a una institución de gobierno; se constituyen por el Gobierno Federal a través de las dependencias y entidades, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con el propósito de administrar recursos públicos fideicomitidos destinados al apoyo de programas y proyectos específicos.</p> <p>Sin obligación de reportar ingresos ni gastos en el Presupuesto de Egresos de la Federación y en la Cuenta de la Hacienda Pública Federal</p> <p>Existencia opcional de un Comité Técnico</p>

La existencia del Comité Técnico es fundamental en los fideicomisos públicos, pues este órgano es el responsable de revisar la buena gestión del fideicomiso y de tomar las decisiones que no estén previstas en el contrato. La institución fiduciaria tiene obligaciones correlativas de, acatar simultáneamente las órdenes del Comité Técnico y de responder a éste por el patrimonio. En los fideicomisos públicos, el Estado tiene la prerrogativa de nombrar al Comité Técnico. En otras palabras, el Comité Técnico

responde al dueño del patrimonio, esto es, el Estado y no al banco. Incluso, en términos formales, el banco recibe órdenes del Comité Técnico. Sin embargo, en el abigarrado esquema que funciona hoy, al banco también se le otorga el derecho para que nombre un representante, con voz pero sin voto, en el Comité Técnico.

Generalmente, el Presidente de la República a través del Secretario de Hacienda y Crédito Público, designa a los miembros del Comité Técnico. Teóricamente, estos integrantes deberían ser técnicos o especialistas en los temas de interés del fideicomiso. Sin embargo, por lo general se termina designando a políticos cercanos al Secretario de Hacienda que muchas veces no cuentan con la experiencia suficiente para coordinar la gestión del fideicomiso. Además, por ser funcionarios públicos de alto nivel, muchas veces terminan fungiendo, al mismo tiempo, en varios de los comités técnicos establecidos por el gobierno.

Algunas veces, los fideicomisos públicos que no se asumen como entidades paraestatales, si cuentan con estructura orgánica análoga a una institución de gobierno que no reportan como tal para escapar del control y la fiscalización. Igualmente estos fideicomisos contratan a trabajadores a través de empresas alternas, para, de esta forma, disponer de la estructura necesaria para operar. Pero como los empleados de estas empresas no dependen directamente de los fideicomisos, entonces éstos declaran no tener estructura, organización homóloga a la de las entidades paraestatales, ni comité técnico alguno, todo ello con el fin de no rendir cuentas, ni estar expuestos a las exigencias de la transparencia y el acceso a la información.

Finalmente, los fideicomisos mixtos son aquellos actos jurídicos constituidos por las entidades federativas o los particulares, en donde las dependencias y entidades otorgan, a través de subsidios o donativos, recursos públicos federales. Formalmente, dichos recursos públicos se deben identificar en una subcuenta específica para su

mejor control. Pero esto raramente ocurre. Los fideicomisos mixtos tampoco se han caracterizado por un adecuado nivel de transparencia y apertura en el manejo de los recursos públicos a ellos asignados.

En general, la reglamentación jurídica que se aplica al fideicomiso se ajusta a las normas de derecho privado, aunque en el caso de los fideicomisos públicos también hay que agregar algunas normas de derecho público. Entre la normatividad más relevante con relación a los fideicomisos tenemos la siguiente:

- Ley Federal de Entidades Paraestatales
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
- Ley General de Deuda Pública
- Ley de Presupuesto Contabilidad y Gasto Público Federal
- Ley de Instituciones de Crédito
- Ley de Fiscalización Superior de la Federación
- Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
- Presupuesto de Egreso de la Federación
- Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público
- Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública Federal

Sin embargo, a pesar de la generalización del uso de la figura jurídica del fideicomiso y de los cuantiosos recursos públicos en ellas depositados, todavía hoy no contamos con una Ley General de Fideicomisos en donde se encuentre reunida toda la información relativa a los fideicomisos o contratos análogos en un solo ordenamiento jurídico.

IV. Derecho Comparado

La figura jurídica del fideicomiso ha generado diversos problemas de transparencia en la administración financiera gubernamental a nivel internacional. Transparencia Internacional ha compendiado una amplia serie de directrices orientadas a combatir la corrupción en el ámbito público a través de prácticas de administración y sistemas contables confiables en conjunto con auditorías internas y externas a las entidades gubernamentales. Esta Organización también propone la implementación de un Sistema de Información Integrado en la Administración Financiera (Integrated Financial Management System IFMS) que sirve como una herramienta importante para el buen desempeño en el manejo de las finanzas públicas, particularmente orientada a evitar la dispersión de la información y a combatir las transacciones fiscales ocultas. Algunos de los elementos que más le preocupan a Transparencia Internacional son los fondos externos o las cuentas “fuera de presupuesto” (off budget accounts) como los fondos, mandatos y fideicomisos que tradicionalmente han sido utilizados como catalizadores perfectos de prácticas de corrupción.

México fue el primer país latinoamericano en adoptar la figura del fideicomiso y aplicarla a la administración pública, esto ya desde los años treinta. A partir de la década de los noventa, la utilización de los fideicomisos ha comenzado a expandirse en la región a pasos acelerados. La Tabla 2 muestra el monto en millones de dólares manejados por los fideicomisos constituidos en algunos países de la región. Después continuaremos con una revisión inicial de los marcos normativos que regulan la aplicación de la figura del fideicomiso en algunos países latinoamericanos, así como las mejores prácticas en términos de transparencia y rendición de cuentas que en estas experiencias se están impulsando.

Tabla 2.
Montos en millones de dólares
manejados por fideicomisos y figuras análogas en
América Latina

País	Fideicomisos Públicos	Monto	Fideicomisos Privados	Monto	Total de Fideicomisos	Total
Bolivia	4	22.0	44	414.22	48	436.22
Colombia	258	3,163.0	6,619	20,965.0	6,877	24,128
Costa Rica	ND	210.0	ND	721.0	ND	931.0
Cuba	713	1,870.0	79	3.9	792	1873.9
Ecuador	873	950.50	2162	2355.22	3035	3305.72
El Salvador	20	352.96	71	101.71	91	454.67
Guatemala	77	594.1	165	431.1	242	1025.2
Honduras	63	175.83	309	608.35	372	784.18
México	589	25,900.83	ND	ND	ND	n/d
Panamá	103	1318.95	10993	3560.16	11096	4879.11
Paraguay	0	0	3	37.83	3	37.83
Perú	23	1208.12	250	10293.90	273	11502.02
Uruguay	1	639.88	0	0	1	639.88
Venezuela	ND	21789.33	ND	6980.92	ND	28770.25

Elaborada con datos de la Federación Latinoamericana de Bancos, disponibles en www.felaban.com

En Colombia, la herramienta financiera que ha sido utilizada para administrar los recursos estatales para el desarrollo de los diversos proyectos de interés general es la “fiducia pública”. Este instrumento se encuentra regulado en el Estatuto General de Contratación Administrativa (Ley 80 de 1993, Art. 32 numeral 5). Se trata de un contrato autónomo e independiente entre la sociedad fiduciaria y la entidad estatal fideicomitente. Sin embargo, no existe traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo propiamente dicho, como ocurre en nuestro país.

En términos del control, inspección y vigilancia de la fiducia pública, existen dos diferentes tipos de entidades que participan de forma directa. En primer lugar la Superintendencia Financiera, similar a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) de México que se ocupa de regular las cuestiones mercantiles y contractuales más generales; y por otro lado la Contraloría General de la República de Colombia, así como las diferentes Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales que realizan el control posterior. Sin embargo, la revisión desarrollada por este segundo tipo de entidades fiscalizadoras se concentra más en cuestiones de tipo legal, como son la verificación de la adopción y cumplimiento de normas, estatutos y leyes relevantes, y muy pocas veces se procede con auditorías de desempeño que verdaderamente permitan identificar elementos para evaluar la eficiencia, eficacia y economía del uso de los recursos públicos.

Respecto de la información que estas figuras reportan, también es importante señalar que, si bien Colombia cuenta con un Sistema de Información para la Contratación Estatal (SICE), desafortunadamente este sistema no incluye una tipología específica para los fideicomisos. Por lo tanto, el acceso a este tipo de información se hace mucho más difícil para las entidades fiscalizadoras y desde luego para los ciudadanos en general.⁴

En la República de Chile, no existe formalmente la figura del “fideicomiso público”, tal como ocurre en nuestro país. Sin embargo, en términos operativos existen mecanismos similares al fideicomiso que permiten que los fondos públicos sean administrados por entidades privadas. Los ejemplos más significativos de este tipo de acuerdos son:

⁴ Para abundar sobre el caso de Colombia ver: “Colaboración Técnica de la Contraloría General de la República de Colombia”, ponencia preparada por la Contraloría Delegada para Gestión Pública e Instituciones Financieras, presentada en la XVI Asamblea General de la OLACEFS, Quito Ecuador, noviembre 7 a 10 de 2006.

el Programa de Educación “Chile Califica”, y algunos otros programas de fomento agrícola e industrial como el Programa “Transferencia Tecnológica”.

En Chile se ha discutido ampliamente la posibilidad de hacer uso del “fideicomiso ciego” como una herramienta para evitar el conflicto de intereses en las inversiones efectuadas por las entidades estatales. En este sentido, se propone que se evite todo contacto entre el fiduciario y el fiduciante con objeto de evitar el pago de facturas políticas. Una propuesta sería la constitución de un fideicomiso por parte de la Presidencia de la República, donde el fiduciario invertiría el capital en empresas del sector energético, en cuyo caso la Presidencia no tendría que saber en cuáles de ellas se están invirtiendo sus recursos para evitar conflicto de intereses cuando, por ejemplo, el Ejecutivo estableciera las tarifas energéticas.

Esta propuesta chilena establece tres medidas para evitar la comunicación entre fiduciario y fiduciante: penas severas en caso de que se detecte dicha comunicación, establecimiento de un comité que autorice la lista de fiduciarios para evitar que el seleccionado haya tenido relaciones comerciales con el fiduciante; y por último, la diversificación de la cartera del fideicomiso para evitar que las inversiones se concentren en un determinado sector.⁵

En Guatemala, el artículo 33 de la Ley Orgánica del Presupuesto establece que: “Los recursos financieros que el Estado asigne con obligación de reembolso a sus entidades descentralizadas y autónomas para que los inviertan en la realización de proyectos específicos de beneficio social y

⁵ Para abundar más sobre el caso de Chile ver: “Fideicomisos: Rendición de Cuentas y Fiscalización”, ponencia preparada por la Contraloría General de la República de Chile, presentada en la XVI Asamblea General de la OLACEFS, Quito Ecuador, noviembre 7 a 10 de 2006.

que produzcan renta que retorne el capital invertido, podrán darse en fideicomiso. Asimismo, los fondos sociales podrán ejecutar sus proyectos bajo dicha figura. Los fideicomisos se constituirán en cualquier banco del sistema.”

Como parte del control sobre los recursos públicos que se operan bajo la figura de fideicomisos, en Guatemala se ha establecido entre otras medidas las siguientes:

- Desde la formulación del presupuesto de las entidades se deben de incluir los recursos para tal efecto, especificando objetivos y metas del año que corresponda.
- Para la dotación de fondos al fideicomiso, ésta se hará mediante solicitud por escrito a la Tesorería Nacional del Ministerio de Finanzas Públicas, acompañada por el estado de cuenta del fideicomiso correspondiente. Dicha dependencia dará su autorización después de verificar la información relativa.
- Se llevará registro de las operaciones en los registros contables.

Existe un esquema relativamente avanzado en cuanto a la rendición de cuentas de los fideicomisos públicos. La Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas en su artículo 2, establece que corresponde a dicho organismo la función fiscalizadora. Para realizar auditorías a los fideicomisos públicos se utilizan las Normas de Auditoría Gubernamental emitidas por la propia Contraloría. Asimismo, la Dirección de Crédito Público del Ministerio de Finanzas Públicas se encarga de llevar un registro de los fideicomisos constituidos por las diferentes entidades. Esta Dirección también participa en el proceso de contratación y evalúa la ejecución financiera de los fideicomisos públicos. Los bancos fiduciarios deben de enviar de manera mensual los estados financieros de los fideicomisos para su evaluación y seguimiento. La Contraloría recibe copia de cada contrato

de fideicomiso para que contar con un registro general de ellos y como fuente de información para la planificación de sus auditorías.⁶

El fideicomiso en Uruguay se encuentra definido en la Ley No. 17.703 del 27 de octubre de 2003, como “el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designado en el mismo, y la restituya, al cumplimiento del plazo o condición, al fideicomitente o la trasmita al beneficiario”. De acuerdo a la naturaleza de las personas que intervienen en el fideicomiso, éste puede clasificarse en privado o público, y toda figura de este tipo debe registrarse ante la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura.

En Uruguay, para que un fideicomiso sea considerado como fideicomiso público no basta con que los participantes sean entes públicos. Además debe responder a un interés público y contar con bienes públicos que deben conformar el patrimonio fiduciario. Las doctrinas jurídicas que en ese país se han elaborado acerca del fideicomiso público apuntan a ubicar al Estado en la posición de fideicomitente; alguna entiende que podría ser beneficiario también. Sin embargo, ninguna le atribuye, en principio, la calidad de fiduciario.

A las distintas entidades públicas en Uruguay se les reconoce la capacidad para establecer fideicomisos y operar

⁶ Para abundar más sobre el caso de Guatemala ver: “Fideicomisos, Fondos y Mandatos” ponencia preparada por la Contraloría General de Cuentas de la República de Guatemala, presentada en la XVI Asamblea General de la OLACEFS, Quito Ecuador, noviembre 7 a 10 de 2006.

como actor en cualquier modalidad de esa figura. Cuando el fideicomiso implica la transferencia de la administración de patrimonio del Estado, existen restricciones normativas que rigen la administración del erario. Sin embargo, también existen grandes limitaciones en cuanto al control y vigilancia de los fideicomisos. La entidad encargada de la vigilancia del uso de los recursos públicos es el Tribunal de Cuentas, mismo que contempla dos ámbitos principales en el control sobre los fideicomisos públicos: la “intervención preventiva de gastos” y las “auditorías” propiamente dichas de los fideicomisos públicos.

En el primer rubro, en la mayoría de los casos en que se ha usado la figura del fideicomiso, el Tribunal no ha intervenido como le correspondería normativamente tratándose de la transferencia de recursos del erario. Pero aún más grave, es el hecho de que en Uruguay, al igual que en México, la fiscalización de los fideicomisos públicos se ha visto entorpecida por el hecho de que las competencias asignadas al Tribunal le impiden ejercer su control sobre las actividades desarrolladas por el fiduciario, ya que este goza la calidad de “persona privada”; en otras palabras, el ingreso de los bienes estatales al patrimonio del fiduciario hace que éstos pierdan su naturaleza pública, y ello limita el alcance de las facultades de control conferidas al Tribunal de Cuentas sobre las personas privadas fiduciarias.⁷

En la Tabla 3 presentamos un comparativo de los marcos normativos más relevantes que rigen la figura jurídica del fideicomiso en algunos de los países de la región latinoamericana.

⁷ Para abundar más sobre el caso de Uruguay ver: “Fideicomiso Público en el régimen Jurídico Uruguayo” ponencia preparada por el Tribunal de Cuentas de la República Oriental de Uruguay, presentada en la XVI Asamblea General de la OLACEFS, Quito Ecuador, noviembre 7 a 10 de 2006.

Tabla 3.
Marcos normativos relativos al Fideicomiso en Latinoamérica

País	Marcos Normativos Relevantes
Argentina	<p>Ley 24441 de 1994, Artículo 5: El fiduciario podrá ser cualquier persona física o jurídica. Sólo podrán ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autorice la comisión nacional de valores quien establecerá los requisitos que deban cumplir. Artículo 7: El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales ni de la culpa o dolo en que pudieron incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados. En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un (1) año. Artículo 14: Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario, emergente del artículo 1113 del Código Civil, se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.</p>
Bolivia	<p>Código de Comercio, Título VII, Operaciones y contratos bancarios, Capítulo IV, Servicios bancarios, Sección III, Fideicomiso, Art. 1.409: Concepto. Art. 1.413: Fideicomisos prohibidos. Quedan prohibidos: 1. Los negocios de fideicomisos secretos. 2. Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas que sucesivamente deban sustituirse por muerte de la anterior. 3. Aquellos cuya duración sea mayor a treinta años, salvo que el beneficiario sea una institución de asistencia, científica, cultural o técnica, con fines no lucrativos. Otros aspectos normativos se establecen en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, emitida por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, Título I, Autorizaciones, Capítulo I, Constitución y funcionamiento, Sección 6, Sección de fideicomiso, Operaciones de fideicomiso: Art. 7°: Las entidades financieras en su sección de fideicomiso no deberán recibir de sus clientes, depósitos de cualquier clase, que estén ajenos a la naturaleza del contrato suscrito entre las partes. Art. 8°: Los bienes o valores recibidos en fideicomiso no podrán ser usados, colocados o invertidos en operaciones diferentes a las estipuladas en el contrato. Art. 9°: La entidades financieras no deberán, bajo ningún motivo, incorporar a su patrimonio los fondos recibidos en fideicomiso. Art. 10: Se prohíbe que los fiduciarios asuman ningún tipo de riesgo sobre la rentabilidad, recuperabilidad, liquidez, diferencia cambiaria y cualquier otro riesgo financiero sobre los recursos recibidos en fideicomiso. Esta condición deberá estar expresamente indicada dentro del contrato firmado entre las partes. Art. 11: Se prohíbe que los fiduciarios realicen, con cargo a los patrimonios fideicomitados, inversiones en sus propias acciones, en títulos de deuda o en depósitos a plazo fijo por ellos emitidos.</p>

País	Marcos Normativos Relevantes
Ecuador	<p>Ley de Mercado de Valores, Ley 107. RO/367 de 1998 (23 de julio) TÍTULO XV, Del fideicomiso mercantil y encargo fiduciario, TÍTULO XV, Del fideicomiso mercantil y encargo fiduciario:</p> <p>Artículo 109: Del contrato de fideicomiso mercantil. Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario. El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.</p> <p>Ley de Mercado de Valores, Ley 107. RO/367 de 1998 (23 de julio):</p> <p>Artículo 128: De la rendición de cuentas. La rendición de cuentas es indelegable a terceras personas u órganos del fideicomiso, por lo que corresponde al fiduciario rendir las cuentas comprobadas de sus actuaciones. Es a la sociedad administradora de fondos y fideicomisos a quien le compete demostrar su cumplimiento en la labor ejecutada, de acuerdo con lo dispuesto en el contrato constitutivo y las normas de carácter general que determine el CNV.</p> <p>Artículo 130: Remisión de información a la Superintendencia de Compañías. Los aspectos contables y financieros de la rendición comprobada de cuentas deben guardar armonía con la información que tiene que presentar el fiduciario a la Superintendencia de Compañías, respecto de aquellas situaciones que afecten de manera importante el estado general del fideicomiso mercantil o encargo fiduciario y, los correctivos a las medidas que se adoptarán para continuar el curso normal del fideicomiso mercantil o encargo fiduciario. Igualmente, el representante legal de las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos deberá informar a la Superintendencia de Compañías los hechos o situaciones que impidan el normal desarrollo del negocio fiduciario y que retarden o puedan retardar de manera sustancial su ejecución y/o terminación, de suerte que comprometan seriamente la obtención de los objetivos perseguidos. Dicho aviso deberá darse a más tardar dentro de los quince días siguientes a la ocurrencia del hecho o a la fecha en que tuvo o debió tener conocimiento del mismo.</p> <p>El CNV, normará la forma y contenido de los informes sobre rendición de cuentas que deberán ser presentados a la Superintendencia de Compañías.</p>

País	Marcos Normativos Relevantes
<p>El Salvador</p>	<p>Código de Comercio, Título VII, Operaciones de crédito y bancarias, Capítulo VII, Operaciones bancarias, Sección “G”, Fideicomiso, Art. 1233: El fideicomiso se constituye mediante declaración de voluntad, por la cual el fideicomitente transmite sobre determinados bienes a favor del fideicomisario, el usufructo, uso o habitación, en todo o parte, o establece una renta o pensión determinada, confiando su cumplimiento al fiduciario, a quien se transmitirán los bienes o derechos en propiedad, pero sin facultad de disponer de ellos sino de conformidad a las instrucciones precisas dadas por el fideicomitente, en el instrumento de constitución.</p> <p>Art. 1238: Sólo podrán ser fiduciarios los bancos o instituciones de crédito autorizados para ello conforme a la ley especial de la materia.</p> <p>Ley de bancos, Decreto 697, Título Tercero, Operaciones y servicios financieros, Capítulo V, Servicios, Autorización para administrar fideicomisos Art. 68: Los bancos para obtener la autorización de la superintendencia a que se refiere el artículo anterior, deberán presentar a ésta los planes de negocio, la organización y las políticas que aplicarán en las diferentes clases de fideicomisos que pretenden ofrecer al público. Dentro de los primeros cinco días de cada mes, los bancos estarán obligados a informar por escrito a la superintendencia, sobre los fideicomisos que hubiesen constituido en el mes anterior. La Superintendencia tendrá un plazo de treinta días, a partir de la fecha del recibo de dicha información, para objetar dichos fideicomisos. Los bancos deberán garantizar la completa separación de los patrimonios de los fideicomitentes con relación a sus propios patrimonios, para lo cual cada fideicomiso deberá tener contabilidad separada.</p>
<p>Honduras</p>	<p>Código de Comercio, Sección Tercera, Otras operaciones realizadas por los bancos, Subsección Cuarta, Fideicomiso:</p> <p>Art. 1033: El fideicomiso es un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al banco autorizado para operar como fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes, con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplimiento del fin lícito y determinado al que se destinen.</p> <p>Art. 1040: Sólo podrán ser fiduciarios los establecimientos bancarios expresamente autorizados para ello. Art. 1050: Quedan prohibidos:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Los fideicomisos secretos; b) Aquellos en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente, que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la institución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente; y c) Aquellos cuya duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiaria a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia.

País	Marcos Normativos Relevantes
Honduras	<p>Art. 1039: Podrán 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 trata de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que ellas designen.</p>
Panamá	<p>Ley 1 de 1984 (5 de enero), Art. 19: Podrán ser fiduciarios las personas naturales o jurídicas. Las personas de derecho público podrán transferir o retener bienes en fideicomiso, mediante declaración hecha con las formalidades de esta ley.</p> <p>Decreto ejecutivo 16 de 1984 (3 de octubre): Art. 2º: Para la aplicación del presente reglamento, se entiende por:</p> <p>a) Fideicomiso: Acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre o disponga de ellos en favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente.</p> <p>Art. 12: Las empresas fiduciarias llevarán un registro numerado de los fideicomisos que realicen. Para efectos del pago de la tasa anual a que se refiere el parágrafo segundo del artículo 35 de la Ley 1 de 1984, bastará una declaración jurada de la empresa fiduciaria haciendo referencia a la numeración que corresponda al respectivo fideicomiso.</p> <p>Ley 1 de 1984 (5 de enero), Art. 1º: El fideicomiso es un acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre o disponga de ellos en favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente.</p> <p>Las entidades de derecho público podrán retener bienes propios en fideicomiso y actuar como fiduciarios de los mismos para el desarrollo de sus fines, mediante declaración hecha con las formalidades de esta ley.</p> <p>Art. 5º: Puede constituirse fideicomiso para cualesquiera fines que no contravengan a la moral, las leyes o el orden público.</p>

País	Marcos Normativos Relevantes
Paraguay	<p>Ley 921, Negocios fiduciarios, Capítulo I, Disposiciones generales aplicables a los negocios fiduciarios, Art. 1º: Concepto de negocio fiduciario. Por el negocio fiduciario una persona llamada fiduciante, fideicomitente o constituyente, entrega a otra, llamada fiduciario, uno o más bienes especificados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta los administre o enajene y cumpla con ellos una determinada finalidad, bien sea en provecho de aquélla misma o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario. El negocio fiduciario que conlleve la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados se denominará fideicomiso; en caso contrario, se denominará encargo fiduciario. El negocio fiduciario por ningún motivo podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con la ley.</p> <p>Ley 921, Negocios fiduciarios, Capítulo IV, Del fiduciario, Art. 19: Fiduciario. Solamente podrán tener la calidad de fiduciarios los bancos y empresas financieras y las empresas fiduciarias especialmente autorizadas por el Banco Central del Paraguay, conforme a lo dispuesto en esta ley. En ningún caso el fiduciario podrá reunir la calidad de fideicomitente o de beneficiario en un negocio fiduciario.</p> <p>Capítulo VI, Normas contables básicas aplicables a los negocios fiduciarios: Art. 35: Estados financieros básicos. Con el fin de presentar razonablemente la situación financiera y el resultado de las operaciones realizadas para el cumplimiento de la finalidad, por cada negocio fiduciario celebrado el fiduciario deberá elaborar los siguientes estados financieros básicos: 1. Estado de situación o balance del negocio fiduciario. 2. Estado de pérdidas y ganancias o cuadro de resultados. Los estados financieros básicos deberán acompañarse de las respectivas notas contables como parte integrante de los mismos. Las notas deberán ser claras y precisas y su contenido se limitará a revelar la información necesaria para una mejor interpretación de las cifras que aparecen en los estados financieros básicos o que, no teniendo relación directa con ellos, sea indispensable para su adecuada interpretación.</p> <p>Art. 36: Facultades de la Superintendencia de Bancos. Corresponderá a la Superintendencia de Bancos dictar las reglas generales a que debe sujetarse la contabilidad de los negocios fiduciarios, sin perjuicio de la autonomía reconocida al fiduciario para escoger y utilizar métodos accesorios, siempre que éstos no se opongan, directa o indirectamente, a las reglas generales dictadas por aquélla.</p>

País	Marcos Normativos Relevantes
Perú	<p>Ley 26.702 de 1996,</p> <p>Artículo 241: Concepto de fideicomiso. El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicomitado, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.</p> <p>El patrimonio fideicomitado es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes. Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicomitado no generan cargos al patrimonio efectivo correspondiente de la empresa fiduciaria, salvo el caso que por resolución jurisdiccional se le hubiera asignado responsabilidad por mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios. La parte líquida de los fondos que integran el fideicomiso no está afecta a encaje. La superintendencia dicta normas generales sobre los diversos tipos de negocios fiduciarios.</p> <p>Resolución S.B.S. 1010-99, Reglamento del fideicomiso y de las empresas de servicios fiduciarios, Título II, Del fideicomiso:</p> <p>Artículo 10: Información a los fideicomitentes y fideicomisarios. Los fideicomitentes y los fideicomisarios tienen el derecho de estar permanentemente informados sobre la situación del patrimonio fideicomitado, para ello podrá acordarse en el acto constitutivo, además de la información establecida en el numeral 6° del artículo 256 de la Ley General, la presentación de informes periódicos sobre las acciones realizadas y las que se vienen realizando para el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso y, de ser el caso, para el cumplimiento de las demás estipulaciones establecidas en el acto constitutivo. Dichos informes deberán tener una periodicidad trimestral, salvo estipulación distinta del acto constitutivo.</p> <p>El informe anual y la rendición de cuentas previstos en los numerales 6° y 11 del artículo 256 de la Ley General, respectivamente, deberán comprender la descripción de las acciones realizadas, estado y situación jurídica de los bienes del patrimonio fideicomitado y sus correspondientes estados financieros. El plazo máximo de presentación del informe anual y de la rendición de cuentas deberá estar previsto en el acto constitutivo. En caso no se contemple dicho plazo, deberán ser presentados dentro de los quince (15) días siguientes al término del año respectivo o al vencimiento del plazo del fideicomiso, según corresponda.</p>

País	Marcos Normativos Relevantes
<p>Venezuela</p>	<p>Ley de fideicomisos (1956), Art. 1º: El fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, que se obliga a utilizarlo en favor de aquél o de un tercero llamado beneficiario.</p> <p>Ley de Bancos 13-11-2001, 16. Formalidad registral:</p> <p>Art. 62: Todos los contratos de fideicomiso deben estar debidamente inscritos en el registro mercantil correspondiente. Adicionalmente, los contratos de fideicomiso mediante los cuales se transfiera al fondo fiduciario bienes inmuebles o derechos sobre estos, así como las revocatorias o reformas de los mismos, deberán protocolizarse en la oficina u oficinas subalternas de registro respectivas.</p> <p>Art. 53: Las instituciones autorizadas para actuar como fiduciario no podrán realizar las siguientes operaciones con los fondos recibidos en fideicomiso, o mediante otros encargos de confianza:</p> <p>1. Otorgar créditos, salvo que se otorguen a los beneficiarios, o cuando se trate de aquellos fideicomisos con recursos provenientes del sector público, siempre que no contravengan las limitaciones establecidas en el artículo 185 de esta ley.</p> <p>Art. 66: Las instituciones autorizadas para actuar como fiduciario, deberán remitir a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, conforme a las reglas establecidas, los estados financieros del departamento de fideicomiso, auditados por contadores públicos en ejercicio independiente de la profesión, inscritos en el registro que lleva la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.</p> <p>Resolución 179-00:</p> <p>Art. 1º: Los contratos de fideicomiso no deben presentar vacíos que impidan su adecuado manejo o perfeccionamiento, ni ser objeto de interpretaciones subjetivas. Igualmente, en los mismos se debe dejar claro que la institución financiera no responderá por las pérdidas que experimente el fondo fideicomitado, si ha cumplido estrictamente y a cabalidad las instrucciones impartidas en el contrato de fideicomiso con el cuidado de un administrador diligente.</p> <p>Art. 3º: Cuando una institución financiera en su condición de fiduciario efectúe operaciones de recepción de recursos, bienes y/o valores para ser administrados por cuenta y riesgo de terceros, debe expresamente establecer en el contrato que no está asumiendo riesgos económicos y financieros; caso contrario deberá registrar dichas operaciones como activos y pasivos directos de la institución financiera y valorarlas con base a los mismos parámetros establecidos en el manual de contabilidad para bancos, otras instituciones financieras y entidades de ahorro y préstamo y constituir las provisiones a que hubiere lugar.</p>

País	Marcos Normativos Relevantes
Venezuela	Art. 8º: Toda institución financiera, que actúe bajo la figura de fiduciario, deberá entregar a los beneficiarios del fideicomiso un estado de cuenta semestralmente y deberá entregar información de la gestión fiduciaria que realiza al fideicomitente, la cual debe contener por lo menos: los estados financieros del período respectivo y una relación de las inversiones que conforman el fondo fideicomitado; esta última debe incluir: tipo, plazo, monto de la inversión y rendimiento generado. Igualmente, debe señalarse la remuneración del fiduciario o tarifa administrativa; así como, cualquier situación que haga prever el deterioro significativo de los activos objeto del fideicomiso, en el caso que se trate de un contrato de inversión dirigida.

V. Lagunas en la Rendición de Cuentas de Fondos y Fideicomisos

Desafortunadamente, México está reprobado en materia de transparencia monetaria. Estudios recientes han documentado que los organismos desconcentrados, fideicomisos, y en general las empresas paraestatales, no han mostrado fidelidad a los principios rectores de la transparencia.⁸ A pesar de que nuestro país es miembro de la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico (OCDE), y en ese carácter es signatario de las 23 recomendaciones diseñadas para cumplir con las normas del llamado “gobierno corporativo”⁹, México solo ha podido cumplir con tres de ellas: la clarificación de los mecanismos de adquisición del control accionario de las empresas; la prohibición para que empleados, directivos o accionistas usen información privilegiada en beneficio propio, y el acceso a la información precisa, relevante y oportuna para los miembros del Consejo sobre los principales hechos que afectan a la compañía.

Estos constituyen avances importantes, sin embargo, el país se ha quedado corto en las 20 recomendaciones restantes que incluyen propuestas muy importantes, entre las que destacan la definición del “costo-beneficio” del voto de los accionistas de las empresas; el respeto a la garantía de revelar, a la sociedad entera, información oportuna y precisa de todas las cuestiones materiales relativas a la situación financiera, los resultados, la titularidad y el gobierno de la empresa; y sobre todo la divulgación de intereses de los integrantes de consejos de administración.

Los consejos de administración de las empresas paraestatales y las juntas o consejos deben estar integrados por personas responsables y comprometidas con la

⁸ Ver: López de Silanes, 2005; y De Luna, 2000

⁹ OCDE, 2004

transparencia y la rendición de cuentas. Los propios lineamientos establecidos entre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) y la Secretaría de la Función Pública (SFP) con objeto de auspiciar el control, la rendición de cuentas y el manejo transparente de los recursos públicos federales depositados en fideicomisos, señalan que es necesario que se designen a personas idóneas para la integración de los Comités Técnicos de fideicomisos:

En los fideicomisos, mandatos o contratos análogos constituidos por la Administración Pública Centralizada, la dependencia que coordine su operación o que haya otorgado recursos con cargo a su presupuesto, procurará que en la integración de Comités Técnicos se designen a servidores públicos, cuyas facultades estén relacionadas con el objeto de aquellos, evitando incluir a instituciones o personas que no cumplan con esa característica. (Numeral Sexto del Acuerdo que establece los lineamientos que deberán observar las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal para el control, la rendición de cuentas e informes y la comprobación del manejo transparente de los recursos públicos federales otorgados a fideicomisos, mandatos o contratos análogos. Diario Oficial de la Federación, 6 de septiembre de 2004.)

Sin embargo, en la práctica cotidiana no es raro encontrar Comités Técnicos formados por personajes inexperimentados vinculados a los grandes consorcios. En las empresas públicas, descentralizadas o paraestatales, muchas veces se generan conflictos de interés, pues hay personajes que participan en los consejos de administración y que simultáneamente están encargados de regular y vigilar los sectores productivos en los cuales dichas empresas participan, lo que incide de manera importante en el manejo de la información.

Un ejemplo paradigmático de este conflicto de intereses se ilustra con el caso de la Lotería Nacional. Durante la administración pasada, el entonces Secretario de Hacienda, fungió como integrante del Consejo de Administración de la Lotería Nacional, cuando al mismo tiempo, dicho

funcionario era la autoridad directamente responsable de aplicar regulaciones a esa entidad paraestatal.¹⁰

La historia típica ha sido la siguiente: con dinero del erario, se funda un fideicomiso público al que se le instala un Comité Técnico integrado por personas cercanas al funcionario promotor del mismo. De esta forma, emergen incentivos perversos cuando los consejeros resultan ser miembros de alguna organización civil a la que el Comité Técnico del fideicomiso le otorga generosos donativos.¹¹

Algunos casos emblemáticos del manejo opaco de los recursos públicos depositados en fideicomisos durante años recientes son el Fondo Bancario de Protección al Ahorro (FOBAPROA), la empresa Integradora de Servicios Operativos S.A. de C.V., (ISOSA), el Fideicomiso de Apoyo para el Rescate de Autopistas Concesionadas (FARAC), los diversos fideicomisos establecidos por los Poderes Judicial y Legislativo y el Fideicomiso para Apoyar el Cambio de Administración del Ejecutivo Federal. Estos casos ejemplifican el uso del secreto fiduciario y estrategias legales para mantener la opacidad gubernamental en la administración de recursos del erario.

¹⁰ Asimismo, la reciente incorporación del Ex-Secretario de Hacienda como empleado de la trasnacional HSBC constituye otro ejemplo de la impunidad reinante en el área de los conflictos de interés. La Ley Federal de Responsabilidades prohíbe a los servidores públicos recibir pagos o compensaciones por parte de los entes regulados previamente por ellos, durante el año siguiente a la finalización de su mandato, pero este caso definitivamente demuestra que esta cláusula raramente se cumple, y que su violación es vista como una falta administrativa menor. Ver: Sandoval, 2007b

¹¹ El escándalo de la triangulación de fondos que se estableció entre la Lotería Nacional, el fideicomiso "Transforma México" y la organización civil "Vamos México" que tuvo como objetivo desviar recursos públicos procedentes de la Lotería Nacional con objeto de beneficiar la fundación de la esposa del Presidente de la República, es ilustrativo al respecto. Para abundar más sobre esto ver: "Married to the Job", Nota de Sara Silver en The Financial Times, Viernes 30 de enero de 2004. P 15.; y "Donativos de ida y vuelta, estrategia de Vamos México" Nota de Enrique Méndez y Roberto Garduño La Jornada, Viernes 18 de junio de 2004. P. 5.

a) El caso de los fideicomisos de Aduanas

En sus revisiones a las Cuentas Públicas de 2001 a 2003, la ASF detectó que el Sistema de Administración Tributaria (SAT) había incurrido en graves daños patrimoniales a través de la operación del Fideicomiso 954-8 mejor conocido como “Aduanas 1”, por un monto de 9 mil 347.518 millones de pesos. Esto ocurrió a través de la empresa Integradora de Servicios Operativos S.A. de C.V. (ISOSA), establecida el 15 de junio de 1993 a instancia del entonces subsecretario de ingresos, y posteriormente titular de la SHCP.

Formalmente, ISOSA operaba al interior del SAT y prestaba soporte técnico e informático en el procesamiento del control aduanero. Pero en los hechos, esta empresa privada se dedicó a administrar de forma completamente discrecional los millonarios recursos públicos provenientes del Derecho de Trámite Aduanero. El Derecho de Trámite Aduanero (DTA) es el cobro que se hace por los servicios públicos que presta el Estado para las operaciones de importación y exportación. La SHCP y el SAT establecieron un mecanismo para la administración de estos recursos públicos a través del uso de un fideicomiso que permitía que los recursos captados por los DTA fueran canalizados directamente a este fideicomiso, supuestamente para solventar los gastos de otras empresas que prestaban diversos servicios, todo ello sin ingresar ni un peso a la Tesorería de la Federación (TESOFE).

En este esquema, los negocios de ISOSA se escudaron con dos fideicomisos privados: Integradora de Activos (IASA) y Controladora de Servicios Integrales (COSISA), que junto con el Fideicomiso Aduanas 1 fueron establecidos en Nacional Financiera (NAFIN), y permitieron mantener fuera de fiscalización la información sobre su operación contable. El propio portal electrónico del SAT, al referir los antecedentes históricos de la administración de los fideicomisos de administración tributaria, reconoce la opacidad imperante en el Fideicomiso Aduanas 1 y la

empresa ISOSA. Aunque también presenta una historia muy diferente a lo realmente acontecido en la conflictiva gesta por la transparencia y la rendición de cuentas.

“... en 1993, un año después de la firma del TLCAN y uno antes de su entrada en vigor, se inicia la creación de los fideicomisos.

Lo anterior trajo consigo que se efectuaran cambios regulatorios en materia fiscal y de comercio exterior que buscaban incrementar el número de contribuyentes; consolidar de forma automatizada la información de éstos; mejorar la eficiencia del despacho aduanero, así como modernizar la infraestructura e instalaciones de la SHCP para hacer frente a los cambios planteados.

Como ya se mencionó, el artículo 8-B de la Ley Aduanera (actualmente artículo 16) contempla el uso de recursos privados, es decir, el pago que realizan los importadores y exportadores de la República Mexicana, como una contraprestación a las personas autorizadas por la SHCP en los términos de dicho artículo, para prestar los distintos servicios aduaneros. La administración de estos recursos se realizó a través del Fideicomiso Aduanas 1.

Con fundamento en dicho artículo, se le otorgó la autorización correspondiente a este Fideicomiso, lo que llevó en su momento a constituir la empresa Integradora de Servicios Operativos S.A. de C.V. (ISOSA) para prestar los servicios. Dada la naturaleza privada del Fideicomiso Aduanas 1 e ISOSA, se presentaron diferentes situaciones, tales como que no es auditado por la Auditoría Superior de la Federación ni proporciona información vía el Instituto de Acceso a la Información Pública.

En tal virtud, la presente administración [de Vicente Fox] tomó la decisión de sustituir las funciones del Fideicomiso Aduanas 1, con el fin de permitir una fiscalización integral.¹²

¹² Ver: http://www.sat.gob.mx/sitio_internet/transparencia/51_8162.html

Pero evidentemente las cosas no fueron así de fáciles. Por cuatro años consecutivos en sus revisiones a los ejercicios fiscales de 2001, 2002, 2003 y 2004, la ASF identificó graves anomalías y millonarios faltantes en las transferencias del DTA que, como se señaló, luego de ser cobrados, no eran enterados a la Tesorería de la Federación. En 2001 se detectaron faltantes por 4 mil 561.1 millones de pesos, en 2002 por 2 mil 200.5 millones de pesos y en 2003 por 2 mil 585.9 millones de pesos. Luego de tales desfalcos el órgano fiscalizador intentó auditar tanto al Fideicomiso Aduanas 1, como a ISOSA, el vehículo receptor de aquellas transferencias.

Con la vieja estratagema del secreto fiduciario, la Secretaría de Hacienda a través del SAT se negó a proporcionar la información requerida, señalando su inexistencia en razón de que tanto Aduanas 1 como ISOSA eran entidades privadas, a pesar de que el fideicomitente era la propia SHCP. Para evadir las responsabilidades públicas a las que de forma inequívoca la SHCP estaba sujeta, la dependencia declaró que el SAT, como órgano desconcentrado de la SHCP, había participado en la fundación del Fideicomiso “no en [su] carácter de fideicomitente único de la Administración Pública Federal que le atribuye la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, sino en términos del artículo 1896 del Código Civil, respecto de las personas que pagan las contraprestaciones aludidas, esto es, como gestor de negocios de importadores y exportadores”. De esta forma resultó muy paradójico que el Poder Ejecutivo súbitamente abdicara de sus obligaciones y responsabilidades públicas a favor de sus compromisos de gestión privada de negocios. Además de que el supuesto carácter privado de los negocios involucrados era altamente discutible, pues NAFIN controlaba el 99 por ciento de las acciones de ISOSA. En virtud de tales contradicciones, el 7 de septiembre de 2005 el pleno del IFAI dio respuesta a los recursos de revisión 906/05 y 685/05 interpuestos ante la negativa de la SHCP para proveer información, y ordenó dar a conocer todos los

contratos, estados financieros y balances generales de los fideicomisos relacionados con las Aduanas.

Tomando en cuenta que se trata de un fideicomiso de garantía que fue creado por las empresas antes referidas en cumplimiento a obligaciones que adquirieron en virtud de las autorizaciones otorgadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el marco del artículo 16 de la Ley Aduanera, (...) este Instituto considera que dicho contrato es de carácter público.

En la medida en que la creación del multicitado fideicomiso se impone como una obligación a las empresas autorizadas para prestar los servicios de apoyo y control del despacho aduanero, y que en el contrato mediante el cual se otorga cada una de las autorizaciones, se señala que el fideicomiso “tendrá el carácter de accesorio con respecto a este Contrato”, se sigue que se trata de un documento de carácter público. (Resolución: 685/05 IFAI, 7 de septiembre de 2005, P. 39)

.. la supuesta gestión de negocios a la que hace alusión el órgano desconcentrado implicaría que, sin estar obligado a ello y sin mandato, se encargara de un asunto de otro, y obrara conforme a los intereses del dueño del negocio, en este caso el fideicomiso. (...) En este sentido, se debe precisar que el fideicomiso Aduanas I tiene el carácter de contrato y está íntimamente correlacionado con la facultad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para autorizar a los particulares la prestación de servicios de procesamiento electrónico de datos (...) por lo que se considera que la información de dicho fideicomiso es pública.

[Por lo tanto] el Servicio de Administración Tributaria debió entregar o poner a disposición de la recurrente la información relativa al contrato del fideicomiso Aduanas I, realizado por la SHCP, con el fin de proveer lo necesario para que toda persona pueda tener acceso a la información que obra en sus archivos a través de procedimientos sencillos y expeditos, conforme lo establece la Ley.
 (Resolución: 906/05 IFAI, 7 de septiembre de 2005, P. 19 y 21)

Sin embargo, la ASF fue impedida para llegar al fondo de las investigaciones sobre las irregularidades detectadas en el Fideicomiso Aduanas 1 e ISOSA. El medio básico para ello fue la controversia constitucional interpuesta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación promovida por el Poder Ejecutivo Federal a través de la SHCP en contra de la Cámara de Diputados. La controversia en cuestión (84/2004) demanda la invalidez del “pliego de observaciones” emitido por la ASF, pues de acuerdo a la SHCP los recursos provenientes del pago de los Derechos de Trámite Aduanero, o las llamadas “contraprestaciones” a las que se refiere el artículo 16 de la Ley Aduanera, son de naturaleza privada y no deben estar sujetos a revisión.

Pero si el gobierno y la SHCP hubieran estado tan seguros de su posición en esta controversia, no hubieran procedido a finiquitar de forma tan sigilosa ni el Fideicomiso Aduanas 1, ni la propia empresa ISOSA, los cuales desaparecieron formalmente en mayo de 2006, como si se buscara borrar las huellas de algún crimen. En su lugar, la SHCP constituyó el Fideicomiso Público para Administrar la Contraprestación del artículo 16 de la Ley Aduanera (FACLA) que desafortunadamente tampoco se caracteriza por su operación transparente.

Cabe agregar que las más recientes investigaciones de la ASF demuestran que la empresa ISOSA se utilizó incorrectamente para realizar devoluciones de impuestos a 34 corporaciones. Estas empresas recibieron, de forma irregular, más de mil 220 millones de pesos, aun cuando estas devoluciones no tenían nada que ver con el pago del DTA.

En la revisión de la Cuenta Pública de 2005, la ASF descubrió que el 62.9 por ciento del total de las devoluciones de impuestos se concentraron en 13 empresas a las que les devolvieron 760 millones 676 mil 100 pesos. Entre los ejemplos más sobresalientes la ASF identificó a Aeroméxico a la que se le reintegraron 341 millones 668 mil 100 pesos,

Mexicana de Aviación con 302 millones 601 mil, Aerolitoral con 60 millones 641 mil 100 pesos, y Estafeta con 13 millones 567 mil 100 pesos. A estos cuatro grandes monopolios, el gobierno les devolvió impuestos por concepto de Derechos de Servicios a la Navegación en el Espacio Aéreo Mexicano. Otras de las empresas beneficiadas con devoluciones millonarias por concepto del DTA fueron Club de Golf de Querétaro, Gussi, UIP, Cinepolis, Minsa, Cervecera de Zacatecas, The Brown Corporation de Saltillo y Alcoa CSI.

A pesar de que la SHCP se comprometió a devolver los miles de millones de pesos que durante 12 años manejó discrecionalmente, a marzo de 2006 de los 9 mil 347.518 millones de pesos que resultaron de las observaciones de la ASF, la SHCP sólo había devuelto 2 mil 457 millones de pesos. Precisamente por lo anterior, en la LX Legislatura de la Cámara de Diputados, el 7 de mayo de 2007, se creó una comisión especial que investiga a la empresa Integradora de Servicios Operativos (ISOSA). Esta Comisión Legislativa recientemente ha recibido de la SFP vastos expedientes de información que se encuentra revisando con diligencia y detalle.

b) El caso del FOBAPROA

La crisis económica de 1995 devastó al sector financiero mexicano, llevó a la quiebra a varios bancos y dejó al sistema financiero al borde del colapso. En respuesta, el gobierno inyectó 100 mil millones de dólares a los bancos para mantenerlos solventes a través del Programa de Capitalización y Compra de Cartera. Todo ello se realizó con cargo a las finanzas públicas, pues los pasivos del FOBAPROA fueron convertidos en deuda pública.

En su más reciente Informe sobre Desarrollo Mundial, el Banco Mundial (2006) ha caracterizado como una patología social, “la influencia de las elites económicas en la formación del sistema financiero”:

En los sistemas bancarios capturados se intercambian todo tipo de favores: el poder de mercado para algunos grandes bancos se protege a toda costa, estas instituciones a su vez tienden a emitir créditos a grandes empresas, que no necesariamente son aquellas con los mayores niveles de rendimientos esperados ajustados por los factores de riesgo. (...) Asegurar un acceso más equitativo al crédito a través de una mayor apertura de los sistemas financieros podría ayudar a las empresas productivas que previamente se encontraban fuera del alcance de los mercados formales de crédito. (World Development Report 2006: Equity and Development, World Bank September, 20th, 2005: P. 14)

Para ilustrar este tipo de colusiones entre poderosos actores económicos, el Banco Mundial escogió a nuestro país, cuyo rescate bancario, sostiene el reporte, “representó una erogación de 135 mil millones de dólares de recursos públicos”, es decir la cuarta parte del Producto Interno Bruto (PIB) del país.

El costo fiscal de la crisis [bancaria] equivale a cuatro veces los 33 mil millones de dólares que el Estado Mexicano recibió por todas las privatizaciones de los [años] 90 (...) Hay evidencia de que beneficiarios de créditos con cercanas relaciones con los bancos [rescatados] fueron especialmente favorecidos durante la crisis, además de que sus vínculos políticos les permitieron escapar a sanciones significativas.

Hoy también es parte de la historia el que los fondos que se destinaron al rescate de los bancos fueron mayores a los que realmente necesitaban estas instituciones, y es ampliamente sabido que algunos de los créditos bancarios impagados fueron resultados de corruptelas, fraudes y practicas de pillaje (looting) que nunca debieron haber sido incluidos en la cartera vencida que los bancos vendieron al gobierno como parte del paquete de rescate. En un reciente estudio del papel desempeñado por los llamados “prestamos relacionados” en la gestión de la catástrofe financiera, Chong and Lopez-de-Silanes (2005) señalan lo siguiente:

A medida que la economía sucumbía en la recesión, la proporción de los “préstamos relacionados” se duplicó en aquellos bancos que posteriormente entraron en bancarota, mientras que esta proporción sólo creció de forma menos pronunciada en aquellos otros bancos que finalmente sobrevivieron a la crisis. Esta evidencia sugiere que cuando los banqueros pensaron que probablemente perderían su inversión, ellos aumentaron el nivel de pillaje (looting) con objeto de extraer tanto valor como fuera posible mientras ellos todavía controlaban el banco. (Chong y Lopez-de-Silanes: 2005, P.386.)

El instrumento ideal que dentro del fideicomiso FOBAPROA el gobierno utiliza para limpiar los estados de cuenta de los Bancos, fue el llamado Programa de Capitalización y Compra de Cartera (PCCC), el cual debido a la ostensible falta de transparencia en su desarrollo y a sus débiles bases jurídicas y técnicas generó una controversia política de alcances mayúsculos. Para que el FOBAPROA aprobara una operación a través del PCCC, el Comité Técnico del fondo y las autoridades de la CNBV, debían aprobar los créditos con base en ciertas “reglas generales” que al final de cuentas no lo fueron tanto, pues ellas se aplicaron de forma discrecional. Formalmente, el FOBAPROA no podía adquirir créditos ilegales o con reservas insuficientes, relacionados o entre socios de un mismo banco, descontados o con la banca de fomento, redescontados o previamente financiados por la banca de desarrollo, denominados en Unidades de Inversión (UDIS), menores de 200 mil pesos, créditos de empresas en quiebra o suspensión de pagos, ni créditos otorgados a personas físicas sin actividad empresarial.¹³

Sin embargo, debido al débil escenario institucional, a los banqueros les fue relativamente fácil no cumplir con tales criterios. La regla del proceso fue la discrecionalidad con que las autoridades financieras se condujeron. La flexibilización

¹³ Ver: González-Aréchiga, 2007; Sandoval, 2007; y Di Costanzo & Moncada, 2005

de las reglas de manera constante y discrecional configuró un escenario en el que privaron todo tipo de abusos. Ello permitió a los banqueros incluir en el FOBAPROA la mayor parte de los créditos irrecuperables con que contaban, sin exigirles que mantuvieran un nivel de reservas mínimas. En una interesante comparación de las estrategias de manejo y resolución de crisis bancarias entre México y Corea, el Banco Mundial una vez más señala:

Mientras que en Corea los mismos principios y procedimientos para determinar la viabilidad de una institución fueron aplicados a todos los bancos comerciales sin excepción; en México la viabilidad de los bancos se decidió sobre la base de un análisis caso por caso conducido por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV). De hecho, la CNBV todavía hoy no cuenta con criterios específicos ni procedimientos estandarizados para determinar la viabilidad de una institución bancaria. De esta forma, los procedimientos han sido discrecionales y basados más en las valoraciones directas de la CNBV que en la capacidad real de los inversionistas bancarios para inyectar nuevo capital a sus propias instituciones. (P. 18)

Ese mismo estudio apunta, que el esquema de rescate utilizado por el gobierno mexicano, siempre fue demasiado generoso respecto del aplicado por las autoridades coreanas. Mientras que en la reestructuración financiera mexicana a los banqueros se les otorgaron amplios incentivos y tiempo suficiente para recapitalizar sus bancos, las autoridades coreanas, fueron mucho más estrictas. En Corea, los bancos en problemas se identificaban rápidamente y así también se reestructuraban. En México, los bancos en problemas fueron intervenidos únicamente cuando sus dueños fracasaron (después de repetidas ocasiones) en sus intentos por inyectar capital a sus instituciones, o de plano cuando la evidencia de actividades fraudulentas y prácticas ilícitas era muy extendida. Mientras que en Corea los bancos débiles recibieron fuertes apoyos gubernamentales a condición de que sus dueños asumieran una gran parte de las pérdidas, en México, las pérdidas fueron cargadas en su mayor parte a la sociedad. En Corea, las compras de cartera vencida, se

llevaron a cabo a precios de mercado, los banqueros fueron obligados a recapitalizar sus bancos de forma rápida y, en la emergencia económica, el gobierno se convirtió en el mayor inversionista del sistema bancario. En México, por el contrario, la estatización bancaria siempre fue vista como la última opción de política pública y la compra de cartera vencida se dio en un ambiente de completa opacidad.¹⁴

En el abigarrado esquema del rescate bancario mexicano, el gobierno intervino de una forma muy peculiar. Primero, en los hechos, se convirtió en el dueño del sistema bancario del país debido a la progresiva intervención del conjunto de las instituciones de crédito. Sin embargo, y a pesar de ser el dueño efectivo de sus pasivos, formalmente nunca asumió la propiedad de las instituciones bancarias. Finalmente, debido al sui generis rescate ideado por el pequeño círculo de funcionarios financieros mexicanos, el Estado, a través de los pagarés “respaldados por el gobierno federal” y con intereses que se incrementaban cada tres meses, se convirtió de facto en deudor de los bancos.¹⁵

Un problema adicional de este esquema fue que era totalmente anticonstitucional. La Constitución Mexicana establece que toda deuda contraída por el Ejecutivo debe ser aprobada por el Congreso. Cuando el Comité Técnico del Fideicomiso FOBAPROA, desde luego con el visto bueno del Titular del Poder Ejecutivo adquirió la cartera vencida de los banqueros, pasó por alto completamente este precepto constitucional, y sin obtener autorización de la Cámara de Diputados transfirió deudas privadas a las cuentas del gobierno.

El caso del FOBAPROA es un buen ejemplo de la maleabilidad a la que se pueden prestar los fideicomisos en nuestro país. Un fondo que originalmente había sido

¹⁴ Ver: De Luna, 2000

¹⁵ Ver: Sandoval, 2005

establecido para proteger a los ahorradores de instituciones financieras privadas, terminó por servir y socorrer a los banqueros privados precisamente a cuenta de los contribuyentes mexicanos, a quienes les fue cargado el peso del enorme costo fiscal.

Una demanda importante en esta lucha por la transparencia ha sido la entrega al Congreso de los libros blancos de cada programa que conformó el rescate bancario: el Programa de Capitalización Temporal (PROCAPTE), y el Programa de Capitalización y Compra de Cartera (PCCC), y el Programa de Apoyo a Deudores, entre otros. Toda esta información ayudaría de manera significativa a transparentar las operaciones del FOBAPROA.

Sin embargo la apertura de los libros blancos y la revelación de las versiones estenográficas de las actas de la Junta de Gobierno del IPAB y las actas del Comité Técnico del FOBAPROA, en donde se deliberó sobre los créditos adquiridos por el gobierno, desde el principio fueron motivo de discordia. Las dos últimas administraciones presidenciales, consistentemente, se han negado a publicar detalles de los créditos cubiertos por el rescate bancario, sosteniendo que es ilegal divulgar información financiera relacionada con terceros bajo el argumento del “secreto bancario”. Funcionarios de la SHCP y del IPAB también han sostenido que podrían enfrentar cargos penales si se entregan los documentos.

Paradójicamente, este ambiente de opacidad financiera ha permitido el desarrollo de una polémica interesante respecto del secreto bancario. Mientras el gobierno y las autoridades sistemáticamente han alegado la inviolabilidad del secreto bancario, juristas mexicanos reconocidos en su momento señalaron:

Es fundamental aclarar que el secreto bancario jamás fue concebido o legislado como un mecanismo para que el banquero pudiera convertirse válidamente en un encubridor o en un cómplice de conductas ilícitas y

menos de delitos. El silencio bancario es para proteger los intereses legítimos o los derechos de sus clientes, pero nunca una cubierta para ocultar ni los delitos del cliente ni los que el banquero cometiera en beneficio de aquél (La Jornada, 8 de Julio, 1998)

Ante los argumentos gubernamentales que han utilizado “el secreto bancario” como escudo, es importante preguntarnos si esta figura legal no ha sido más un pretexto para ocultar las complicidades que encierra el FOBAPROA. El cuestionamiento es contundente: si las listas de los créditos las conocía el Ejecutivo hay secreto bancario, pero si las conoce el Legislativo ¿el secreto se rompe? Además, técnicamente el secreto bancario está circunscrito a la banca comercial, a la banca de inversión y a la banca de desarrollo, y el FOBAPROA, en su calidad de fideicomiso privado, no se inscribía en ninguna de esas categorías, por lo que por definición el secreto bancario no era aplicable al FOBAPROA.

Finalmente, el 2 de diciembre del 2003, los comisionados del IFAI resolvieron de manera unánime instruir al IPAB para que elaborara una versión pública de las actas de todas las sesiones de la Junta de Gobierno del IPAB, así como el acta de entrega del FOBAPROA al IPAB y sus anexos. En esta importante resolución, el IFAI considero que el acta de entrega del FOBAPROA al IPAB, no podía considerarse como un acto fiduciario, y que por ello, no se encontraba protegido por la Ley de Instituciones de Crédito bajo el secreto fiduciario como siempre han alegado las autoridades financieras.

De las principales consideraciones de la ASF que se desprenden de las auditorías practicadas al rescate bancario, destacan las siguientes:

- Se ratifica que el Comité Técnico del FOBAPROA actuó discrecionalmente, al no contar con reglas y políticas generales que le permitieran dar transparencia a sus decisiones para acreditar la

economía en los apoyos que efectuara el Gobierno Federal, al otorgar su aval en las operaciones del PCCC.

- La estatización de las instituciones bancarias en 1982 no condujo a establecer toda la estructura normativa en el sistema bancario mexicano que era necesaria para asegurar las sanas prácticas bancarias; no hubo políticas prudenciales.
- El estado del que gozaban los bancos nacionalizados, produjo la pérdida de supervisores bancarios calificados; lo anacrónico de las normas contables; así como la falta de transparencia de la información que dificultó el conocimiento de la verdadera situación de las instituciones. La ausencia de un sistema contable, que efectivamente permitiera una adecuada regulación y supervisión, ocasionó que se desconocieran la verdadera situación financiera y el riesgo de los bancos, lo cual, en buena proporción, generó un manejo discrecional de las autoridades financieras en las medidas adoptadas en la crisis financiera, al amparo de la legislación aplicable.
- En conclusión, las principales causas del resquebrajamiento del sistema bancario fueron: el inadecuado sistema regulatorio; la falta de políticas prudenciales en el manejo de las instituciones financieras; la inexperiencia de los nuevos directivos bancarios; y la falta de una supervisión adecuada por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y del Banco de México, en conjunción con factores macroeconómicos negativos que se presentaron durante ese periodo.

- En relación a las controversias constitucionales interpuestas por el Ejecutivo Federal derivadas de diversos actos de fiscalización de la ASF, los fallos alcanzados por la SCJN imposibilitaron la posible recuperación de 20,735 millones de pesos observados e identificados por la ASF en las diversas auditorías que llevó a cabo. Asimismo, dichos fallos obligaron a la ASF, a ceñirse al principio de anualidad y a interpretar los artículos transitorios de la Ley de Protección al Ahorro Bancario sobre ese mismo principio, lo cual provocó que quedaran pendiente de fiscalizar algunos procesos de intervención bancaria, diversos saneamientos financieros, así como algunas operaciones de venta de bienes de ejercicios anteriores.
- Sin embargo, a pesar de las controversias constitucionales interpuestas por el Ejecutivo Federal, fue posible, antes de que se resolvieran éstas, y como producto de la actuación directa de la ASF, obtener recuperaciones por 10,856.2 millones de pesos, de los cuales, 9,481.6 corresponden a créditos relacionados observados por la ASF; 1,256.9 como resultado de las auditorías de Gestión, Existencia y Legalidad (GEL); y 117.7 por concepto de falta de soporte documental en el otorgamiento de quitas, condonaciones, castigos y quebrantos, observados por la ASF.

Es evidente que el episodio del rescate bancario para cerrarse definitivamente necesita de legitimidad y ella no puede emerger de la opacidad. Desde el principio, el gobierno y las autoridades financieras hicieron un mal uso de la legislación dirigida a proteger la privacidad de los clientes bancarios, a fin de mantener fuera del dominio público los detalles del rescate.

c) Otros casos emblemáticos

Otro caso emblemático de la opacidad imperante en el manejo de los recursos públicos depositados en fondos y fideicomisos es el Fideicomiso de Apoyo para el Rescate de Autopistas Concesionadas (FARAC). Este rescate se asemeja, en mucho, al rescate bancario en tanto que se trató de una socialización de las pérdidas privadas, heredó un incremento importante de la deuda pública sin la debida autorización del Congreso, y generó un amplio repertorio de irregularidades y violaciones a distintas Leyes. El Gobierno Federal entró al rescate de las empresas que desarrollaron las carreteras, al comprar sus activos carreteros al 40 por ciento de su valor y al pagar con los Pagarés de Indemnización Carretera (PIC), pagaderos a 5, 10 y 15 años. El FARAC administra un número importante de carreteras, y con los recursos que genera, debe cubrir sus gastos de operación y el servicio de su deuda. Según la SHCP los datos más recientes de la deuda neta del FARAC, reportan 143 mil 442 millones de pesos, que como en otros casos, han permanecido en una total opacidad.

Asimismo, la ASF ha señalado que los fideicomisos que se constituyen en el Poder Judicial, en el Poder Legislativo, y en los Órganos Constitucionalmente Autónomos no están obligados a registrar las figuras jurídicas de este tipo aunque involucren el manejo de recursos públicos federales, y ello, como es obvio, genera grandes desafíos para la fiscalización y el control transparente de los recursos públicos. En torno a los fideicomisos en los cuales el Poder Judicial de la Federación participa como fideicomitente, se han generado una fuerte polémica, pues estas figuras, por lo general, no se apegan a marcos jurídicos formales que los regulen, y sus procesos de constitución, operación, administración y extinción se rigen más por acuerdos, usos y costumbres internas de la SCJN, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) y del Consejo de la Judicatura Federal (CJF).

De acuerdo con los resultados de la revisión de la Cuenta Pública de 2003 realizada por la ASF, la SCJN transfirió 3 mil 272.7 millones de pesos de recursos públicos a varios fideicomisos que soportan prestaciones de lujo para los ministros de la Corte, llegando al extremo de utilizar esos recursos para el pago de sus pensiones, los servicios médicos de sus familias, y hasta el mantenimiento de sus viviendas. Entre los fideicomisos detectados por la ASF se encuentran los siguientes: Fideicomiso Para el Retiro de Magistrados de la Sala Superior (158984 TEPJF), Fideicomiso del Plan de Pensiones Complementarias a Funcionarios Superiores del PJF (4657-4 SCJN), Fideicomiso de Pensiones Complementarias para Mandos Medios y Operativos de la SCJN (11495-2 SCJN), Fideicomiso Plan de Prestaciones Médicas Complementarias y de Apoyo Económico Extraordinario a los Empleados de PJF (14210-5 SCJN), Fideicomiso “Inversión de Remanentes Presupuestarios del año 1998 y anteriores” (14348-9 SCJN), Fideicomiso “Inversión de Remanentes Presupuestarios del año 1998 y anteriores” (148172 SCJN) y Fideicomiso “Programa para el Mantenimiento de Viviendas de Magistrados y Jueces del Poder Judicial de la Federación” (4546-2 CJF).

El objeto de este último fideicomiso incluye los pagos de seguros contra riesgos, gastos de mantenimiento, el pago del predial, del consumo de agua, teléfono, electricidad y gas, así como para la creación de un fondo para la compra de casas nuevas para jueces y magistrados. La respuesta de la Corte fue que este fondo, desde su constitución en 2003, operó con aportaciones propias de jueces y magistrados, y que por ello no se afectaron recursos públicos; sin embargo, el examen de la ASF reporta que este fideicomiso utiliza recursos públicos materiales y humanos para su administración y operación.

Asimismo, en la revisión de los expedientes personales de los beneficiarios de los fideicomisos relativos a las pensiones complementarias, se constató que existe un

control sumamente laxo, pues se carece de documentación que permita comprobar que las pensiones fueron otorgadas conforme a la normatividad.

Finalmente, el ejemplo más reciente de este tipo de estrategias utilizadas para darle la vuelta a la transparencia y la rendición de cuentas, lo constituye la negativa de acceso por parte de la SFP a una ciudadana que estaba interesada en conocer los gastos del equipo de colaboradores del Presidente electo para efectos del cambio de administración. El caso es preocupante, porque la propia institución que a nivel federal está encargada de combatir la corrupción, es la que ha negado el acceso a los documentos de trabajo de la auditoría al Fideicomiso para Apoyar el Cambio de Administración del Ejecutivo Federal. Esta información hubiera ayudado a transparentar la forma en que fueron utilizados los más de 150 millones de pesos asignados en el Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2006 para que el candidato oficialmente triunfador ajustara su gabinete.

La estrategia fue, primero, fundar un fideicomiso, y segundo, la respuesta oficial para negar acceso a estos documentos bajo el argumento de que las notas, recibos de honorarios y facturas eran propiedad de la empresa privada que realizó la auditoría al fideicomiso, y por lo tanto, a pesar de que los recursos eran públicos y que la auditoría misma se había pagado con recursos públicos, los papeles y comprobantes se volvieron privados, y a partir de ese momento pertenecen a una empresa privada.¹⁶

¹⁶Para abundar más sobre este caso ver: "SFP niega datos del equipo de transición", nota de Lilia Saúl, El Universal, martes 8 de mayo de 2007, Pág. A-15.

VI. Revisiones de la Auditoría Superior de la Federación

El papel desempeñado por la ASF en la impostergable lucha por garantizar la fiscalización y el pleno acceso a la información relativa al manejo y asignación de recursos públicos federales ha sido crucial. La máxima entidad de fiscalización de la Federación ha identificado a los fideicomisos, fondos, mandatos y contratos análogos, como un área seriamente afectada por la opacidad. El organismo ha incluido a los fideicomisos y contratos análogos como una “línea estratégica de actuación” para la instrumentación de acciones puntuales por parte de la administración pública.

Un avance innegable en esta gesta impulsada por la ASF lo constituyó la aprobación de una reforma que amplía las facultades de revisión y fiscalización de la entidad de fiscalización superior de la Federación. Esta trascendental modificación implicó la obligatoriedad de la divulgación de información relativa a fideicomisos, mandatos y actos jurídicos análogos que, a partir de ese momento, no podía seguir siendo clasificada como reservada para efectos de fiscalización. La reforma se aprobó en la Cámara de Diputados el 26 de octubre de 2004 y posteriormente se dictaminó y aprobó en el Senado el 22 de febrero de 2005. Con esto, se adicionó la fracción VI del artículo 2º de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación y se amplió la definición de las “entidades fiscalizadas”, al incluir, en este concepto, a los fondos y fideicomisos que administren recursos públicos federales.

Artículo 2.- Para efectos de la presente Ley, se entenderá por:

VI. Entidades fiscalizadas: Los Poderes de la Unión, los entes públicos federales, las entidades federativas y municipios que ejerzan recursos públicos federales; los mandatarios, fiduciarios o cualquier otra figura análoga, así como el mandato o fideicomiso público o privado que administren, cuando hayan recibido por cualquier título, recursos públicos federales y, en general, cualquier entidad, persona física o moral,

pública o privada que haya recaudado, administrado, manejado o ejercido recursos públicos federales; (Ley de Fiscalización Superior de la Federación, subrayado propio)

En concordancia con esta trascendental reforma originada en la Cámara de Diputados desde marzo de 2004, la SHCP y la SFP, el 6 de septiembre de ese mismo año, signaron un “Acuerdo que establece los lineamientos que deberán observar las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal para el control, la rendición de cuentas e informes y la comprobación del manejo transparente de los recursos públicos federales otorgados a fideicomisos, mandatos o contratos análogos”. Entre otras cosas, en este acuerdo se consigna la obligatoriedad por publicar de manera trimestral informes sobre los recursos públicos aportados a estos instrumentos, así como de los rendimientos financieros, destino final y egresos realizados durante el periodo.

Asimismo, el 22 de diciembre de 2004, el IFAI publicó en el Diario Oficial de la Federación los “Lineamientos en materia de clasificación y desclasificación relativa a operaciones fiduciarias y bancarias, así como al cumplimiento de obligaciones fiscales realizadas con recursos públicos federales por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal”. Estos establecen que el secreto fiduciario no puede ser invocado por las autoridades gubernamentales para reservar información sobre fideicomisos, pues esta garantía aplica únicamente a los particulares y a las instituciones bancarias, más no a las dependencias gubernamentales.

Sin embargo la mayoría de los avances en materia normativa se ha expresado de forma muy precaria en la práctica institucional. Durante 2005, en una comparecencia pública ante el Senado de la República, el Subsecretario de Egresos, señaló que a pesar de que el gobierno “comulga” con la transparencia, en el caso de los fideicomisos existe “un conflicto de normas” que impide al Poder Ejecutivo hacer

pública la información. El funcionario de la SHCP sostuvo que “si el servidor público divulga alguna información, puede ser sujeto de demandas de los particulares, fideicomisarios o beneficiarios, y si no divulga información puede ser sujeto de sanciones administrativas”.¹⁷

Desafortunadamente esta lógica incongruente entre la voluntad discursiva en pro de la transparencia y el manejo opaco de los recursos públicos en fondos y fideicomisos, es la que ha caracterizado la gestión del poder durante estos últimos años. Para demostrar lo anterior revisaremos con detalle algunos de los principales resultados de la Auditoría 344: “Evaluación Presupuestaria y Financiera de los Fideicomisos Constituidos por el Gobierno Federal y Coordinados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público” que forma parte de la Revisión y la Fiscalización Superior de la Cuenta Pública de 2003. Como vimos anteriormente, en los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal, la SHCP funge como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada, y por lo tanto, el estudio de los fideicomisos coordinados por la SHCP resulta crucial.

Los propósitos básicos de la ASF con esta revisión fueron entre otros: Precisar el monto total de recursos que el Gobierno Federal ha venido destinado a los fideicomisos públicos coordinados por la SHCP; evaluar su situación presupuestaria y financiera; constatar si las autoridades cumplieron con la normatividad para la renovación de la clave de registro presupuestario para los fideicomisos ante Hacienda; averiguar si estas figuras jurídicas pudieron satisfacer los objetivos para los que fueron creadas; y verificar el control interno del registro de los fideicomisos y mandatos de la Administración Pública Federal. Algunos de los resultados más relevantes de esta auditoría son los siguientes:

¹⁷ “Imposible, hacer públicos los recursos de 705 fideicomisos: Carlos Hurtado”, La Jornada, Viernes 13 de mayo de 2005. P7.

El Sistema de Registro de Fideicomisos, Mandatos y Contratos Análogos de la Administración Pública Federal, reportó que el total de las figuras jurídicas de este tipo registradas fueron 1,353; las cuales a su vez manejan activos por un monto total de 662,007,326.1 miles de pesos. Como se aprecia en el cuadro 1, estas figuras incluyen fideicomisos, mandatos y contratos análogos vigentes y no vigentes. Ver Tabla 4.

Tabla 4.
Total de fideicomisos, mandatos y contratos análogos registrados al cierre del ejercicio 2003

Concepto	Total	Fideicomisos	Mandatos	Contratos Análogos
TOTAL	1,353	934	174	245
Vigentes	801	624*	85	92
Alta	535	428	32	75
En proceso de extinción	254	192	46	16
Susceptible de extinción	12	4	7	1
No vigentes	552	310	89	153
Baja	182	58	5	119
Extinción	252	252	0	0
Terminación	118	0	84	34

FUENTE: Tomada de la Revisión y Fiscalización Superior de la Cuenta Pública de 2003, Auditoría Superior de la Federación con base en datos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

*/ Del total de fideicomisos vigentes (624), sólo 20 son entidades paraestatales y la diferencia (604) son de administración

A pesar de que el número de estas figuras jurídicas ya por sí mismo nos parece muy elevado, la ASF ha reportado que esta cifra no representa la totalidad de los fideicomisos, mandatos y contratos análogos que involucran recursos públicos federales. En otra auditoría paralela que la

institución realizó a los fideicomisos manejados por la Secretaría de Agricultura, se constató “que no estaban inscritos 33 fideicomisos a los que la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación aportó recursos con cargo a su presupuesto en 2003”.

Otro dato llamativo de la tabla anterior es que de los 624 fideicomisos vigentes a 2003, únicamente 20, esto es el 3.2%, se consideran entidades paraestatales y 604 el (96.8%) eran fideicomisos sin estructura, esto es, sin obligación de ser transparentes, rendir cuentas y registrar egresos e ingresos en la Cuenta Pública ni en el Presupuesto de Egresos de la Federación, ni en ningún otro registro público.

Debido a esta limitante, es que el grueso de la evaluación realizada por la ASF en la auditoría 344 sobre Fideicomisos, Fondos y Mandatos en el sector de Hacienda y Crédito Público fue básicamente financiera, y sólo en menor medida, de naturaleza presupuestaria.

Tabla 5
Fideicomisos públicos que son considerados
entidades paraestatales

Dependencia Coordinadora	Clave Presupuestaria	Denominación
SHCP	700006410018	Fideicomiso Liquidador de Instituciones y Organizaciones Auxiliares de Crédito (FIDELIQ)
SHCP	700006HCG001	Fondo de Operación y Financiamiento Bancario de la Vivienda (FOVI)
SHCP	700006HBW004	Fondo de Garantía y Fomento para la Agricultura, Ganadería y Avicultura (FONDO)
SHCP	700006HDA005	Fondo Especial para Financiamientos Agropecuarios (FEFA)
SHCP	700006HBX006	Fondo de Garantía y Fomento para las Actividades Pesqueras (FOPESCA)

Dependencia Coordinadora	Clave Presupuestaria	Denominación
SHCP	700006HASD07	Fondo Especial de Asistencia Técnica y Garantía para Créditos Agropecuarios (FEGA)
SHCP	700006HATD12	Fondo de capitalización e Inversión del Sector Rural (FOCIR)
SEDENA	700007HVV237	Fideicomiso para Construcciones Militares
SAGARPA	70000816L070	Fideicomiso de Riesgo Compartido (FIRCO)
SAGARPA	20020850D01231	Fondo de Empresas Expropiadas del Sector Azucarero (FEESA)
SCT	800009J4V517	Fideicomiso de Formación y Capacitación para la Marina Mercante Nacional
SE	700010K20098	Fideicomiso de Fomento Minero
SEP	199811H0000729	Fideicomiso para la Cineteca Nacional
STPS	700014PDC013	Fondo de Fomento y Garantía para el Consumo de los Trabajadores (FONACOT)
SRA	700015QEU097	Fideicomiso Fondo Nacional de Fomento Ejidal (FIFONAFE)
SEDESOL	700020VZGD75	Fondo Nacional para el Fomento de las Artesanías (FONART)
SEDESOL	700020VYF338	Fondo Nacional de Habitaciones Populares (FONHAPO)
SECTUR	700021WVW096	Fideicomiso Fondo Nacional de Fomento al Turismo (FONATUR)
CONACYT	700038910D17	Fondo de Desarrollo de los Recursos Humanos
CONACYT	70003891M135	Fondo de Información y Documentación para la Industria

FUENTE: Auditoría Superior de la Federación, Revisión y Fiscalización Superior de la Cuenta Pública de 2003.

La SHCP reportó 185 fideicomisos o figuras jurídicas de este tipo, cuyos activos totales ascendieron a 386,620, 258.8 miles de pesos. De esta universo, la ASF configuró una muestra altamente representativa que incluyó a 74 fideicomisos que en su conjunto manejan activos por un monto de 246,255 263.6 miles de pesos, es decir del 63.7% de los activos totales de los fideicomisos de la SHCP.

Como señalamos anteriormente, debido a las evidentes limitaciones de información, la mayor parte de la evaluación fue financiera y ella se practicó a 64 fideicomisos. La situación presupuestaria se evaluó en los siete fideicomisos de la SHCP que son considerados entidades paraestatales, estos son: FOVI, FEFA, FONDO, FEGA, FOPESCA, FOCIR, FIDELIQ. Ver Tabla 5.

Respecto de la temporalidad que gozan los fideicomisos públicos, la ASF observó que el 84.9% del total, esto es 680 de 801 figuras jurídicas de este tipo, cuentan con una temporalidad indefinida. En general los fideicomisos tienen como límite un plazo de 50 años. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que quedan prohibidos los fideicomisos:

... cuya duración sea mayor de cincuenta años, cuando se designe como beneficiario a una persona moral que no sea de derecho público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de cincuenta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro. (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Artículo 394, Fracción Tercera)

Sin embargo esta prohibición desaparece por completo cuando se trata de Fideicomisos Públicos, pues la Ley de Instituciones de Crédito consigna que:

Cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal o que él mismo, para los efectos de este artículo, declare de interés público a

través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. (Ley de Instituciones de Crédito, Artículo 85)

Así que en estricto sensu, la alta proporción de fideicomisos sin límite de tiempo claramente establecido no es violatorio de marco normativo alguno, sin embargo, como atinadamente lo señala la ASF en su auditoría, este elevado número de fideicomisos con temporalidad ilimitada “no es consistente con el principio de que los fideicomisos deben constituirse para apoyar un fin lícito y con un periodo de tiempo determinado”.

Además, como bien lo señala la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en su Artículo Primero, los fideicomisos son parte integrante de la Administración Pública Federal:

Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos, componen la administración pública paraestatal. (Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Artículo 1, Fracción Tercera, subrayado propio)

De esta forma, la existencia por plazos indefinidos de este tipo de entidades, al incrementar el número de elementos que integran la Administración Pública Federal también va a contracorriente de aquellas teorías en boga que prescriben la supremacía de un Estado mínimo y adelgazado. Con esta multiplicación acelerada de fideicomisos sin plazos definidos, contra la teoría del ‘adelgazamiento del Estado’, asistimos a un ‘engrosamiento privatizador’ y aún peor, sin fiscalización de sus actividades.¹⁸

¹⁸ Ver: Sandoval, 2004

A partir de estas consideraciones, nos parece que la recomendación emitida por la ASF en el sentido de que la SHCP “promueva cambios en el Manual de Normas Presupuestarias para que la Administración Pública Federal para que las dependencias y entidades públicas federales que creen fideicomisos, mandatos y contratos análogos, establezcan fecha de vigencia a dichas figuras jurídicas” es positiva pero insuficiente. El tema señalado por la ASF es tan relevante que además de hacer cambios en el Manual también habría que reformar definitivamente las leyes correspondientes para señalar la imposibilidad de esta temporalidad indefinida.

Por otro lado, la auditoría 344 también señala la preocupante diferencia que se observan entre los montos de los activos manejados por fideicomisos considerados entidades paraestatales (apenas el 28.5% del total de activos), y aquellos otros que, escudándose en el hecho de no contar con una estructura orgánica similar a la de la Administración Pública (casi la mitad de los mismos activos), no rinden cuentas. Ver Tabla 5.

En su revisión a la Cuenta Pública de 2003 la ASF expresamente consignó:

Se corroboró que de los fideicomisos vigentes que no son considerados entidades paraestatales, y que representan el 46.6% (308, 634,277.8 miles de pesos) del monto total de activos que reportaron los fideicomisos en el Sistema de Registro de Fideicomisos, Mandatos y Contratos Análogos de la Administración Pública federal, en su mayoría no han sido fiscalizados porque se han amparado en el secreto bancario. (Informe del Resultado de la Revisión y Fiscalización Superior de la Cuenta Pública del 2003, ASF, P.14)

Ante esta preocupante situación, la ASF tiene claro que la firma del Acuerdo en pro del control, la transparencia y la rendición de cuentas de los recursos públicos federales otorgados a los fideicomisos, firmado el 6 de septiembre de 2004 entre la SHCP y la SFP, constituye un paso importante

para combatir la opacidad arriba señalada. Una parte medular de este Acuerdo señala lo siguiente:

En los fideicomisos públicos (...) corresponderá al fiduciario por instrucciones expresas del fideicomitente, dar cumplimiento a los requerimientos de información solicitados por las secretarías de Hacienda y Crédito Público y de la Función Pública y la Auditoría Superior de la Federación relativos al manejo y destino de recursos públicos federales. (Acuerdo que establece los Lineamientos que deberán observar las Dependencias y entidades de la Administración Pública Federal para el Control, la Rendición de Cuentas e Informes y la Comprobación del manejo transparente de los Recursos Públicos Federales otorgados a fideicomisos, mandatos o contratos análogos, Apartado Segundo).

Sin embargo, como también lo advierte la ASF, en este Acuerdo prevalecen “puntos débiles”, por ejemplo la novena cláusula de este documento auspicia el ejercicio del ominoso secreto bancario:

El fiduciario, en los términos de las disposiciones aplicables, guardará el secreto de las operaciones que realice, salvo en los casos en que cuente con la autorización del fideicomitente, o esté así estipulado en el contrato respectivo, cuidando que no se contravengan los fines previstos en el contrato ni se causen daños y perjuicios a las partes que en ellos intervienen. Acuerdo que establece los Lineamientos que deberán observar las Dependencias y entidades de la Administración Pública Federal para el Control, la Rendición de Cuentas e Informes y la Comprobación del manejo transparente de los Recursos Públicos Federales otorgados a fideicomisos, mandatos o contratos análogos, Apartado Noveno)

De esta forma, en el manejo y destino de los recursos públicos, el secreto bancario prevalece por sobre el espíritu de control, fiscalización y rendición de cuentas, ya que este Acuerdo por un lado se somete por completo a los términos que se establezcan en los contratos de fideicomisos con los bancos o las instituciones financieras, y por otro, su cumplimiento depende exclusivamente de la

“buena voluntad” del fideicomitente o funcionario público responsable, pues él es el único que puede dar “autorización” o “instrucción expresa” a la institución fiduciaria a que “coadyuve” con las autoridades correspondientes en la entrega de la información. En otras palabras, este Acuerdo queda sometido a la total discrecionalidad de los funcionarios públicos que controlan los fideicomisos. Aunado a estas dos grandes debilidades (discrecionalidad en la aplicación del Acuerdo y sometimiento del mismo a los contratos privados), tenemos que no existe ninguna obligación por cumplir sus cláusulas. No hay ningún tipo de sanción expresa, ni para el fiduciario ni para el fideicomitente en caso de incumplimiento. Todo ello nos demuestra que para combatir la discrecionalidad imperante en la gestión y manejo de los recursos públicos federales depositados en fondos y fideicomisos no basta con acuerdos sin sanciones, o con modificaciones a contratos entre particulares. Habría que contar con una Ley General de Fideicomisos que estipule con toda precisión las obligaciones que deban observar los servidores públicos que establezcan este tipo de instrumentos jurídicos.

A falta de una Ley General en esta materia, los fideicomisos hoy operan, para su ejercicio presupuestario y financiero, en base a instrumentos normativos de menor jerarquía y relevancia, como lo es el Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública Federal. Este manual, además, presenta grandes lagunas que abren paso a la opacidad y discrecionalidad. Como bien lo advierte la ASF, ahí no se establece como requisito para los fondos y fideicomisos que sus estados financieros se encuentren dictaminados por auditores externos lo que, a juicio de la ASF no otorga confiabilidad a los mismos. De hecho, hoy resulta imposible precisar, a ciencia cierta, el monto de los recursos financieros administrados por los fideicomisos y figuras jurídicas análogas.

Otra variable recurrente en este esquema es la falta de cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la norma para la inscripción de nuevos fideicomisos,

la extinción de aquellos que han llegado a su término, o de renovación y actualización de la clave de registro presupuestario del gran grueso de los fideicomisos vigentes. El Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública Federal, en sus artículo 181 y 185, indica que los fideicomisos públicos que operan principalmente con recursos públicos federales y los fideicomisos mixtos que en su patrimonio cuenten con más de 50% de recursos públicos federales, están obligados a renovar su clave de registro presupuestario. Sin embargo, en su Auditoría 344, la ASF señaló que:

[Para 2003] se encontró que de los 15 fideicomisos que se inscribieron, en el 80.0% se realizó el trámite de manera extemporánea; de 25 que renovaron su clave de registro presupuestario, al 32% le faltó al menos uno de los siguientes documentos: estado de situación financiera, estado de resultados, reporte de fines u objetivos y metas; y de los 24 que actualización su clave, en el 12.5% no se encontró el balance general o el estado de resultados. p. 16

Tabla 6
Fideicomisos públicos a los que se les renovó o actualizó su clave de registro presupuestario sin cumplir con la normatividad

Dependencia Coordinadora	Clave Presupuestaria	Denominación
SHCP	700006HDA005	Fondo Especial para Financiamientos Agropecuarios (FEFA)
SHCP	700006HBX006	Fondo de Garantía y Fomento para las Actividades Pesqueras (FOPESCA)
SHCP	700006HASD07	Fondo Especial de Asistencia Técnica y Garantía para Créditos Agropecuarios (FEGA)
SHCP	20000641101049	Fondo de Desastres Naturales (FONDEN)
SHCP	200106F0001129	Fideicomiso Fondo de Restitución (FORE)
SHCP	20020641001235	Fideicomiso Fondo de Desincorporación de Entidades

Dependencia Coordinadora	Clave Presupuestaria	Denominación
SHCP	20020671001239	Fideicomiso Programa de Mejoramiento de los Medios de Informática y Control de las Autoridades Aduaneras
SHCP	700006G1H406	Fideicomiso para la Concesión y Operación de una Terminal Marítima (Fideicomiso de Administración Irrevocable FERTIMEX Inmuebles)
SHCP	199806HIU00743	Fideicomisos Ocean Garden Ensenada
SHCP	199906GON00907	Fideicomiso Fondo de Pensiones de Bancomext

FUENTE: Auditoría Superior de la Federación, Revisión y Fiscalización Superior de la Cuenta Pública de 2003.

Otro caso preocupante de incumplimiento de la norma corresponde a la discrecionalidad y abierta opacidad con que se ha venido manejando el proceso de inscripción de los fideicomisos. El Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública Federal vigente para el ejercicio de 2003, en su Artículo 184, señala que para el establecimiento de fideicomisos es obligatorio enviar el original de su contrato de creación en un plazo de 20 días naturales posteriores a su formalización. Sin embargo, en su revisión a la Cuenta Pública del 2003, la ASF señala que:

Se comprobó que los 15 fideicomisos que se inscribieron en 2003 enviaron el original de su contrato de creación; sin embargo, en 12 casos lo hicieron después de los 20 días naturales posteriores a la formalización de los mismos que indica la norma; los retrasos en la inscripción van desde 10 días naturales hasta casi un año y medio. Lo anterior contravino el artículo 184 del Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública Federal vigente para el ejercicio de 2003. P.19

Tabla 7
Fideicomisos sectorizados en la SHCP que solicitaron su inscripción ante el registro de manera extemporanea, 2003

Clave Presupuestaria	Fideicomiso	Días de retraso
200306HJB01344	Fideicomiso Ocean Garden-Producción Camaronera	10
200306B0001315	Fideicomiso Fondo de Apoyo a los trabajadores de Confianza de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores	13
200306G0N1324	Fideicomiso para la promoción del Comercio Exterior y la Inversión Extranjera	21
200306HIU01346	Fideicomiso Programa Migrantes Invierte en México	96
200306HJO01322	Fideicomiso de Administración de un Fondo de Ahorro	97
200306G0N01327	Fideicomiso Artículo 55 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito	121
200306HJO01319	Fideicomiso de Administración para el Pago de Medicinas, Gastos Médicos y Funerarios	155
200306HJO01320	Fideicomiso de Administración para el Otorgamiento y Pago de Pensiones y Jubilaciones	155
200306HJO01321	Fideicomiso de Administración para el Pago de Primas de Antigüedad	155
200306HIU01335	Fideicomiso Artículo 55 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito	178
200303G1H01348	Fideicomiso Artículo 55 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito BANJERCITO	249
200306HIU01336	Fideicomiso 8013-9 para la Participación en el Riesgo para Financiamiento a Micro, Pequeñas y Medianas Empresas	511

FUENTE: Tomada de la Revisión y Fiscalización Superior de la Cuenta Pública de 2003, Auditoría Superior de la Federación con base en datos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección General Jurídica de Egresos, Expedientes de los fideicomisos de la SHCP, México 2004

Lo que tenemos aquí no solamente es, como bien lo señala la ASF, un incumplimiento del Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública Federal, sino una abierta violación a la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que, en su Artículo 387, expresamente señala que: “la constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito”. Más adelante, el Artículo 394 de la misma Ley, prohíbe la existencia de “fideicomisos secretos”. Esto es, todas las figuras jurídicas de este tipo deben de constar por escrito y forzosamente tienen que ser públicas. Sin embargo, el del Fideicomiso Programa Migrantes “Invierte en México” fue dado de alta más de tres meses después; el Fideicomiso Artículo 55 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito tuvo cuatro meses de retraso en su inscripción; el Fideicomiso Artículo 55 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito BANJERCITO se registró con más de ocho meses de retraso; y el caso más extremo fue el Fideicomiso para la Participación en el Riesgo para Financiamiento a Micro, Pequeñas y Medianas Empresas que exhibe el enorme retraso de 511 días, más de año y medio desde su formalización con NAFIN. No se trata en lo absoluto de meros “retrasos” en su inscripción ante el registro, sino de la evidente existencia de fideicomisos secretos que manejan recursos públicos federales y que se ubican fuera de la ley.

En razón de lo anterior, la ASF promovió diversas solicitudes de Intervención del Órgano Interno de Control de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; del Banco Nacional de Comercio Exterior; del Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada; de Nacional Financiera; de Ocean Garden Products; y del Banco el Ahorro Nacional y Servicios Financieros con objeto de iniciar procedimientos administrativos contra los servidores públicos que pudieran verse involucrados en actos ilícitos, negligencias u omisiones en la gestión de los fideicomisos públicos arriba descritos.

Otros “retrasos” llamativos fueron los registrados en los procesos de renovación de las claves de registros presupuestarios de cuatro fideicomisos, que si bien no

son responsables de manera directa, pues en los cuatro casos, la Dirección General de Banca de Desarrollo solicitó dicha renovación dentro del plazo establecido, el dato definitivamente evidencia la opacidad y la discrecionalidad del manejo de la información sobre fideicomisos que impera al interior de la propia SHCP, ya que fue la propia Dirección General de Programación y Presupuesto “B” la instancia que efectuó el trámite de renovación de manera extemporánea ante la Dirección Jurídica de Egresos.

Tabla 8
Fideicomisos sectorizados en la SHCP en los que se solicitó la renovación de su clave de registro presupuestario de manera extemporánea, 2003

Clave Presupuestaria	Fideicomiso	Días de retraso
700006810050	Fideicomiso de Administración Centro de Estudios para la Evaluación Socioeconómica de Proyectos (CEPEP)	59
20020641001235	Fideicomiso Fondo de Desincorporación de Entidades	59
700006GIC048	Fideicomiso para Apoyar los Programas, Proyectos y Acciones para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental en la Zona Metropolitana y del Valle de México	60
700006GIC049	Fideicomiso 1249 Fondo para Estudios y Proyectos de Infraestructura Urbana y de Servicios	60

FUENTE: Tomada de la Revisión y Fiscalización Superior de la Cuenta Pública de 2003, Auditoría Superior de la Federación con base en datos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección General Jurídica de Egresos, Expedientes de los fideicomisos de la SHCP, México 2004.

Algunos problemas adicionales con el cumplimiento de las Reglas para la Renovación o Actualización de la Clave de Registro Presupuestario de los fondos y fideicomisos encontrados por la ASF en su revisión a la Cuenta Pública del 2003 fueron los siguientes:

- Diversos fideicomisos (16% de la muestra) presentaron la solicitud para renovar su clave de registro presupuestario de manera extemporánea con retrasos de entre 59 y 60 días.
- El actual Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública Federal no establece la obligación por referir el avance del cumplimiento de las metas alcanzadas, lo que impide evaluar el cumplimiento real de los objetivos. De los 17 fideicomisos que presentaron informe de metas, el 41.2% las presentó sin cuantificar, es decir las entregó más como objetivos que como metas.
- En los procesos de renovación de las claves, el Sistema de Registro de Fideicomisos, Mandatos y Contratos Análogos de la Administración Pública Federal no identifica a los fideicomisos que recibieron aportaciones y que por lo tanto están obligados a presentar un reporte de aportaciones.
- Muy frecuentemente, la SHCP emite “opiniones favorables” para renovar la clave de registro presupuestario de los fideicomisos públicos sin contar con la documentación soporte que sustente el análisis sobre los estados financieros, los reportes de los objetivos alcanzados, las metas previstas, ni las aportaciones realizadas durante el ejercicio fiscal anterior. Lo anterior, ya sea por que no se cuentan con esos documentos, en un abierto incumplimiento de la norma, o por la falta de una adecuada metodología para llevar a cabo el análisis de la documentación en cuestión.

Ya habíamos señalado que los fideicomisos considerados entidades paraestatales son los únicos que cuentan con la obligación de informar sobre sus ingresos y egresos, tanto en el Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF), como en

la Cuenta de la Hacienda Pública Federal (CHPF), además de reportar información en los Informes Trimestrales sobre la Situación Económica, las Finanzas Públicas y la Deuda Pública. También señalamos que esa limitante, en términos de la transparencia en el ejercicio y destino de los recursos públicos depositados en fideicomisos no considerados entidades paraestatales, fue la razón fundamental para que la evaluación realizada a estas figuras fuera sobre todo financiera y normativa más que presupuestaria.

Otra diferencia crucial entre los fideicomisos con estructura y los fideicomisos no considerados entidades paraestatales, es la relativa a la obligación por presentar indicadores estratégicos de desempeño para evaluar la eficacia del cumplimiento del fin lícito para el que supuestamente debieron ser establecidos. Dado que los fideicomisos con estructura están obligados a rendir cuentas y a presentar estos indicadores de desempeño tanto en el PEF como en la CHPF, uno confiaría en que su gestión tendría que ser más eficiente, eficaz y transparente. Sin embargo, la ASF también reportó algunos problemas relevantes en términos de la evaluación propiamente presupuestaria de aquellos fideicomisos considerados entidades paraestatales. Al respecto la auditoría 344 explícitamente señala lo siguiente:

“Al evaluar los indicadores estratégicos que presentaron los fideicomisos considerados entidades paraestatales en las secretarías de Hacienda y Crédito Público, Desarrollo Social y Turismo, se hace notoria la dificultad para conocer de manera clara y precisa la eficiencia, eficacia y economía con que están utilizando los recursos presupuestarios, ya que en algunos casos no son representativos de sus actividades sustantivas lo que impide evaluar el cumplimiento de los objetivos para los que fueron creados.” P. 36

Debido a lo anterior, la ASF ha recomendado por una parte que los fideicomisos que no son considerados entidades paraestatales, comiencen por presentar

indicadores estratégicos de desempeño como requisito para la renovación o actualización de la clave de registro presupuestario. Por otro lado, la ASF recomienda que los fideicomisos que si son considerados entidades paraestatales elaboren indicadores estratégicos de desempeño que representen de mejor manera sus actividades sustantivas. De otra forma, el análisis del cumplimiento de sus fines, metas y objetivos seguirá siendo parte de la profunda discrecionalidad con la que se han venido manejando la información de los recursos públicos depositados en fondos y fideicomisos.

El dictamen final de la Auditoría 344 “Evaluación Presupuestaria y Financiera de los Fideicomisos Constituidos por el Gobierno Federal y Coordinados por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público” realizada por la ASF como parte de su Revisión de la Cuenta Pública de 2003 es contundente respecto de la grave problemática que hemos venido ilustrando a lo largo de este trabajo. Señala la falta de control, supervisión y fiscalización de los recursos públicos federales involucrados en los fideicomisos que hacen que éstos se conviertan en una suerte de dinero público invisible:

En opinión de la entidad de fiscalización superior de la Federación, (...) la SHCP no cumplió con el control y supervisión de los procesos de inscripción, renovación o actualización de la clave de registro presupuestario y de extinción de los fideicomisos que involucran recursos públicos federales. Tampoco mostró evidencias de efectuar el análisis sobre el cumplimiento de los objetivos y meta, así como de la situación financiera de esos instrumentos jurídicos, que son la base para sustentar la opinión sobre su vigencia, y no lleva a cabo el control y seguimiento de los recursos públicos aportados a los fideicomisos. Lo anterior implica que no existe certeza sobre el número de fideicomisos vigentes.

Con la información disponible se conocen que el total de activos de los fideicomisos, mandatos y contratos análogos (reportados en el Sistema de Registro de fideicomisos, fondos, mandatos y contratos análogos de la Administración Pública Federal en 2003) ascendió a 662,007.3 millones de pesos; sin embargo, dado que los estados financieros de la mayoría de estos entes no están dictaminados por auditor externo, no es posible precisar el monto de los recursos financieros que éstos administran. Por otra parte, no es transparente el proceso de traslado a la Tesorería de la Federación del monto enterado por estas figuras jurídicas al momento de su baja y terminación de funciones. P. 38.

VII. Conclusiones y Propuestas: Hacia una Ley General de Fideicomisos

Pareciera ser una verdad de perogrullo sostener que la transparencia constituye uno de los ingredientes indispensables para la construcción de la nueva institucionalidad democrática que exige la vida nacional. Efectivamente, en términos formales, hoy ya no es factible considerar democrático a un Estado que además de contar con elecciones periódicas, libres y equitativas, no procure el auspicio de mecanismos de transparencia e información gubernamental. Sin embargo, aquí hemos argumentado que la rendición de cuentas en materia financiera todavía constituye un gran reto por superar en el proceso democratizador de México. En este trabajo hemos demostrado que, en particular, la gestión y manejo de los recursos públicos depositados en fondos, fideicomisos y contratos análogos constituyen una de las áreas más rezagadas en cuanto a los estándares de transparencia que debieran caracterizarla.

A menudo se entiende a la transparencia como un aparador limpio y sin cortinas que de forma hermética exhibe los asuntos públicos. Sin embargo, la imagen más adecuada debía ser no la de los vidrios limpios, sino la de las ventanas abiertas. Ello, además de aumentar la cantidad de información disponible, robustecería su calidad en función del acceso a otras variables que permitieran comprender esta información de mejor manera. La transparencia debe servir para el combate de la ilegalidad, la ineficiencia y la corrupción; por eso la voluntad por transparentar el quehacer público siempre debe ir acompañada de una actitud proactiva por parte de los servidores públicos. La transparencia debe incorporar un esfuerzo por parte de las autoridades no sólo para no ocultar, sino también para ofrecer y en muchos casos traducir esa misma información, con objeto de que los ciudadanos tengan los suficientes elementos de juicio para evaluar el desempeño público e institucional.

Sin embargo, hasta los impulsores más devotos y convencidos de la transparencia y la rendición de cuentas suelen vacilar ante el reto que representa la opacidad financiera. Aquí, hemos señalado que la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de nuestro país, de vanguardia en muchos aspectos, destaca de manera negativa a nivel internacional por su reserva especial en contra de la divulgación de aquella información que pueda “dañar la estabilidad económica o financiera”. Hemos buscado poner de relieve la falacia de los argumentos a favor de mayor opacidad en los sectores económicos, y del mismo modo romper de tajo con aquellas concepciones que confunden tecnocracia con opacidad e impunidad.

A nivel normativo, los fideicomisos (figura proveniente del derecho mercantil privado) son una disposición de dinero encomendada de buena fe para su entrega final a una tercera persona o a favor de una causa particular. Sin embargo, aquí hemos sostenido que el ejercicio de los asuntos públicos no debe funcionar sobre la base de la confianza en agentes privados, ni depender de la buena fe los funcionarios públicos. Los asuntos públicos y sobre todo las encomiendas que tienen que ver con el desarrollo económico de la nación o con las actividades prioritarias de los gobiernos estatales y federal como las que caracterizan a los fideicomisos públicos, deben operar sujetas a los principios de control, vigilancia, fiscalización y rendición de cuentas de los recursos del erario en ellas involucrados.

En el texto, hemos explorado algunos casos emblemáticos de la opacidad financiera en materia de fideicomisos (ISOSA, FOBAPROA, FARAC, etc.). Tales experiencias ponen de manifiesto que este tipo de figuras jurídicas, con mucha frecuencia asumen características totalmente diferentes a las que en teoría deben tener. Frecuentemente llegan a convertirse en uno de los nuevos instrumentos favoritos para fomentar la opacidad en el manejo, monto y destino de los fondos públicos.

Hemos también demostrado que cuando los recursos públicos son transferidos a un fideicomiso, la posibilidad de fiscalización se ve seriamente mermada. De manera reiterada, los secretos bancario y fiduciario se utilizan por aquellos funcionarios públicos reacios a la rendición de cuentas. En general, no existe información suficiente o contabilidad confiable de los fideicomisos, no se saben los montos recaudados, ni los beneficiarios directos de los subsidios, ni las obras que se ejecutan con el dinero público encapsulado en estos contratos.

Ello, como ha quedado demostrado aquí, ha impedido que la sociedad evalúe de manera plena y efectiva lo que su gobierno hace con los fondos públicos. Tal opacidad ha llevado a los críticos más extremos a declarar que los fideicomisos son “la continuación de la rapiña por otros medios”. Desgraciadamente tal afirmación no ha quedado en una mera descalificación, pues en varios casos las propias revisiones de la ASF han documentado un manejo irregular y corrupto de los recursos públicos depositados en los fideicomisos.

En este texto también revisamos algunos casos llamativos de las experiencias de regulación de fideicomisos a nivel internacional. En México tendríamos que seguir el ejemplo de países como Chile que se encuentra explorando la idea de establecer un “fideicomiso ciego” (sin contacto entre fiduciario y el fiduciante) como una herramienta para evitar el conflicto de intereses en las inversiones efectuadas por las entidades estatales. Otra propuesta llamativa es la de Transparencia Internacional que aboga por la implementación de un Sistema de Información Integrado en la Administración Financiera con objeto de combatir la opacidad en cuestiones fiscales y en las cuentas “fuera de presupuesto” (off budget accounts) como los fondos, mandatos y fideicomisos. El ejemplo de Guatemala también es relevante, pues el secreto bancario se encuentra acotado por el hecho de que las instituciones fiduciarias se encuentran obligadas a enviar de manera mensual los

estados financieros de los fideicomisos a la Dirección de Crédito Público del Ministerio de Finanzas Públicas para su evaluación y seguimiento.

Pero sobre todo, en México, habría que avanzar en la formulación de un sólo ordenamiento jurídico con jerarquía de Ley que pueda concentrar toda la normatividad relevante que regule esta figura que se ha generalizado a niveles sin precedentes en la gestión de lo público. Por ello, en estas conclusiones sostenemos que, con objeto de acabar con la arbitrariedad, discrecionalidad y opacidad imperantes en la gestión de fondos, fideicomisos y contratos análogos, es necesario que en México contemos con una Ley General de Fideicomisos que regule a los fideicomisos que operen con dinero del erario. Tal ley debería caracterizarse, entre otros, por los siguientes elementos:

- Modalidades de creación de los fideicomisos: Señalamiento de los casos en que sea legalmente válido el establecimiento de este tipo de figuras mercantiles. Actualmente, este tipo de decisiones son totalmente arbitrarias.
- Áreas prohibidas para el establecimiento: El legislador debe contemplar los asuntos en los que no haya lugar a la fundación de fideicomisos. Habría que considerar, por ejemplo, si en materia de salud o de seguridad social, resulta conveniente delegar en un contrato mercantil responsabilidades estatales tan fundamentales.
- Límites no sólo en cuanto a la cantidad, clase y tipo de fideicomisos que puedan ser establecidos, sino al monto máximo permitido de dinero público: Esta limitación del porcentaje del presupuesto que por ley pueda ser ejercida a través de estas figuras, sería sumamente importante. Entre más recursos sean ejercidos por este tipo de contratos, el sentido último de la existencia del propio gobierno se ve seriamente mermado.

- Fiscalización y rendición de cuentas. La ley debería establecer con suma claridad, que la obligación por rendir cuentas, ofrecer información regular, oportuna y veraz, así como transparentar los estados financieros, no debe estar al arbitrio o la buena voluntad de ningún funcionario público, tal como ocurre en la actualidad, sino claramente regulada en la Ley. Este punto implicaría la abolición de los secretos bancarios y fiduciarios para estas figuras legales, y la obligación de reportar sus ingresos en el PEF y sus gastos en la CHPF.
- Tipos de sanciones para los funcionarios públicos que violen la ley. Si algún funcionario público se negara a proporcionar la información necesaria para los procesos de fiscalización o de rendición de cuentas, es necesario establecer la posibilidad de tipificar delitos especiales. Actualmente, la Ley permite fincar responsabilidades por delitos especiales, que si bien no están incluidos en el Código Penal, si se encuentran contemplados en otras leyes. Aquí, se trataría de establecer delitos especiales de opacidad financiera.
- Obligaciones en la estructura: Que todos los fideicomisos que manejen recursos públicos, conformen estructuras orgánicas análogas a la Administración Pública Federal y cuenten con Comités Técnicos. Que los estados financieros de todos los fondos y fideicomisos públicos sean oportunamente dictaminados por auditores externos. Que todos los fondos y fideicomisos que manejen recursos públicos presenten indicadores relevantes y representativos de desempeño, etc.

Por fortuna, la sociedad cada vez está más atenta y exige mayores niveles de rendición de cuentas a sus autoridades. En este texto también hemos destacado, de forma positiva, los avances en materia de transparencia y fiscalización,

tales como la más reciente reforma constitucional al Art. 6° que otorga un respaldo legal más robusto a nuestra garantía constitucional para el acceso a la información; o como la reforma que amplió las facultades de fiscalización de la ASF para incluir como entidades fiscalizadas a los fondos y fideicomisos que administran recursos públicos federales.

Sin embargo, al mismo tiempo que hay que celebrar los adelantos, hay que denunciar los retrocesos y estar atentos a las puertas falsas de la simulación que en materia de rendición de cuentas se pueden estar generando. Un desafío fundamental en esta materia, lo constituye la proliferación de leyes sombra o artilugios informales para evadir las Leyes de Acceso a la Información. Ante la generalización explosiva y a escala internacional de leyes de transparencia, algunos gobiernos y funcionarios públicos que no comparten este tipo de compromisos con la rendición de cuentas han buscado evadir las leyes formales de acceso a la información utilizando procedimientos informales de comunicación y de registro de información.

La experiencia de la Ley de Procedimientos Administrativos en los Estados Unidos es un ejemplo importante en este sentido. Debido a la complejidad de los procedimientos administrativos que tradicionalmente esta ley impone para la formulación de reglamentos formales, las dependencias gubernamentales responden por medio de la utilización de procedimientos informales o ‘reglamentos interpretativos’ que evidentemente no cuentan con los mismos requisitos de transparencia. Así, tenemos el paradójico resultado de leyes diseñadas para transparentar la actuación gubernamental, que al mismo tiempo empujan el proceder de los funcionarios públicos hacia la opacidad.

Por ello, algunos otros autores (Fox, 2007) han hablado de la existencia de una “transparencia opaca” que se refiere a “formas de difusión de información oficial que no revelan cómo se desempeñan las instituciones en la práctica, ya sea en términos de cómo se toman decisiones o de cuáles son

los resultados de sus acciones (...) [o] a la información que sólo se divulga nominalmente, (...) pero que no resulta confiable”.¹⁹ Alasdair Roberts (2006) también ha señalado que cuando nos referimos al derecho a la información, “estamos hablando de la distribución del poder político” y por ello es difícil esperar que los gobiernos estén dispuestos a compartir el poder político de mottu propio. Roberts es enfático cuando señala que, a menos que los grupos que están en el poder sientan una intensa y permanente presión, los gobernantes consentirán en llevar la transparencia hasta sus últimas consecuencias.²⁰

Un caso relevante de esta transparencia opaca, lo tuvimos en México con el ejemplo del rescate bancario y el Instituto para el Ahorro Bancario. Desde que el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental, en su histórica sesión del 2 de diciembre de 2003 falló a favor de hacer pública las actas de las reuniones de las juntas de gobierno del FOBAPROA, así como el acta de entrega del FOBAPROA al IBAP, dejaron de hacerse actas formales de las reuniones, y a partir de ese momento, sólo se redactan minutas de los acuerdos generales y no de las reuniones de trabajo. En otras palabras, la transparencia opaca de los funcionarios financieros dejó ver la paradójica situación de que, sin voluntad política, los logros de la transparencia pueden resultar en una perversa correlación inversamente proporcional en la que a mayores niveles de transparencia, tenemos menores niveles de información formal.

Por ello concluimos que, para enfrentar la simulación no es suficiente con tener leyes de avanzada y promover reformas en pro de la transparencia. Si en nuestras autoridades sigue imperando la cultura política del patrimonialismo, la opacidad e irresponsabilidad pública, de poco nos servirán todos los avances legales a favor de la rendición de cuentas.

¹⁹ Ver: Fox, 2007.

²⁰ Ver: Roberts, 2006.

Hace falta voluntad política y el afianzamiento de una nueva cultura de transparencia y de rendición de cuentas en nuestros políticos, funcionarios y servidores públicos.

Bibliografía

ACKERMAN John M. (2006) Estructura Institucional para la Rendición de Cuentas: Lecciones Internacionales y Reformas Futuras, Volumen No. 9 de la Serie: Cultura de la Rendición de Cuentas, Auditoría Superior de la Federación, Cámara de Diputados, Octubre 2006.

ACKERMAN John M. (2007) Organismos autónomos y democracia, el caso de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM y Siglo XXI Editores.

ACKERMAN John M. y SANDOVAL, Irma Eréndira, (2005) Leyes de acceso a la información en el mundo. Colección Cuadernos de Transparencia, No. 7. Instituto Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental, México, 2005.

ACKERMAN John M (2006) "The Global Explosion of Freedom of Information Laws", *Administrative Law Review*, American Bar Association-American University, Vol. 58, Num. 1, March.

DE LUNA José (2000) Management and Resolution of Banking Crises: Lesson from the Republic of Korea and Mexico, World Bank Discussion Paper No. 413, World Bank, Washington D.C.

DI COSTANZO Mario y MONCADA Jorge Francisco (2005) El saqueo a los mexicanos, Editorial Grijalbo.

FOX Jonathan (2007) "Transparencia y rendición de cuentas: dos conceptos distintos y una relación incierta", en ACKERMAN John (2007) Más allá del acceso a la información: transparencia, rendición de cuentas y Estado de Derecho, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental – Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

GONZÁLEZ-ARÉCHIGA Bernardo (2007) "Transparencia en el rescate bancario, ¿Problemas de agencia, corrupción, imperfecciones de mercado o captura regulatoria?" en SANDOVAL Irma Eréndira (2007) *Debatiendo las*

Fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad, Laboratorio de Documentación y Análisis de la Corrupción y la Transparencia, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM y Siglo XXI Editores.

LÓPEZ DE SILANES Florencio (2005), "Corporate Governance in Latin American Firms," en CHONG, Alberto y LÓPEZ-DE SILANES Florencio (2005) Privatization in Latin America: Myths and Reality, Stanford University Press, Inter American Development Bank.

PINCHETTO Miguel (2006) Fondos Fiduciarios Transparentes en Barinoticias, Revista virtual de Argentina, www.barinoticias.com.ar

ROALANDINI Jesús (1998) El fideicomiso mexicano: retrospectiva, aspectos jurídicos y su patrimonio, Textos jurídicos de Bancomer, México, DF.

ROBERTS Alasdair (2006) Alasdair Roberts, Blacked Out: Government Secrecy in the Information Age. Cambridge University Press, 2006.

SANDOVAL Irma Eréndira (2004) "Hacia un enfoque <<estratégico-relacional>> del Estado: Más allá del Nuevo Institucionalismo", Revista Perfiles Latinoamericanos, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Núm. 25 Diciembre 2004, Pp. 217-235.

SANDOVAL Irma Eréndira (2005) "Intervencionismo neoliberal y desregulación financiera: evolución institucional del sector bancario en México", Revista Mexicana de Sociología, Año 67/ Núm. 3 (Julio-Septiembre, 2005) Pp. 593-631.

SANDOVAL Irma Eréndira (2007) "Rentismo y Opacidad en Procesos de Privatización y Rescates" en SANDOVAL Irma Eréndira (2007) Debatiendo las Fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad, Laboratorio de Documentación y Análisis de la Corrupción y la Transparencia, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM y Siglo XXI Editores.

SANDOVAL Irma Eréndira (2007b), "Corrupción Estructural" ponencia presentada en la Conferencia Internacional: The State of Mexico's Democracy: Obstacles

to Consolidation, The Macmillan Center, Programa on Democracy, Council on Latin American & Iberian Studies, Universidad de Yale - Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1 de mayo de 2007.

VELASCO, Emilio (1932) “Los instrumentos de trust y los ferrocarriles”, *Revista General de Derecho y Jusriprudencia*, año 3, núm. 3, julio-septiembre, México.

HEMEROGRAFÍA Y DOCUMENTOS

AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN, Auditoría 344: “Evaluación Presupuestaria y Financiera de los Fideicomisos Constituidos por el Gobierno Federal y Coordinados por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público” que forma parte de la Revisión y la Fiscalización Superior de la Cuenta Pública de 2003.

BANCO MUNDIAL, Informe sobre Desarrollo Mundial: Equidad y Desarrollo, Washington D.C., Septiembre, 2006.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, “Fideicomisos: Rendición de Cuentas y Fiscalización” ponencia preparada por la Contraloría General de la República de Chile, presentada en la XVI Asamblea General de la OLACEFS, Quito Ecuador, noviembre 7 a 10 de 2006.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, “Colaboración Técnica de la Contraloría General de la República de Colombia” ponencia preparada por la Contraloría Delegada para Gestión Pública e Instituciones Financieras, presentada en la XVI Asamblea General de la OLACEFS, Quito Ecuador, noviembre 7 a 10 de 2006.

CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, “Fideicomisos, Fondos y Mandatos” ponencia preparada por la Contraloría General de Cuentas de la República de Guatemala, presentada en la XVI Asamblea General de la OLACEFS, Quito Ecuador, noviembre 7 a 10 de 2006.

DÉCIMO CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Amparo en revisión 71/2003 No. de registro 209085, 13 de marzo de 2003,

EL UNIVERSAL, “SFP niega datos del equipo de transición”, nota de Lilia Saúl, martes 8 de mayo de 2007, Pág. A-15.

FEDERACIÓN LATINOAMERICANA DE BANCOS, datos disponibles en www.felaban.com

INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL, Resolución: 685/05 IFAI, 7 de septiembre de 2005.

INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL, Resolución: 906/05 IFAI, 7 de septiembre de 2005.

LA JORNADA, “Imposible, hacer públicos los recursos de 705 fideicomisos: Carlos Hurtado”, Viernes 13 de mayo de 2005. P7.

LA JORNADA, “Donativos de ida y vuelta, estrategia de Vamos México” Nota de Enrique Méndez y Roberto Garduño Viernes 18 de junio de 2004. P. 5.

LA JORNADA, Emilio Krieger “Secreto Bancario” 8 de Julio, 1998.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, Principles of Corporate Governance. OCDE, París, 2004.

SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, (2004) “Acuerdo que establece los lineamientos que deberán observar las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal para el control, la rendición de cuentas e informes y la comprobación del manejo transparente de los recursos públicos federales otorgados a fideicomisos, mandatos o contratos análogos”. Diario Oficial de la Federación, 6 de septiembre de 2004.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN,
Amparo Directo No. 5567/74, 15 de junio de 1979.

THE FINANCIAL TIMES, “Married to the Job”, Nota de
Sara Silver Viernes 30 de enero de 2004. P 15.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL Sistema de
Información Integrado en la Administración Financiera
(Integrated Financial Management System IFMS).

TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA
ORIENTAL DE URUGUAY , “Fideicomiso Público en el
régimen Jurídico Uruguayo” ponencia preparada por el
Tribunal de Cuentas de la República Oriental de Uruguay,
presentada en la XVI Asamblea General de la OLACEFS,
Quito Ecuador, noviembre 7 a 10 de 2006.

Rendición de Cuentas y Fideicomisos:
El Reto de la Opacidad Financiera
terminó de imprimirse en octubre de 2007, en México, D.F.
en los talleres de: Editorial Color S.A. de C.V.
Esta edición consta de 5,000 ejemplares.