

TRANSPARENCIA EN FIDEICOMISOS, MANDATOS Y ACTOS JURÍDICOS ANÁLOGOS*

Irma Eréndira SANDOVAL BALLESTEROS**

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.¹¹ 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

* Véase <http://www.shcp.gob.mx/index01.html>.

** Doctora en ciencia política por la Universidad de California, Santa Cruz; investigadora en el Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM; directora del Laboratorio de Documentación y Análisis de la Corrupción y la Transparencia de la UNAM.

(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 de ofrecer información. Los fideicomisos, sean públicos o mixtos, deben prestarse a la fiscalización de forma periódica, sobre todo cuando los recursos manejados 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 conspiciosos casos de corrupción.

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 núm. 5567/74, 15 de junio de 1979, Suprema Corte de Justicia de la Nación).

La anterior 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, 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 núm. 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, éstos 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 por qué 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:

Artículo 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:

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.

VI. Almacenes generales de depósito.

El hecho de que la titularidad sólo pueda recaer en 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. En los fideicomisos constituidos por el gobierno federal o sus dependencias, el fideicomiso se establece 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 como 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 anterior, 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.

Diferencias entre fideicomisos públicos

<i>Fideicomisos públicos considerados entidades paraestatales</i>	<i>Fideicomisos públicos no considerados entidades paraestatales</i>
Fideicomisos públicos con 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.	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 fideicomitados destinados al apoyo de programas y proyectos específicos.
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.	Sin obligación de reportar ingresos ni gastos en el Presupuesto de Egresos de la Federación y en la Cuenta de la Hacienda Pública Federal.
Existencia obligatoria de un comité técnico.	Existencia opcional de un comité técnico.

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, al Estado y no al banco. Incluso, en términos formales, el banco recibe órdenes del comité. 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, con frecuencia 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 sí 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 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 Egresos 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 en un solo ordenamiento jurídico toda la información relativa a los fideicomisos o contratos análogos.

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.² A pesar de que nuestro país

² Véase López de Silanes, “Corporate Governance in Latin American Firms”, en Chong, Alberto y López-de Silanes, Florencio, *Privatization in Latin America: Myths and Reality*, Stanford University Press-Inter American

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”,³ México sólo 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 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:

Development Bank, 2005; De Luna, *Management and Resolution of Banking Crises: Lesson from the Republic of Korea and Mexico*, World Bank, Washington, 2000, World Bank Discussion Paper núm. 413.

³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Principles of Corporate Governance*, París, OCDE, 2004.

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 aquéllos, 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.⁴

⁴ Asimismo, la reciente incorporación del ex secretario de Hacienda como empleado de la transnacional 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 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.⁵

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 estratagemas legales para mantener la opacidad gubernamental en la administración de recursos del erario.

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. Véase Sandoval, Irma Eréndira, “Corrupción estructural”, ponencia presentada en la Conferencia Internacional *The State of Mexico's Democracy: Obstacles to Consolidation*, The Macmillan Center-Universidad de Yale-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1o. de mayo de 2007.

⁵ 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 entonces presidente de la República es ilustrativo al respecto. Para abundar más sobre esto, véase Silver, Sara, “Married to the Job”, *The Financial Times*, viernes 30 de enero de 2004. p. 15; Méndez, Enrique y Garduño, Roberto, “Donativos de ida y vuelta, estrategia de Vamos México” *La Jornada*, viernes 18 de junio de 2004. p. 5.