



TRANSPARENCIA EN FIDEICOMISOS PÚBLICOS *TRANSPARENCY OF PUBLIC TRUSTS*



*Abigail Sarahí SALVATIERRA PINEDA**

RESUMEN. Los fideicomisos públicos en México son sujetos obligados de las leyes de transparencia y el acceso a la información. Este artículo analiza alrededor de 2197 solicitudes de acceso a la información realizadas por distintos ciudadanos entre 2013 y 2015. Se identifican las prácticas que distintas dependencias del gobierno aplican ante la demanda de información, tales como la clasificación de la información como confidencial y reservada por razones de secreto bancario y/o fiduciario. El desafío jurídico versa en la colisión de derechos: por un lado, las leyes financieras protegen el derecho a la privacidad de los usuarios de los bancos, y, por el otro, las de transparencia protegen el derecho a la información. Esta antinomia jurídica, además de restringir el derecho de acceso a la información, obstaculiza la transparencia presupuestaria y la rendición de cuentas del gasto público.

PALABRAS CLAVE. Fideicomisos públicos, transparencia, acceso a la información pública, rendición de cuentas, secreto bancario.

ABSTRACT. *Public trusts in Mexico are subjects of the country's transparency and the access to information laws. This article analyzes approximately 2197 access to information requests to trusts, undertaken by citizens between 2013 and 2015. It identifies the practices conducted by different government agencies*

* Licenciada en derecho, abogada en Fundar; Centro de Análisis e Investigación, México, abigail.salvatierra@gmail.com.

Fecha de recepción: 11 de enero de 2016.

Fecha de dictamen: 7 de abril de 2016.

ABIGAIL SARAHI SALVATIERRA PINEDA

48 *in response to these applications, such as the classification of the information requested as confidential and reserved for reasons of financial secrecy and/or trust law. The judicial challenge lies in the collision of rights: on the one hand the financial laws protect the rights of privacy of bank users, and on the other hand, rights of transparency protect the right to information. This judicial antinomy, as well as restrictions on the right to access information, hinder budgetary transparency and the accountability of public spending.*

● KEY WORDS. *Public trusts, transparency, access to public information, accountability, financial secrecy.*
○
●

I. INTRODUCCIÓN

En México, cada año el gasto público involucrado en fideicomisos incrementa y constituye más de 400 mil millones de pesos, sin considerar el monto de recursos públicos depositados en fideicomisos de los que no se tiene registro. El gobierno federal deposita recursos públicos a través de distintas figuras para el cumplimiento de sus atribuciones; una de esas figuras son los fideicomisos, instrumentos financieros mediante los cuales transfiere patrimonio económico o derechos a otra institución —pública o privada— para que realice determinado fin destinado a impulsar el desarrollo de las áreas prioritarias y estratégicas en nuestro país.

Debido a que lo invertido en los fideicomisos consiste en recursos económicos que pertenecen a los ciudadanos, la rendición de cuentas sobre su ejercicio debe ser transparente, y las entidades gubernamentales que los generan deben garantizar el acceso a la información sobre su funcionamiento. La obligación de transparentar el ejercicio de recursos económicos de los que disponga la Federación ya se encuentra contemplada en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde 2008. Sin embargo, es a partir de la reforma constitucional en materia de transparencia de 2014 cuando se amplía y fortalece la garantía de derecho a la información relacionada con el ejercicio de recursos públicos en fideicomisos, y estas figuras se constituyen como sujetos obligados frente al derecho regulado en el artículo 6o. de nuestra carta magna.

No obstante los avances legislativos en la materia, persiste la opacidad respecto de la información que dé cuenta del uso y destino de los recursos públicos que están involucrados en los fideicomisos. Tanto las entidades

gubernamentales que los generan como las instituciones privadas responsables de la administración de los recursos continúan adoptando prácticas contrarias al derecho a la información. La principal limitación a la información se fundamenta en la figura del secreto bancario y/o fiduciario, que está regulada en las normas financieras, y que impone a las instituciones financieras —quienes administran los recursos del fideicomiso para realizar sus fines— la obligación de proteger la privacidad y confidencialidad de sus usuarios. Pero no sólo la antinomia jurídica permite la restricción de transparencia y acceso a la información; en virtud de la diversa tipología del fideicomiso que deriva de su naturaleza jurídica, las dependencias de gobierno encuentran la oportunidad para apartar del escrutinio social el ejercicio de sus funciones. Estos límites a la información en torno al ejercicio de estas figuras se demuestran en el análisis de las respuestas a solicitudes de información sobre el ejercicio de recursos públicos involucrados en fideicomisos, realizadas por particulares vía Infomex a distintas entidades de gobierno, entre 2013 y mayo de 2015, así como de las resoluciones a los recursos de inconformidad que presentaron los ciudadanos ante el órgano garante de transparencia.

49



Comenzaré por resaltar la importancia de la transparencia y el acceso a información relacionada con el ejercicio de los fideicomisos. Continuaré con una breve exposición de la naturaleza jurídica de la figura para explicar de dónde derivan las prácticas de opacidad que adoptan en la práctica las dependencias de gobierno para limitar su transparencia, y finalizaré por señalar el rol que juega el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) para incidir en el cambio de dichas prácticas.

II. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE ABRIR LA INFORMACIÓN RELACIONADA CON LOS FIDEICOMISOS?

El Estado destina importantes recursos públicos en distintos fideicomisos para impulsar el desarrollo de las áreas estratégicas y prioritarias en el país,¹ como gestionar servicios públicos, desarrollar proyectos de infraestructura, otorgar garantías a determinados grupos sociales, entre otras. Dada la importante cantidad de fondos que están comprometidos en los

¹ Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria señala que el gobierno federal crea fideicomisos, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo federal a impulsar las áreas prioritarias y estratégicas de desarrollo.

ABIGAIL SARAHÍ SALVATIERRA PINEDA

fideicomisos, aumenta la exigencia de su transparencia y un mayor escrutinio social que verifique que los fines por la cuales se constituyó el fideicomiso se cumplan.

50 La Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) proporciona información en la cuenta pública de la cantidad comprometida en estas figuras. De acuerdo con el registro de los últimos tres años, el monto del presupuesto comprometido en fideicomisos, mandatos y contratos análogos ha aumentado. En 2013, el monto del presupuesto que asignó fue de 423 mil millones de pesos; en 2014, la cantidad de 452,699.7 millones de pesos, y al 30 de junio de 2015, el monto que registró fue de 541 mil millones de pesos comprometidos en 347 actos jurídicos de esta naturaleza. Estos datos sólo representan a los fideicomisos registrados ante la SHCP, sin considerar a las figuras que se constituyen en el ámbito estatal y local, o de forma heterogénea.

● Sin embargo, uno de los problemas que aumenta la discrecionalidad en el manejo de los fondos es el hecho de que no existe un registro que contabilice cuántos fideicomisos existen y el monto real de fondos públicos involucrados en ellos. Como algunos autores han señalado (Sandoval, 2005), la falta de control sobre los recursos públicos conlleva múltiples irregularidades que podrían generar importantes daños patrimoniales. Evidentemente, la desviación de recursos públicos afecta directamente al patrimonio que pertenece a los ciudadanos y a la realización de fines para los cuales fueron destinados.

La administración de los recursos públicos debe regirse por la rendición de cuentas, que es el medio a través del cual se constituye una obligación a las entidades gubernamentales de informar sobre el desempeño de las tareas, productos y procedimientos que realizan (Velasco, 2011: 7-9). Es decir, la rendición de cuentas del ejercicio de las funciones de gobierno es el mecanismo para que los actores públicos expliquen y justifiquen sus actos, lo cual también es necesario para que los ciudadanos conozcan si la asignación del presupuesto está realmente dirigida a los sectores prioritarios (Hofbauer, 2005: 36). La transparencia presupuestaria —que además debe ser accesible, veraz, oportuna, sistemática y detallada (Athié, 2005)— sirve para que los ciudadanos puedan evaluar si la toma de decisiones sobre el uso y destino de recursos económicos que les pertenecen y que están destinados a mejorar su calidad de vida cumplen con esos fines, son necesarias y no basadas en decisiones discrecionales de los actores públicos.

Es importante señalar que la información relacionada con el manejo de recursos públicos es considerada normativamente como información de interés público, conforme lo define la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública en su artículo 3o.: “Se refiere a la información que resulta relevante o beneficiosa para la sociedad y no simplemente de

interés individual, cuya divulgación resulta útil para que el público comprenda las actividades que llevan a cabo los sujetos obligados”.² Bajo este marco conceptual de ponderación en favor de la información y rendición de cuentas del uso y destino de recursos públicos, resulta evidente que los involucrados en los fideicomisos deben regirse por los mismos estándares de transparencia y principios de máxima publicidad,³ que abonen a la fiscalización y control de los fondos en estas figuras jurídicas.

Ahora bien, derivado del análisis de las principales fuentes de opacidad en los fideicomisos, se advierte que los principales problemas radican en: *i*) la naturaleza jurídica de la figura, y *ii*) el marco normativo que regula de manera específica su operatividad y administración. Comenzaré por explicar su naturaleza.

51



III. NATURALEZA Y MARCO JURÍDICO DEL FIDEICOMISO

El contrato del fideicomiso tiene sus antecedentes directos en el “trust” anglosajón, que significa confianza, y es una figura mediante la cual se transmitía la propiedad de un bien a un tercero con una obligación a favor de un beneficiario. Se estableció como un acuerdo de voluntades entre quien transmite los bienes y la institución que los administra, basado en la confianza de la realización de los fines del negocio. La adopción jurídica del fideicomiso fue constituida como un derecho de propiedad basado en la confianza en tercero, que generalmente es representado por una institución financiera para su administración, a favor de un beneficiario (Castello, 1957), por lo que su regulación se arraigó en materia financiera y, en consecuencia, en el ámbito privado.

En la regulación mexicana, los fideicomisos son actos jurídicos que provienen del derecho privado, pues se constituyeron como un derecho personal a favor del beneficiario y están regulados por las normas del ámbito privado. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC) de 1932,⁴ en su artículo 381, lo define como una figura en la que una persona, denominada “fideicomitente”, transfiere a una institución financiera,

² Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de mayo de 2015, disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5391143&fecha=04/05/2015.

³ La Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un criterio en el que señala que la máxima publicidad se refiere a la premisa de que toda la información en posesión de los actores entes gubernamentales es pública y sólo puede ser restringida de manera excepcional por razones de seguridad nacional.

⁴ Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de agosto de 1932, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145_130614.pdf.

ABIGAIL SARAHI SALVATIERRA PINEDA

denominada “institución fiduciaria”, la titularidad de un patrimonio para destinarlo a la realización de un fin lícito determinado.⁵

Debido a que el fideicomiso es una figura jurídica que por su naturaleza es compleja, no es posible intentar clasificar su diversidad en la práctica bancaria. Pero para efectos del quehacer gubernamental, el Estado constituye distintas figuras, entre ellas los fideicomisos, como instrumento de inversión y ahorro para que un tercero los administre a favor de un fin, y a los que Gómez Lara (1972: 178) clasificó como “fideicomisos gubernamentales”.

Para efectos de este estudio, haremos referencia a estos fideicomisos y nos basaremos en la clasificación que realiza Irma Sandoval (2007: 23) de los fideicomisos de la administración pública. Éstos son:

- a) Fideicomisos públicos con estructura similar a una entidad paraestatal. Se refieren a aquellos que el gobierno federal constituye por conducto y autorización de la SHCP; por ellos, las entidades que los administran presentan informes que dan cuenta del manejo y control de su patrimonio. Por sí mismos deben ser transparentes, y para efectos de acceso a la información deben constituir una unidad de transparencia que atienda a los requerimientos de información de los solicitantes.⁶ Un ejemplo de éstos es el Fideicomiso de Fomento Minero.
- b) Fideicomisos públicos que no son considerados entidades paraestatales. Estos fideicomisos también son creados por entidades gubernamentales para programas y proyectos específicos, pero no cuentan con una estructura orgánica definida que atienda los requerimientos de transparencia. La ley determina que la garantía de acceso corresponde a la dependencia que administra el fideicomiso, pero la falta de dicha estructura facilita la opacidad respecto del patrimonio fideicomitado. Por ejemplo, el fideicomiso Fondo para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas.

Sin embargo, en la práctica existe un tercer tipo, los “fideicomisos mixtos”, que son aquellos que están constituidos por entidades privadas

⁵ La Suprema Corte de Justicia de la Nación define en un amparo directo (3176/65) al fideicomiso a la luz de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito como un negocio jurídico que se constituye con un patrimonio autónomo para la realización de un fin determinado.

⁶ Para garantizar el derecho de acceso a la información, las leyes de transparencia constriñen a los sujetos obligados a crear una unidad de transparencia, como medio de comunicación entre el ciudadano y la autoridad gubernamental, así como un comité de transparencia, que es el órgano interno del sujeto obligado que vigila el cumplimiento de las obligaciones en la materia.

con aportaciones de recursos públicos. A este tipo de fideicomisos, en que están involucradas dos esferas —la pública y la privada—, son a los que me referiré en mi análisis sobre la transparencia.

Independientemente del tipo de fideicomisos del que se trate, al estar inmersos en el ámbito público, en primera instancia opera su transparencia. Sin embargo, están regulados por marcos legales que atienden a dos ámbitos jurídicos: el privado y el público. Por un lado, las disposiciones de la rama financiera regulan el secreto fiduciario como una garantía de seguridad jurídica a la vida privada, y, por otro lado, nos encontramos frente al ejercicio de actos públicos que deben regirse por los principios de responsabilidad y máxima publicidad. Esta antinomia jurídica permite —frente a la colisión de derechos— la mala interpretación de los sujetos obligados para prevalecer la privacidad en los fideicomisos. A continuación profundizaré en dicho marco.

53



IV. MARCO NORMATIVO DE TRANSPARENCIA EN FIDEICOMISOS

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé desde 2008, en el artículo 134, obligaciones de transparencia —para la Federación, los estados, los municipios y el Distrito Federal— de la administración de los recursos económicos con los que cuenta.⁷ El artículo 60. constitucional garantiza a los ciudadanos su derecho a buscar, recibir y difundir información relacionada con el ejercicio de recursos públicos en posesión de las entidades gubernamentales partiendo del principio de que todos los actos de gobierno son públicos.

La reforma constitucional del 7 de febrero de 2014 significó un gran avance para la transparencia de los fideicomisos, debido a que consolida obligaciones específicas de publicidad respecto al ejercicio de recursos públicos involucrados en ellos, independientemente de si son ejercidos por personas físicas o morales, y los constituye como sujetos obligados a garantizar el derecho.⁸ Las distintas obligaciones vinculantes a los fideicomisos son: *i*) la generación de información; *ii*) la publicación y entrega, privilegiando el principio de máxima publicidad de la información que derive de su ejercicio; *iii*) la publicación y entrega de información relacionada con el

⁷ La última reforma a este artículo se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 2008.

⁸ Véase el “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 2014, disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332003&fecha=07/02/2014.

ABIGAIL SARAHI SALVATIERRA PINEDA

uso y manejo de recursos públicos, aun cuando se encuentren en posesión de personas físicas o morales, y *iv*) la reserva excepcional y temporal de la información sólo cuando su publicidad pudiera afectar la seguridad nacional o al mismo interés público.

54 Tras esta reforma constitucional, el Congreso mexicano aprobó en mayo de 2015 la Ley General de Transparencia (LGT),⁹ la cual fortalece la rendición de cuentas del uso y destino del gasto público y el ejercicio de los fideicomisos, pues en los artículos 70 y 77 señala la obligación de transparentar la base mínima de información pública *per se* de estas figuras. Esta información se refiere a su creación; los contratos que los originaron, así como sus modificaciones, quiénes son las partes, quién las representa; el detalle del uso y destino de patrimonio fideicomitado; el monto total de las aportaciones públicas y sus fuentes; el saldo total acumulado al cierre del ejercicio fiscal; el padrón de beneficiarios; las operaciones que realizan las instituciones fiduciarias, y las causas de extinción del fideicomiso, entre otra información básica.

Pese a que el marco normativo ha fortalecido las obligaciones de transparencia y acceso a la información de los fideicomisos, ello no garantiza que la antinomia jurídica se diluya y que los sujetos obligados terminen privilegiando la opacidad, como se demuestra en las siguientes secciones.

V. DATOS SOBRE LOS LÍMITES A LA TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

Como he mencionado a lo largo de este escrito, pese a que los fideicomisos son sujetos obligados a garantizar el derecho a la información, siguen resistiéndose a adoptar el marco normativo de transparencia, y recurren al marco legal financiero sin ponderar el interés público de la información y optar por la medida menos restrictiva para garantizar el derecho.

A partir de una solicitud de información al INAI, se obtuvo vía Infomex (folio 0673800134815) una base de datos con 2,197 solicitudes que distintos ciudadanos realizaron a diferentes sujetos obligados, de enero de 2013 a mayo de 2015,¹⁰ relativas al ejercicio de recursos públicos involucrados en fideicomisos. Del estudio a las respuestas de dichas solicitudes

⁹ La Ley General de Transparencia se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de mayo de 2015, y tendrá que implementarse completamente el 4 de mayo de 2016.

¹⁰ Se analiza la información a partir de 2013 a 2015 porque durante este periodo se presentaron cambios normativos en materia de transparencia, lo que permite analizar las prácticas de acceso a información en fideicomisos antes y después de fortalecerse las obligaciones.

se pueden advertir las prácticas de acceso en los fideicomisos y sus límites, en específico de aquellas calificadas por las entidades como información reservada por secreto bancario y/o fiduciario, o la confidencialidad relacionada con el secreto, incompetencia e inexistencia.

La información que fue solicitada por los distintos ciudadanos en esta muestra es aquella que ya es considerada como pública de oficio en el nuevo marco jurídico. Se tomó como muestra la información de 2013 a 2015 porque durante este periodo se presentaron cambios normativos en materia de transparencia, lo que permite analizar las prácticas de acceso a información en fideicomisos antes y después de fortalecerse las obligaciones en la Constitución y en la ley.

Los particulares requirieron conocer lo relativo al estado financiero de fideicomisos públicos; los contratos celebrados con empresas privadas para el cumplimiento de los objetivos de los fideicomisos; el uso y destinos de los montos asignados y ejercidos en los fideicomisos; los futuros proyectos; los avances de los proyectos; los montos entregados a los beneficiarios; los acuerdos del Comité Técnico, entre otros datos.

En las siguientes tablas se muestra de manera generalizada el tipo de respuestas que los sujetos obligados entregan frente al ejercicio del acceso a la información. De ellas se deriva que entre las negativas prevalece la reserva; sin embargo, la falta de respuesta por razones de inexistencia o incompetencia es cada vez más recurrente.

TABLA 1. Respuestas de sujetos obligados a solicitudes de información sobre ejercicio de fideicomisos

| Años | Total solicitudes | Entregadas | Información reservada | Información inexistente | Incompetencia | Otras respuestas ¹¹ |
|------|-------------------|------------|-----------------------|-------------------------|---------------|--------------------------------|
| 2013 | 1201 | 779 | 46 | 92 | 74 | 210 |
| 2014 | 754 | 459 | 47 | 66 | 59 | 123 |
| 2015 | 242 | 73 | 40 | 13 | 11 | 105 |

FUENTE: elaboración propia; solicitud de información, folio 0673800134815.

Aun cuando parece que existe un alto porcentaje de cumplimientos de acceso a información, calificada como “entregada”, muchas respuestas en su contenido sólo oficializan la inexistencia, la incompetencia, o remiten

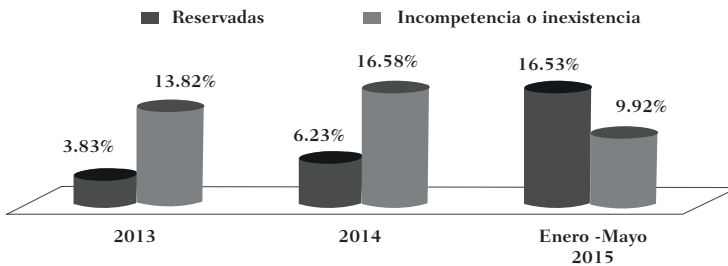
¹¹ Respuestas calificadas por el INAI y los sujetos obligados como “sin respuesta”, “en espera de información adicional”, “en espera de notificación de pago”, “se envió información a domicilio”, etcétera. Por tal motivo no se puede advertir qué tipo de respuesta proporcionaron las entidades.

ABIGAIL SARAHI SALVATIERRA PINEDA

56

a microsítios de Internet que no están disponibles debido a que son los sujetos obligados quienes realizan esa calificación. Señalaré como ejemplo el caso de Banobras, que opera como institución fiduciaria de importantes fideicomisos públicos, como el fideicomiso para apoyar al proyecto de Saneamiento del Valle de México, el Fondo de Desastres Naturales, el fideicomiso para la Transición de Televisión Digital, por mencionar algunos. Esta institución reservó al menos el 50% de la información que se le solicitó entre 2013 y mayo de 2015; de las que calificó como “entregadas”, que representan el 14%, sólo en dos solicitudes se encuentra la información que le fue requerida; en las demás se formaliza la inexistencia, la incompetencia, e incluso la reserva por secreto fiduciario.¹²

GRÁFICO 1. Porcentaje de respuestas a solicitudes de información calificadas por las autoridades como reservadas, incompetentes e inexistentes



FUENTE: elaboración propia; análisis de la solicitud de información, folio 0673 800134815.

De los tres tipos de respuesta a los que se hace referencia en el gráfico 1 (información reservada, incompetencia e inexistencia), se desprende como primera conclusión, a partir del marco normativo de la transparencia, algunas razones por las cuales los sujetos obligados no garantizan el acceso a la información en fideicomisos: 1) persiste la resistencia de divulgación de información relativa al ejercicio de fideicomisos públicos; 2) no se genera información o documentos relativos al ejercicio de los fideicomisos, y 3) existe una inadecuada administración en sus archivos que los imposibilita para encontrar los documentos con la información relacionada con el ejercicio de fideicomisos.

¹² De la base de datos de donde se realizó el análisis, se contabilizaron 97 solicitudes a Banobras, de las que reservó 55, y 14 calificó como entregadas.

Se realizó un segundo análisis al contenido de las respuestas de los sujetos obligados que administran o manejan fideicomisos relevantes para el desarrollo de las áreas prioritarias de nuestro país. De éste se advirtió, de manera más precisa, en dónde se encuentran los límites que merman el acceso a la información: *a*) la información que fue calificada como inexistente o en la que la dependencia se declaró incompetente, se advierte que fue en virtud de que la figura del fideicomiso carece de una definición de responsabilidades clara, y *b*) la información que fue clasificada como reservada se justificó por razones de secreto bancario y/o fiduciario al amparo de la naturaleza privada de los fideicomisos.

57

1. Titularidad del patrimonio y de la información

En virtud de la definición de fideicomiso de la LGTOC, en el artículo 381 prevé que en la figura jurídica convergen varios sujetos: *i*) quien transmite un patrimonio, *ii*) la institución que recibe el patrimonio para destinarlo al fin lícito determinado, y *iii*) los beneficiarios del fideicomiso. Al ser las tres partes independientes entre sí, encontramos el primer problema de transparencia: ¿a cuál de ellos corresponde garantizar el derecho a la información?

Si partimos de las premisas de que toda la información en posesión de los sujetos obligados es pública y que la administración de los recursos públicos debe regirse por la máxima publicidad, cualquiera de los tres sujetos está obligado a cumplir con el derecho en tanto tengan competencias concurridas para lograr los fines del fideicomiso. En la práctica, frente al ejercicio de acceso, las instituciones fiduciarias infieren que la única parte del fideicomiso facultada para proporcionar la información es el fideicomitente, de quien será necesaria su autorización para publicar cualquier dato referente al ejercicio del fideicomiso porque es el dueño del patrimonio, y, por tanto, de la información.¹³

Sin embargo, para distintos autores existen opiniones encontradas sobre la titularidad del patrimonio. Para Cipriano Gómez, a través del fideicomiso no se transmite la titularidad del patrimonio al fiduciario, pero sí se transmite la titularidad para administrar y disponer de los bienes (Gómez, 1972: 174). Por el contrario, otros autores confirman que la titularidad del

¹³ La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPEG) y la LGT señalan que la excepción a proporcionar información de carácter confidencial es la autorización del dueño de la misma.

ABIGAIL SARAHI SALVATIERRA PINEDA

58 patrimonio pertenece a la institución fiduciaria, ya que es la única con la facultad de disponer de los bienes, es decir, es el dueño jurídico pero no económico (Castello, 1957). Si partimos de la definición de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que señala que en virtud del fideicomiso el fideicomitente transfiere la propiedad o titularidad de los bienes fideicomitados, podemos deducir que corresponde a la institución fiduciaria la administración del patrimonio para lograr los fines del fideicomiso, y por tanto es el titular de la información, porque es quien mejor conoce el manejo de los recursos.

De la verificación de la muestra de estudio a las respuestas de solicitudes realizadas a distintas dependencias que ejercen o administran fideicomisos, se observó que predomina para los solicitantes la incertidumbre de la titularidad de la información como una práctica recurrente para evadir garantizar el acceso a la información. Señalaré un par de ejemplos.

Respecto del fideicomiso Programa para la Transición a la Televisión Digital, en el que Banobras funge como institución fiduciaria, y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes como fideicomitente, distintos particulares solicitaron información relativa a la administración y ejercicio del patrimonio.¹⁴ En este caso, la institución fiduciaria negó la información con el argumento de que ella no la genera ni produce, sino que le corresponde al fideicomitente. En otro momento, cuando se solicitó a la Secretaría de Comunicaciones, como fideicomitente, información sobre el fideicomiso E-México,¹⁵ el sujeto obligado negó la información con la afirmación de que la institución fiduciaria la reservó en virtud de que ésta administra el patrimonio.

En ambos casos, en los que se requirió información sobre distintos fideicomisos en distintos momentos, persistió la opacidad. Pese a que se hace alusión a dos ejemplos para ilustrar la problemática de acceso a la información de los recursos económicos en los fideicomisos debido a la titularidad del patrimonio, este tipo de respuestas son reiteradas en la práctica, y tal como se observa en el gráfico 1, los sujetos obligados han incrementado sus negativas de acceso por incompetencia e inexistencia de la información.

¹⁴ Las descripciones de las solicitudes de acceso a la información y las respuestas de los sujetos obligados pueden ser consultadas en la página del INAI: <http://buscador.ifai.org.mx/buscador/bienvenido.do>, folios 632000004115, 0632000004215 y 0000900157614. Consultar también el recurso de revisión RDA 3568/14 del 29 de octubre de 2014.

¹⁵ El fideicomiso E-México se constituyó para crear una red de telecomunicaciones inalámbricas para prestar servicios de telefonía móvil y banda ancha en todos los rincones del país.

2. Secreto bancario y/o fiduciario

El otro tipo de negativa muy común sobre fideicomisos deriva de la naturaleza privada que la normatividad financiera concede a las instituciones financieras, porque las constriñen a resguardar información mediante la figura del secreto bancario y/ o fiduciario.

La LGTOC en el artículo 395 señala que sólo las instituciones financieras, como las instituciones bancarias, de crédito, casas de bolsa, aseguradoras y afianzadoras, pueden fungir como instituciones fiduciarias. Asimismo, la Ley de Instituciones de Crédito en los artículos 46 y 142 obliga a estas instituciones a resguardar como confidencial la información que deriva de sus operaciones, en protección al derecho a la privacidad de sus clientes y usuarios (DOF del 18 de julio de 1990).

El secreto bancario y fiduciario es una figura regulada en los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, que impone a las instituciones bancarias la obligación de guardar reserva sobre la información que derive de las operaciones del fideicomiso, con el fin de resguardar el derecho a la privacidad de la información económica y patrimonial de sus clientes. Incluso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reafirma en varios criterios que esta figura “está protegida por la garantía de seguridad jurídica en su vertiente de derecho a la privacidad o intimidad (Tesis 2a. LXIV/2008)” y está sustentada en una relación de confianza que surge entre el cliente y la institución (Tesis I.14o.C.18C).

Esta figura también se encuentra regulada por el marco jurídico de protección del derecho a la protección de datos personales como confidencial.¹⁶ La confidencialidad, como elemento que acompaña al fundamento jurídico del secreto fiduciario, sólo permite la entrega de la información a los sujetos que son parte del fideicomiso, es decir, al fideicomitente, al fideicomisario, al depositante, al deudor, al titular, al comitente, a los representantes legales o a quienes tengan otorgado poder para disponer de la cuenta y, en determinado momento, a las autoridades facultadas por la ley, como la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Auditoría Supe-

¹⁶ Me refiero a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de julio de 2010, disponible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5150631&fecha=05/07/2010, y al artículo 14 de la LFTAIPG que regula la información de carácter confidencial, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de junio de 2014, disponible en <http://inicio.ifai.org.mx/LFTAIPG/LFTAIPG.pdf>.



ABIGAIL SARAHI SALVATIERRA PINEDA

rior de la Federación, la Secretaría de la Función Pública y la Procuraduría General de la República.¹⁷

Al mismo tiempo, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Federal de 2002, vigente hasta mayo de 2016 o hasta que se expida la nueva Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, contempla en el artículo 14, fracciones I y II, como reserva a la información, el secreto fiduciario y aquella información considerada como confidencial en otra ley. Sin embargo, la más reciente LGT determinó en su segundo transitorio la derogación de cualquier disposición que contravenga los principios y bases de la misma.

De esta manera, con el escudo del secreto fiduciario, los sujetos obligados tienden a privatizar la información de los recursos públicos depositados en los fideicomisos. El secreto bancario y fiduciario ha sido el reto más importante para garantizar el acceso a la información y una de las prácticas más recurrentes que enfrenta el INAI en materia de fideicomisos. La antinomia jurídica entre el ámbito privado, que resguarda el secreto fiduciario de las operaciones de los fiduciarios, y el ámbito público, que constriñe a la divulgación y transparencia de los fideicomisos que involucran recursos públicos aun cuando sean privados, aunado a la compleja estructura de la figura, permite que las entidades de gobierno adopten de manera discrecional la medida legal que más favorece a sus intereses y así evitar rendir cuentas.

La ausencia de información respecto al funcionamiento de estas figuras impide a los ciudadanos verificar si la creación de fideicomisos funge como verdaderos instrumentos para implementar políticas públicas tendientes a mejorar su calidad de vida, o si el monto del gasto público depositado en fideicomisos es equitativo y necesario.

VI. EL ROL DEL ÓRGANO GARANTE FRENTE A LA TRANSPARENCIA EN FIDEICOMISOS

El INAI juega un papel fundamental en el avance a la apertura de la información al ser el órgano garante y especializado en transparencia. Tiene como fin promover y difundir la cultura de transparencia en los sujetos

¹⁷ Véase el décimo lineamiento 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”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de septiembre de 2004, disponible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=662457&fecha=06/09/2004.

obligados, así como vigilar la implementación y cumplimiento del marco normativo del derecho a la información.

Debido a que sus criterios y resoluciones son de carácter definitivo, vinculatorio e inatacable, incide directamente para que los sujetos obligados —como los fideicomisos— implementen las garantías de transparencia y rendición de cuentas. Sin su pronunciamiento para coaccionar al cumplimiento de las obligaciones de transparencia, permite la discrecionalidad respecto a qué información se divulga y cuál se limita. La falta de un mecanismo que exija la rendición de cuentas contribuye a la opacidad (Schedler, 2004).

El razonamiento del INAI ante las negativas de acceso a información sobre fideicomisos fue limitado hasta la implementación literal de las obligaciones en la Constitución, lo que en su momento también contribuyó a que los sujetos obligados limitaran la información de dichas figuras. En las siguientes tablas se demuestra la evolución de los criterios del órgano garante sobre la apertura de la información relacionada con los fideicomisos que, en principio, fueron poco garantistas.

61



| TABLA 2. Resoluciones del INAI (antes IFAI) que confirman la negativa de acceso a la información sobre el ejercicio de fideicomisos ¹⁸ | |
|--|---|
| RDA 4773/13 Fecha de resolución: 13 de noviembre de 2013 Sujeto obligado: Banobras Fideicomiso: Proyecto Saneamiento del Valle de México Solicitud: “Ejecución de recursos públicos del fideicomiso 1928”. | |
| <i>Respuesta del sujeto obligado</i> | <i>Resolución de IFAI</i> |
| Información negada por secreto bancario/ fiduciario. | “Si bien Banobras opera con recursos públicos también los es que está impedido a dar a conocer la información en virtud de su obligación de confidencialidad de los datos privados de sus usuarios. Con fundamento en el lineamiento tercero, segundo párrafo y sexto del INAI de las operaciones fiduciarias, entregar la información contraviene las obligaciones de la institución en su calidad de fiduciaria”. |

¹⁸ Las resoluciones del INAI son públicas y pueden consultarse en <http://consultas.ifai.org.mx/Sesionessp#>.

ABIGAIL SARAHI SALVATIERRA PINEDA

62

RDA 1949/14
 Fecha de resolución: 9 de julio de 2014
 Sujeto obligado: Banobras
 Fideicomiso: Proyecto Saneamiento del Valle de México
 Solicitud: “Los contratos y convenios de adquisición, obras o servicios que se hayan hecho con empresas privadas para el cumplimiento de los fines del fideicomiso”.

| <i>Respuesta del sujeto obligado</i> | <i>Resolución de IFAI</i> |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> — Negativa por contener información de carácter confidencial. — Debido a la naturaleza jurídica de Banobras, como institución de crédito y banca de desarrollo, se encuentra obligada a observar el secreto fiduciario. — La información sólo puede proporcionarla a las autoridades facultadas por la ley. | <ul style="list-style-type: none"> — “El hecho de que un sujeto que participe en la operaciones fiduciarias sean de naturaleza pública, no está previsto que pueda dar a conocer la información”. — El secreto fiduciario no hace distinción a si las partes son entidades públicas o privadas, por consiguiente, la figura del fideicomiso impide a las instituciones de crédito proporcionar información a terceros. Por tanto, la documentación se encuentra protegida por el secreto bancario, ya que es información que genera la institución bancaria. |

FUENTE: elaboración propia; información pública y disponible en la página del INAI, <http://consultas.ifai.org.mx/Sesionessp>.

Pese a que en 2013 era vigente la obligación de transparencia en la administración de recursos públicos a la que se refiere el artículo 134 constitucional, el INAI emitió interpretaciones que favorecieron al derecho a la privacidad frente a la publicidad, cuando su función como órgano garante es evidentemente garantizar el derecho a la información. Posterior a la implementación de la reforma constitucional de 2014, el órgano garante comenzó a emitir criterios en los que prioriza la transparencia y la rendición de cuentas frente al de la privacidad que resguarda el secreto fiduciario.

| TABLA 3. Resoluciones del INAI que garantizan la transparencia en fideicomisos y revocan las respuestas de los sujetos obligados | |
|--|--|
| RDA 3568/14 Fecha de solicitud: 29 de octubre de 2014 Sujeto obligado: Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT) Fideicomiso: E-México Solicitud: copia en versión digital del fideicomiso E-México. | |
| <i>Sujeto obligado</i> | <i>IFAI</i> |
| <ul style="list-style-type: none"> — Al ser Banobras una institución financiera, que funge como fiduciaria, es quien clasificó la información como reservada. — El acceso a la información de los fideicomisos públicos que no son considerados entidades paraestatales y que involucren recursos públicos federales, debe otorgarse únicamente respecto de los recursos públicos. En el caso, no se solicitó información de los recursos federales, sino del contrato del fideicomiso, por tal no puede entregarse. | <ul style="list-style-type: none"> — Al ser un fideicomiso sin estructura orgánica ni entidad paraestatal, el responsable es la SCT. — El objetivo del proyecto involucra recursos públicos destinados por la Federación para la inversión, ejecución y operación de los proyectos en materia de telecomunicaciones. Por tanto la información es de interés público. |
| RDA 0967/15 que acumula al RDA 0968/15 Fecha de resolución: 8 de mayo de 2015 Sujeto obligado: Banobras Fideicomiso: Programa para la Transición a la Televisión Digital Solicitud: contratos suscritos y facturas pagadas con motivo del programa. | |



ABIGAIL SARAHI SALVATIERRA PINEDA

64



| <i>Sujeto obligado</i> | <i>INAI (antes IFAI)</i> |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> — “Dar a conocer la información podría contravenir la Ley de Instituciones de Crédito e incurrir en violaciones administrativas e incluso penales”. — En virtud de la naturaleza fiduciaria, la información no es propia o generada por Banobras. Es el fideicomitente, la SCT, quien debe proporcionar la información. | <ul style="list-style-type: none"> — El fideicomiso, al ser generado por una dependencia de la administración pública federal, no lesiona el bien jurídico tutelado que ampara al secreto fiduciario. — No es aplicable la protección de secreto fiduciario de aquella información de una persona moral de derecho público que se genere de una operación fiduciaria. — El patrimonio de este fideicomiso, por su naturaleza y origen, son públicos. |
| <p>RDA 1546/15 Fecha de resolución: 17 de mayo de 2015 Sujeto obligado: Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT) Programa: “México conectado” Solicitud: contratos de cada una de las empresas que darán el servicio.</p> | |
| <i>Sujeto obligado</i> | <i>INAI (antes IFAI)</i> |
| <p>Los contratos se encuentran reservados por secreto fiduciario (artículo 14, fracción II, de la LFTAIPG), porque contiene información de operaciones y servicios de las instituciones de crédito.</p> | <ul style="list-style-type: none"> — La SCT al ser una secretaría de Estado, no puede invocar el secreto fiduciario, y al ser el coordinador técnico del programa, no está obligada al secreto fiduciario. — El acceso a los contratos permite a los ciudadanos vigilar y evaluar que se cumpla el mandato constitucional y, a su vez, tal vigilancia permite garantizar que el proyecto “México conectado” cumpla con los objetivos por los cuales fue creado. |
| <p>FUENTE: elaboración propia; información pública y disponible en la página del INAI, http://consultas.ifai.org.mx/Sesionessp.</p> | |

La evolución del INAI para garantizar la transparencia en fideicomisos fue, en principio, limitada, y ha progresado positivamente pero de forma lenta. En los últimos criterios, el INAI ha revocado cada vez más respuestas negativas de acceso a la información privilegiando la divulgación sobre el ejercicio de fideicomisos.

Es por ello que el INAI no puede avanzar al mismo nivel que los sujetos obligados; su posición frente a las prácticas regresivas debe ser contundente, con el fin de reducir los límites ilegales de la información y adoptar los mecanismos necesarios para hacer cumplir sus resoluciones en acatamiento a su rol de órgano garante.

65

VII. CONCLUSIONES

Desde antes de la implementación del marco jurídico de transparencia en México (desde 2002), los fideicomisos públicos han sido reticentes en la publicidad de la información que manejan, sobre todo de la transparencia de recursos públicos involucrados en ellos.

La antinomia jurídica entre las disposiciones de transparencia y las financieras, que protegen dos esferas de derechos —el público y el privado—, que aún es vigente, constituye hoy un elemento importante para que las entidades de gobierno sigan utilizando discrecionalmente el secreto fiduciario como el sistema de opacidad imperante para evitar la rendición de cuentas.

La constante evolución en materia de transparencia, como la reforma constitucional de 2014 y la implementación de la Ley General de Transparencia, a pesar de que fortalecen las obligaciones específicas de divulgación sobre fideicomisos y el ejercicio de recursos públicos, no son suficientes para evitar que en la práctica los vacíos sean una ventana para que impere la opacidad debido a la compleja naturaleza jurídica de la figura. Incluso, la Ley General de Transparencia, a pesar de contar con altos estándares de publicidad de información referente a fideicomisos, no contempla la diversidad estructural de la figura.

Es importante tener en cuenta que nos encontramos en un proceso de transición que llevará a la implementación de la Ley General de Transparencia, contemplada para mayo de 2016, la cual conlleva cambios sustanciales en el sistema de garantía del derecho a la información, tanto normativa (como la armonización de la Ley Federal de Transparencia, la Ley de General de Protección de Datos y la implementación de lineamientos específicos de cumplimiento que deberá emitir el INAI) como institu-



ABIGAIL SARAHI SALVATIERRA PINEDA

cional (que implica cambios en la estructura organizacional de los sujetos obligados).

Quizá será el momento de reflexionar sobre la necesidad de incorporar en un cuerpo jurídico la regulación que contemple y atienda las diversas naturalezas y estructuras de los fideicomisos para que, aun con el robustecimiento del marco normativo en transparencia, no surjan vicios que privilegien el secreto.

66

Frente a la evidencia de falta de interés de los sujetos obligados de hacer vigentes estas obligaciones, de dar a conocer sus decisiones sobre el presupuesto y gasto público en fideicomisos, será necesaria la intervención de los actores al servicio del derecho a la información, como los órganos ●
○
●
garantes, los tomadores de decisiones, e incluso las organizaciones de la sociedad civil para pensar en implementar mecanismos de exigibilidad que logren hacer efectivo el derecho. Tampoco debemos dejar de lado que la cantidad del presupuesto involucrada en los fideicomisos está destinada a impulsar las áreas prioritarias de desarrollo de nuestro país, y por tanto a mejorar la calidad de vida. Por ello también corresponde a los ciudadanos aumentar la exigibilidad de transparencia. Para que la transparencia y el acceso a la información en fideicomisos no se conviertan en letra muerta, será necesario el desarrollo de una multiplicidad de factores que se complementen y que contribuya a que los fideicomisos públicos no continúen siendo cajas negras en el presupuesto.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Amparo directo 3176/65, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 21, t. IV, septiembre de 1970.

ATHIÉ, Alicia, 2005, "Rendición de cuentas, acceso a la información y transparencia en los presupuestos públicos", *Información básica para la rendición de cuentas*, México, Fundar, Centro de Análisis e Investigación, <http://www.fundar.org.mx/mexico/pdf/rendiciondecuentas.pdf>, consultado el 30 de octubre de 2015.

CASTELLO G. TREVIANO, José, 1957, "El fideicomiso en derecho mexicano. Su naturaleza jurídica", *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, núm. 3.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2011, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2a. ed., Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- GIL VALDIVIA, Gerardo (coord.), 1986, *Régimen jurídico de la banca de desarrollo en México. El concepto de la banca de desarrollo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, 1972, “Aspectos teóricos y prácticos de los fideicomisos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, núms. 85 y 86, .
- HOFBAUER, Helena y CEPEDA, Juan Antonio, 2005, “Transparencia y rendición de cuentas”, en MERINO, Mauricio (coord.), *Transparencia: libros, autores e ideas*, México, IFAI-CIDE. 67
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio y MERINO HUERTA, Mauricio, 2009, *La rendición de cuentas en México: perspectivas y retos*, México, Gobierno Federal-SFP, Cuadernos sobre Rendición de Cuentas, núm. 1. ●
○
●
- MERINO, Mauricio (coord.), 2005, *Transparencia: libros, autores e ideas. Transparencia y rendición de cuentas*, México, IFAI-CIDE.
- SANDOVAL BALLESTEROS, Irma Eréndira, 2005, *Transparencia en fideicomisos, mandatos y actos jurídicos análogos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- , 2007, *Rendición de cuentas y fideicomisos: el reto de la opacidad financiera*, Cultura de la Rendición de Cuentas, México, Auditoría Superior de la Federación, núm. 10.
- SCHEDLER, Andreas, 2004, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, México, IFAI, Serie Cuadernos de Transparencia, núm. 3.
- SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, 2015, “Información sobre fideicomisos, mandatos y análogos que no son entidades, con registro vigente al 31 de diciembre”, *Anexo de la Cuenta Pública 2014*, México.
- Tesis I.14o.C.18C, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XVIII, julio de 2003.
- Tesis XXVIII, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, septiembre de 2008.
- Tesis 2a. LXIV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, mayo de 2008.
- UNACH, 2013, *Manual sobre la justiciabilidad del derecho de acceso a la información*, México.
- VELASCO SÁNCHEZ, Ernesto, 2011, *Gestión pública y rendición de cuentas: ¿un enfoque basado en cumplimiento a uno basado en resultados?*, México, Gobierno Federal-SFP, Cuadernos sobre Rendición de Cuentas, núm. 3.