razones FUNDAR

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

Secreto Fiduciario en los fideicomisos que involucran recursos públicos*

Introducción

El Secreto fiduciario tiene como fin la protección de los intereses del público, es decir, busca proteger la información relacionada con las operaciones de crédito que realizan los usuarios del sistema financiero. Es una disposición principalmente dirigida a particulares y por su naturaleza no tendría porque trasladarse al terreno gubernamental que en esencia debe ser abierto y transparente. Cuando un fideicomiso se constituye dentro de la administración pública centralizada o paraestatal, con recursos de gobiernos locales o por cualquiera de los poderes de la Unión, la información debe ser disponible salvo contadas excepciones en las que se justifiquen por la protección de intereses privados o por reserva de ley.

No obstante, la transparencia y la rendición de cuentas de los fideicomisos que involucran recursos públicos no se ha logrado de manera satisfactoria, ya que la figura legal permite una gran discrecionalidad en el manejo de los recursos. Las instancias gubernamentales que fungen como partes en este tipo de contratos a menudo argumentan el secreto fiduciario para no dar información, no solo a los ciudadanos que llegan a solicitarla a través de los esquemas legales para acceder a ella, sino que también han hecho oponible ese derecho al hermetismo ante la Auditoria Superior de la Federación o a los órganos internos de fiscalización.

Graves casos de corrupción y de irregularidades en el manejo de recursos tienen relación con los fideicomisos integrados con recursos públicos. De hecho, algunos son representativos de corrupción y malos manejos, como fue el caso del Fideicomiso Transforma México, de la Lotería Nacional; el Fondo Bancario de Protección al Ahorro (FOBAPROA); el caso de la empresa integradora de servicios operativos (ISOSA); el fideicomiso de apoyo para el rescate de autopistas concesionadas (FARAC); el fideicomiso de Vivienda para el Magisterio, del Sindicato de Trabajadores de la Educación (VIMA) entre otros. En estos se ha invocado el secreto fiduciario como estrategia legal para mantener la opacidad y la discrecionalidad en el manejo y destino del patrimonio de dichos fideicomisos.

El quehacer gubernamental debe funcionar bajo el principio de máxima publicidad y apegado a un manejo responsable del presupuesto. La máxima publicidad implica un mandato de comportamiento de la autoridad según el cual, por regla general, toda la información es pública salvo que se demuestre una causa de interés público por la cual deba reservarse de manera temporal dicha información. Ninguna instancia debe estar exenta del ejercicio de la rendición de cuentas y de la obligación de permitir el acceso a la información.

Problemática

Bajo la figura del secreto fiduciario se reserva de manera indefinida el acceso a información sobre todo tipo de operaciones fiduciarias sin distinguir si se trata de clientes/usuarios, particulares/dependencias, recursos privados/públicos. Consideramos que en el ámbito privado, es legítimo proteger la privacidad de los clientes; no obstante, tratándose de fideicomisos públicos, es evidente el grado de publicidad al que, por su naturaleza, deberían de estar sujetos; incluso, éstos son considerados en varias leyes de transparencia, como sujetos obligados directos de dichas

* Documento elaborado por Gabriela Aguirre (gabriela@fundar.org.mx) / Oscar Arredonda (oscar@fundar.org.mx)

disposiciones normativas[1]. Llevar el secreto a contratos públicos resulta anacrónico pues representa un conflicto de leyes en el tiempo, pues las obligaciones de apertura y acceso a la información son mucho más recientes que la reserva establecida a conocer la información de fideicomisos prevista en la Ley de Instituciones de Crédito.

La necesidad de que el secreto fiduciario no siga la misma suerte en lo público que en lo privado, también se refleja en diversas normas, sin lograr una vinculación jurídica adecuada. La obligación de transparentar información relacionada con el manejo de recursos públicos fideicomitidos, está expresamente en 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 publicadas por el Instituto Federal de Acceso a la Información el 22 de diciembre de 2004. Estos lineamientos establecen que **el secreto fiduciario no puede ser invocado por las autoridades gubernamentales cuando fungen como fideicomitente y fideicomisario para reservar información sobre fideicomisos**.

En esa misma dinámica normativa, el 29 de agosto de 2011, se reformó el artículo 38 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Distrito Federal, señalando expresamente que "***No podrá invocarse el secreto bancario o fiduciario cuando el titular de las cuentas sea un Ente Obligado, ni cuando se hubieren aportado recursos públicos a un fideicomiso de carácter privado, en lo que corresponda a la parte del financiamiento público que haya recibido. Tampoco podrá invocarse el secreto fiduciario cuando el Ente Obligado se constituya como fideicomitente o fideicomisario de fideicomisos públicos***"

La Auditoría Superior de la Federación (ASF) considera que la opacidad de los recursos públicos dados en fideicomiso son un problema estructural en el manejo del presupuesto. No sería posible dejar de usar el fideicomiso en la administración pública ya que a través de este contrato se pueden realizar muchas acciones distintas, que van desde la administración de bienes y la prestación de servicios públicos, hasta la operatividad de una entidad paraestatal. Sin embargo es indispensable transparentar más su operación y el manejo de sus recursos, con interpretaciones claras que pueden ser lineamientos reglamentarios y normativos emanados del propio ejecutivo, o a través de impulsar una ley específica para regular los fideicomisos que involucren recursos públicos federales.

Recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación discutió la constitucionalidad del secreto fiscal; algunos ministros[2] señalaron que las reservas absolutas de información son inconstitucionales. En su voto particular el ministro José Ramón Cossío Díaz menciono que el secreto [fiscal] invierte la regla constitucional de acceso y máxima publicidad por la de reserva absoluta, automática y permanente, con base en una causal genérica. En este sentido, las reservas absolutas de información como lo constituye el secreto fiduciario, son contrarias a la Constitución.

Propuestas

1. Reformar el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito con el objeto de dejar claramente especificado que el secreto fiduciario únicamente es aplicable para los fideicomisos privados.
2. Reformar el artículo 14 fracción II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental con el objeto de dejar claramente especificado que el secreto fiduciario únicamente es aplicable para los fideicomisos privados.
3. De manera inmediata se fije de forma expresa en una norma emanada del ejecutivo, a través de una reglamentación específica de aplicación general, o dentro de la normatividad presupuestaria, que abarque al menos a toda la administración pública centralizada y paraestatal, la obligación de dar información relacionada con fideicomisos públicos, tanto a los ciudadanos como a los entes del gobierno dedicados a la fiscalización.

[1] Se pronunciaron en este sentido los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz.
[2] Discusión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la constitucionalidad del artículo 69 del Código Fiscal de la Federación (secreto fiscal). Disponible en : http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/09072012POsn.pdf