

# ILEGALIDAD DEL FOBAPROA

## CONFESIONES Y CONFUSIONES DEL SISTEMA

---

---

DIPUTADO ÁLVARO ARCEO CORCUERA\*

1. Como es sabido, la fracción VIII del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga una atribución acotada al Congreso Federal.

La atribución consiste en “dar bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional”. La restricción es que “ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos”; al efecto, el mismo precepto constitucional establece tres salvedades a esa restricción: a) que los empréstitos “se realicen con propósitos de regulación monetaria”; b) que aquellos se contraten para “operaciones de conversión”, y c) que se asuman “durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29” constitucional.

En términos de lo anterior, está claro que ninguna ley secundaria, sean

la de Deuda Pública, la de Presupuestos o las de Ingresos, pueden contrariar el texto constitucional ni hacer nugatorio su espíritu mediante interpretaciones fraudulentas de las mismas.

Hay otro principio que debe tenerse en cuenta: el que enseña que donde la Constitución no distingue, la ley no puede distinguir.

Así, la atribución del Congreso federal de autorizar al Ejecutivo para celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación se refiere a cualquier clase de deuda; esto es, que las clasificaciones de la deuda en externa, interna, flotante, directa o contingente en nada afectan el mandamiento constitucional; sobre todo que son categorías contables establecidas con propósitos técnicos, y de ninguna manera con rango legal y menos con efectos derogatorios en la práctica de un texto constitucional.

De esta suerte, el texto publicado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el pasado martes, primero de septiembre, se constituye en muchas de sus partes en una confesión

---

\* Diputado Federal del grupo parlamentario del PRD. Secretario de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales.

—no por involuntaria menos contundente— de las flagrantes violaciones a la Constitución y a la ley en que incurrieron el gobierno federal y el Fobaproa en ocasión del llamado “rescate bancario” que operaron durante los años 1995, 1996, 1997 y parte de 1998.

En efecto, una de las “conclusiones” del texto de Hacienda consiste en que “El gobierno federal garantizó, mediante obligaciones solidarias y avales, las obligaciones contraídas por el Fobaproa, lo que configuró la asunción de pasivos contingentes”; antes, en la primera parte de su declaración, Hacienda asentó: “Las operaciones mediante las cuales el Ejecutivo federal garantizó las obligaciones del Fobaproa constituyen pasivos contingentes, razón por la cual su contratación no queda sujeta al requisito de solicitar la previa autorización del Congreso de la Unión”.

Sin embargo, la Ley General de Deuda Pública aclara, en su artículo 1º que “la deuda pública está constituida por las obligaciones de pasivo, directas o contingentes, derivadas de financiamientos...”; más adelante, en su artículo 2º, define el “financiamiento” como “la contratación, dentro o fuera del país, de créditos, empréstitos o préstamos derivados de: I. La suscripción o emisión de títulos de crédito o cualquier otro documento pagadero a plazo; II. La adquisición de bienes, así como la contratación de obras o servicios cuyo pago se pacte a plazos; III. Los pasivos contingentes relacionados con los actos mencionados, y IV. La

celebración de actos jurídicos análogos a los anteriores”.

De esta suerte, queda claro que el gobierno federal incurrió en la suscripción de títulos de crédito y de documentos análogos, pagaderos a plazo, y que esa suscripción se resolvió en financiamiento, que constituye deuda pública; como también la constituyen los pasivos contingentes relacionados con los actos mencionados.

Complementariamente, vale recordar que, en su artículo 10, la Ley General de Deuda Pública establece que, para los efectos de la misma, se llama pasivo directo “a los montos de financiamiento a pagar durante el ejercicio anual corriente y el ejercicio siguiente”, y se llama pasivo contingente “el resto del financiamiento... hasta el pago total del mismo”.

Como consecuencia de lo anterior, destaca nítidamente que la ley no hace distingos entre pasivos directos y contingentes en cuanto a la necesidad constitucional de obtener la autorización del Congreso de la Unión antes de asumirlos; contrariamente a lo que asevera la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en su desplegado en cita.

Ciertamente, la argumentación de esa secretaría equivale a negar al Congreso federal la mínima intervención, no sólo en parte de las políticas de deuda nacional, sino en las propias políticas del presupuesto público; en virtud de que el artículo 126 de la Constitución establece que “no podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el presupuesto o determinado

por ley posterior”; lo cual lleva a incluir en las leyes de ingresos los montos a pagar, pero ya no como una autorización previa a su ejercicio, sino como cantidades ya ejercidas o comprometidas por el Ejecutivo.

Abundando: la adquisición de un financiamiento a plazos —circunstancia que no tiene que ver con la definición de “contingente” que da la ley— requiere desde luego la autorización previa del Congreso federal, aunque exista la posibilidad de que ese financiamiento no llegue a ser tomado íntegramente o aun de no ser utilizado en lo absoluto. La “contingencia” de la deuda deriva de la oportunidad anual en que se incluya en el presupuesto de egresos su pago, no del carácter gramatical de la palabra; de igual modo, la “contingencia” está relacionada con el monto del servicio de la deuda, que es variable, no con el acto de su adquisición, que es preciso en el tiempo y cuantía del principal.

El aval mercantil y la obligación solidaria civil comprometen el crédito del avalista y del obligado solidario en el momento mismo en que se perfeccionan los instrumentos legales del caso, y en cuanto al crédito de la nación, esa circunstancia debe estar prevista y autorizada por el Congreso; que en todo momento tendrá perfectamente claro que una cosa es suscribir un compromiso que pueda o no materializarse, en todo o en parte, y otra cosa es tomar las providencias presupuestales para hacer frente a las obligaciones en caso de que éstas se hagan efectivas.

En conclusión, el Ejecutivo federal sí violó la fracción VIII del artículo 73 constitucional al comprometer el crédito de la nación sin la previa autorización del Congreso Federal. Las clasificaciones de la deuda jamás relevan a ésta de su calidad de tal y por ende la evasión en el cumplimiento de los requisitos para contratarla, con el argumento de que lo contingente no es obligatorio, no es más que otra prueba de la proclividad del Ejecutivo al fraude a la ley.

2. Por lo que hace al Fondo Bancario de Protección al Ahorro, hay que recordar que su constitución fue decidida por el legislador, en el artículo 122 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Este precepto da el marco dentro del cual puede accionar el fideicomiso llamado, por sus siglas, Fobaproa.

Las instituciones de crédito —dice la ley citada— deberán participar en el mecanismo preventivo y de protección al ahorro “cuya organización y funcionamiento se sujetará a lo siguiente...” Esto es, el legislador no dejó dudas respecto de los ámbitos de la organización y funcionamiento del fideicomiso que creó, y una de las precisiones legales era el cómo se integraría el patrimonio del fideicomiso, amén de los activos que recibirían del Fondo de Apoyo Preventivo a las Instituciones de Banca Múltiple, al cual sustituía.

De igual modo, la ley estableció las condiciones que deberían llenar las instituciones de crédito para que pudieran “recibir apoyos preventivos” en caso de dificultades y cómo debían

garantizar los apoyados los auxilios que recibieran del Fobaproa.

Sin embargo, el gobierno federal, como fideicomitente, convino con el fiduciario —el Banco de México— condiciones de organización y funcionamiento que alteraban las disposiciones expresas de la ley. Confundiendo un convenio de ejecución con el acto constitutivo, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como representante del fideicomitente, decidió —y el Banco de México aceptó— nuevas formas de financiamiento del fondo, redujo notoriamente las condiciones impuestas por la ley para que las instituciones de crédito pudieran recibir apoyos del fondo, y llegó a comprometer el crédito nacional garantizando obligaciones emitidas por el Fobaproa para adquirir cartera vencida y realizar otras operaciones igualmente desastrosas desde el punto de vista económico.

En rigor, el alegato de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en cuanto el Fobaproa es un fideicomiso privado y no público y que por ello no le son aplicables las disposiciones de la Ley Federal de las Entidades Parastatales no relevan a la propia Secretaría ni al Banco de México de su naturaleza de entes públicos, obligados a respetar y hacer valer las disposiciones de interés público nacionales.

El fideicomiso, como negocio jurídico previsto en la ley mexicana, tiene, es cierto, características de extrema flexibilidad; pero el Fobaproa, en particular, tenía y tiene acotamientos legales imposibles de franquear jurídicamente mediante convenios de eje-

cución entre el fideicomitente y el fiduciario y menos al través de disposiciones del comité técnico del mismo.

En sus alegatos, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público aduce que en el convenio del 3 de mayo de 1996 celebrado entre esa secretaría y el Banco de México se estipula la forma en que se integrará el patrimonio del Fobaproa, y agrega que esas disposiciones son “exactamente igual” a las previstas en el convenio del 18 de octubre de 1990, “mediante el cual el fideicomiso denominado Fondo de Apoyo a las Instituciones de Banca Múltiple se transformó en el actual Fondo Bancario de Protección al Ahorro”.

Lo que no dice Hacienda en su desplegado en cita es que ese convenio de octubre de 1990 establecía, precisamente en el párrafo anterior al relativo a la integración del patrimonio del fondo, un requisito que ya no incluyó el convenio de 1996: “Para que las entidades financieras puedan recibir los apoyos preventivos, deberá garantizarse previamente el pago puntual y oportuno del apoyo, en términos de lo señalado en la fracción II del artículo 122 de la Ley de Instituciones de Crédito y, en su caso, en el artículo 29 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras”.

Tampoco dice Hacienda que el antecedente de ese convenio de octubre de 1990, el firmado el 10 de noviembre de 1986, establecía en el último párrafo de su cláusula tercera que “En ningún caso, el patrimonio del fideicomiso podrá incrementarse con aportaciones que realice el Gobierno

Federal con cargo al Presupuesto de Egresos de la Federación”.

Esto es, la Secretaría de Hacienda pone como “exactamente igual” lo que es solamente parecido y calla un aspecto toral omitido posteriormente: la prohibición de comprometer fondos públicos en fideicomisos privados, aun de la índole del Fobaproa y su antecesor, el Fondo de Apoyo Preventivo a las Instituciones de Banca Múltiple.

Por otro lado, la Secretaría de Hacienda considera en su desplegado de cuenta que “el artículo 122 de la LIC no precisa el tipo de operaciones que el fondo puede realizar”, por lo que “es válido afirmar que tal disposición permite al fondo realizar cualquier operación de tipo financiero vinculada a su objeto” y que “por lo tanto, no se advierte la ilegalidad o inconveniencia de que el gobierno federal... en un convenio celebrado con el fiduciario, acote y precise las operaciones de carácter financiero que el Fondo pueda realizar, siempre y cuando las mismas estén vinculadas con los fines que la ley asigna al Fobaproa, extremo que se cumple estrictamente en este caso”.

No necesariamente: El artículo 122 de la LIC sí precisa las condiciones que deben cumplir las instituciones “objeto de la protección expresa de Fondo” para que “puedan recibir apoyos preventivos”, a saber: garantizar el pago puntual y oportuno del apoyo con a) acciones representativas del capital social de la propia institución, b) con valores gubernamentales, o, c) con cualquier otro bien que “a juicio

del fiduciario” satisfaga la garantía requerida.

Lo anterior significa que para que el Fobaproa hubiera podido entregar apoyos preventivos, tuvo que haber definido, a) qué instituciones eran “objeto de la protección expresa del fondo”; b) si las aportaciones requeridas legalmente a las instituciones fueron entregadas al fondo en tiempo y forma, y c) si los bienes entregados por la institución apoyada garantizaban el pago del apoyo recibido.

Lo que en la realidad ocurrió fue que el Fobaproa entregó “apoyos” sin garantías suficientes, por cifras que superaban en mucho el patrimonio del Fondo y a instituciones de crédito que no estaban al día en sus aportaciones al Fondo y por lo tanto no podían ser objeto de la protección “expresa” del mismo. O en otras palabras, el fiduciario —Banco de México— violó el penúltimo párrafo de la cláusula séptima del convenio de noviembre de 1994 que reza; “El fiduciario deberá abstenerse de cumplir las resoluciones que el Comité Técnico dicte en exceso de las facultades que expresamente le han sido conferidas en el presente convenio o en violación a las cláusulas del mismo o a las disposiciones legales aplicables”.

Es evidente que el Fobaproa, bajo el aliento de disposiciones de la Secretaría de Hacienda, del Banco de México y del Comité Técnico del fideicomiso, violó las disposiciones legales que establecen los requisitos para recibir apoyos del Fondo, y que al hacerlo abrió su abanico de obligaciones mucho más

allá de lo permitido por las leyes y por las más elementales prácticas financieras. Todo ello redundó en la acumulación de un gigantesco pasivo que nació y creció fuera del conocimiento del Congreso Federal, que no tuvo, así, oportunidad de elaborar los lineamientos legales necesarios para enfrentar, dentro del Estado de Derecho, las situaciones emergentes en el sistema de pagos nacional; objeto, como otros aspectos de la vida económica del México, de su vigilancia y control.

El Congreso Federal no está ni puede estar contra la práctica de medidas de salvamento de la economía nacional; pero sí está y tiene que estar en contra de las actitudes extralegales que se resuelvan en demérito de sus facultades y obligaciones constitucionales.

3. Por lo que hace a la afirmación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de que “los recursos destinados por el gobierno federal a garantizar la solvencia de las instituciones de crédito... y que se canalizaron a través del Fobaproa, tuvieron el carácter de subsidios federales, de los referidos en el último párrafo del artículo 28 constitucional...”, cabe recordar que las erogaciones y sacrificios fiscales que implica el otorgamiento de un subsidio no suponen contraprestación alguna por parte del beneficiado; a diferencia del caso de las subvenciones, que sí exigen una contraprestación por parte del beneficiario; lo que introduce un nuevo elemento de análisis de la conducta del Ejecutivo en cuanto a la ope-

ración del Fobaproa; ya que canalizó recursos fiscales o dio franquicias de impuestos “en favor de todos los ahorradores, de los deudores de la banca comprendidos en los programas apoyados por el Fobaproa, así como de los usuarios del Sistema Nacional de Pagos...” según declara la Secretaría de Hacienda en su desplegado del 1° de septiembre del año en curso, y entonces habría que conocer los términos del acto administrativo o de la disposición presupuestaria que haya sido la base de tal erogación.

De igual modo, vale que la SH y CP aclare al Congreso de la Unión y a la opinión pública si los beneficiarios de los subsidios cumplieron todos los requisitos que los hicieron merecedores de tal concesión presupuestal.

Desde luego, la Constitución federal establece en su artículo 28, último párrafo, que “se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la nación”, por lo que habrá que revisar si el Ejecutivo cumplió a su vez con estos requisitos constitucionales; como también habrá de tenerse en cuenta que las cantidades con que se haya subsidiado a través del Fobaproa no pueden formar parte, claro está, de la suma de 552 mil 300 millones de pesos que al 28 de febrero pasado alcanzaba la deuda contraída por el Ejecutivo en razón del “salvamento” del sistema bancario mexicano. Paralelamente, habrán de identificarse las partidas de los diferentes presupuestos de egresos federales que han con-

tenido las previsiones relativas a los subsidios mencionados, así como si los particulares beneficiados con ellos cumplieron con el último párrafo del artículo 25 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.

4. La Secretaría de Hacienda responde a lo que llama “Tercer Cuestionamiento” de la siguiente manera: “A lo largo del tiempo en que la mencionada disposición constitucional ha estado vigente, ha sido aceptado universalmente que puede darse cumplimiento al requisito en cuanto al incremento de los ingresos públicos en dos formas: (i) como resultado de los flujos generados por la obra financiada, o bien (ii) como reflejo de beneficios para la población, en general o agrupada en sectores o regiones, lo que en última instancia redundará en incrementos de los ingresos fiscales”.

Sin embargo, el acotamiento que la fracción VIII del artículo 73 constitucional establece acerca de la naturaleza de los empréstitos que pueden autorizar, constituye una obligación para el Congreso que en nada atañe al Ejecutivo. Esto es, antes de otorgar la autorización para que el Ejecutivo comprometa el crédito de la nación, el Congreso debe examinar si el empréstito de que se trate llena los requisitos de esa fracción; en un análisis en que el Ejecutivo permanece absolutamente al margen y sólo en espera de que la autorización se produzca o no.

Por otra parte, el artículo 3° de la Ley del Banco de México establece como una de las funciones de ese ban-

co la de “Regular la emisión y circulación de la moneda”, y el artículo 14 de esa misma ley prevé en su segundo párrafo que “los financiamientos que el Banco central conceda a las instituciones de crédito, sea mediante el otorgamiento de crédito o a través de la adquisición de valores, sólo podrán tener por finalidad la regulación monetaria”; todo lo cual hace más peregrino el contenido del inciso 4 de la “Respuesta” al “Tercer Cuestionamiento” y que es la siguiente: “Cabe señalar, en otro orden de ideas, que si bien la referida disposición constitucional establece que ningún empréstito podrá celebrarse si no es para la ejecución de obras que directamente produzcan incremento de los ingresos públicos, no sujeta a este requisito los que se realicen con propósitos de regulación monetaria”.

Y continúa: “En tal virtud, procede considerar si las medidas adoptadas por el gobierno federal, con el objeto de recuperar la solvencia y asegurar la supervivencia económica, tuvieron propósitos de regulación monetaria”.

Nuevamente, hay que remarcar que los requisitos constitucionales en cuanto a la naturaleza y objetivo de los empréstitos atañen al Congreso de la Unión, no al Ejecutivo, quien no tiene ninguna facultad para indicar al Congreso qué tipo de empréstitos debe autorizar y cuál no. Por lo demás, la regulación monetaria es una función que el legislador otorgó al Banco de México, sin menoscabo, desde luego, de la facultad del Congreso de vigilar y controlar la actividad económica esta-

tal, que incluye la regulación monetaria destinada a combatir procesos tanto inflacionarios como deflacionarios.

En suma, el despliegado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a que se ha venido haciendo referencia no es solamente un esfuerzo por demostrar —como lo indica el título que se le puso: “Legalidad del Fondo Bancario del Protección al Ahorro, Fobaproa”—, sino un alegato fallido a favor de la licitud de la conducta del Ejecutivo federal, del Banco de México y del fideicomiso mencionado.

En efecto, en sus líneas aparecen una y otra vez los intentos por justificar lo ilícito y convalidar las prácticas arbitrarias de la SHCP, efectuadas sin ningún cuidado por la ley y sin el me-

nor respeto por el Congreso Federal y —lo que es más grave— por los mexicanos; a quienes se trata de convencer con sofismas, medias verdades y francas falacias, de que lo hecho fue conforme a Derecho.

Corroboró lo anterior la expresión presidencial del pasado 1° de septiembre, cuando el depositario del Ejecutivo aclaró que no se arrepiente de nada de lo hecho en cuanto al asunto bancario y que volvería a actuar de la misma manera si fuese necesario. Como se ve, nadie que haya cumplido con la ley puede decir que no se arrepiente de haberlo hecho y anunciar que lo volvería a hacer.

Y es que no cumplieron con la ley. Esa es la verdad.