

Revista Electrónica de Posgrado en Derecho

Carrasco Fernández, Felipe Miguel

2008

<http://hdl.handle.net/20.500.11777/1174>

<http://repositorio.iberopuebla.mx/licencia.pdf>

Presentación

La presente Revista Electrónica de Posgrado en Derecho constituye una aportación del Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades a través de la Coordinación de Maestrías en Derecho, con el propósito de difundir la ciencia jurídica y fomentar la investigación jurídica y socio jurídica, en este número cuya aportación es semestral se cuenta con diversos artículos como es el del Dr. José María Manzanilla Galaviz titulado: “Bases conceptuales para una auditoria legal”, es importante resaltar que es un tema de actualidad para los abogados corporativos tanto nacionales como internacionales, en el mismo se desarrollan los diversos niveles y bases metodológicas, para cumplir con el dictamen de la auditoria legal, además de ser un tema propicio en tiempos de globalización que implica fusión de empresas y constituye una temática poco analizada abordada por estudiosos del derecho, por lo tanto la aportación del Dr. José María Manzanilla Galaviz es trascendente para la ciencia jurídica.

Reviste importancia el artículo del Presidente del Colegio Nacional en Jurisprudencia Urbanista, el Dr. Pablo Aguilar González, quien aborda la temática del Derecho Urbanístico y su adecuación respecto de los asentamientos humanos en México, es necesario mencionar que dicho artículo constituye un análisis meticuloso del tema que aborda y permite una luz para los estudiosos del derecho sobre una materia a veces poco tratada pero de vital importancia hoy en día.

El Dr. Claudio Rodríguez Galan con su aportación académica titulada: “Derecho de la Infraestructura Eléctrica, ¿Derecho público o privado?” Contribuye al análisis de un tema de actualidad respecto del interés de diversos grupos extranjeros o nacionales por la privatización de este servicio y las consecuencias del mismo y sin lugar a duda este artículo aborda un tema de actualidad que contribuye a la reflexión de los juristas.

El presente número de esta revista se conforma también con una sección cuyas contribuciones se deben específicamente a los alumnos de las diversas maestrías que se imparten en la Universidad Iberoamericana Puebla, a través de sus trabajos de investigación derivados de algunas asignaturas como es el caso de la abogada Dora Luz Espinosa Rebollo quien aborda el tema titulado “Breve análisis de las características del sistema tributario en México”. En el cual es cada vez objeto de diversos análisis por la importancia que reviste para el gobierno y los economistas, obviamente también para los abogados. En dicho artículo la abogada Espinoza Rebollo genera un análisis comparativo en dicho rubro.

En épocas de globalización económica y jurídica, el llamado Leasing financiero constituye un tema de suma importancia, el mismo es abordado por la Lic. Silvia Azminda, quien en forma minuciosa y habiendo consultado diversas obras aporta el análisis de dicho contrato, que sin lugar a dudas contribuye a su análisis para su adecuación práctica en la sociedad empresarial.

El abogado Gustavo Iván Ayala Zavala profundiza sobre la auditoria superior de la federación como órgano fiscalizador federal, incluye sus antecedentes históricos, su

organización y metodología, sin duda alguna sus aportaciones contribuyen al entendimiento del citado organismo.

El fideicomiso por su amplitud es un tema que puede ser abordado en sus diversos aspectos, tal es el caso de Alfonso Robles Cuétara, quien ha titulado el artículo que nos presenta “De la naturaleza jurídica del patrimonio fideicomitado”, del análisis del mismo encontramos la importancia del fideicomiso como institución jurídica y su aplicación cada día más frecuentemente en diversos ámbitos jurídicos.

Por último hemos abierto una sección que se inicia en este segundo número referente a la reseña de obras jurídicas, en esta ocasión en forma magistral el Mtro. Oscar León Valle analiza la obra titulada “Teoría General de la Acción Penal”, cuyo autor es el Dr. Marco Antonio Díaz de León, quien es reconocido como una autoridad en el ámbito del derecho penal en América Latina; es importante resaltar que esta reseña contribuye a entender cada vez más obras de juristas mexicanos cuya importancia trasciende a Iberoamérica, el análisis de dicha reseña nos invita sin lugar a dudas a adentrarnos en esta obra por la importancia como es presentada en forma sistematizada e invita siempre a un análisis mas exhaustivo de la obra para profundizar en las temáticas.

Dr. Felipe Carrasco Fernández

Coordinador de Maestrías en Derecho

Revista Electrónica de Posgrados en Derecho No. 2

Primavera 2008

Índice

Artículos

Bases conceptuales para una auditoría legal.....1

José Ma. Manzanilla Galaviz

Derecho urbanístico y asentamientos humanos en México.....25

Pablo Aguilar González

Derecho de la infraestructura eléctrica; ¿derecho público o privado?.....41

Claudio Rodríguez Galán

Tesinas

Breve análisis de las características del sistema tributario en México.....57

Dora Luz Espinoza Rebollo

La operación de leasing financiero supuesto concreto de conexión contractual.....90

Silvia Azminda Vásquez Calderón

Auditoría superior de la federación; órgano fiscalizador federal.....118

Gustavo Ivan Ayala Zavala

De la naturaleza jurídica del patrimonio fideicomitido.....145

Alonso Robles Cuétara

Reseña de libro

Teoría general de la acción penal.....168

Mtro. Oscar León Valle – Profesor de Tiempo de la Universidad Iberoamericana Puebla

Enlace gratuito a la Revista Electrónica de Posgrados en Derecho.

http://www.iberopuebla.edu.mx/micro_sitios/DCSH/derecho/

Directorio

Mtro. Juan Luis Hernández Avendaño

Rector

Dr. Francisco Valverde Díaz de León

Director de Investigación y Posgrados

Mtro. Noé A. Castillo Alarcón

Director del Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades

Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández

Coordinador de Maestrías en Derecho

Mtra. Ana Ma. Ramírez Santibáñez

Profra. de Tiempo de Maestrías en Derecho

Lic. Ma. del Rocío Ocádiz Luna

Directora de Comunicación Institucional y Promoción

Ing. Ramón Felipe Tecólt González

Webmaster

Coordinador de la Revista Electrónica de Posgrados en Derecho

Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández

BASES CONCEPTUALES PARA UNA AUDITORIA LEGAL¹

*José Maria Manzanilla Galaviz²

1. INTRODUCCION; 2. BASES METODOLOGICAS; 3. CONSIDERACIONES PARTICULARES PARA AREAS DETERMINADAS: 3-A) PODERES, 3-B) CONTRATOS, 3-C) PROTECCIÓN DE ACTIVOS, 3-D) ACTOS SOCIETARIOS TRASCENDENTALES, 3-E) SEGUROS, FIANZAS Y AVALES Y 3-F) RESPONSABILIDAD CORPORATIVA.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad el aprendizaje constante es una necesidad en cualquier área específica del conocimiento, y también en forma interdisciplinaria y de plano intradisciplinaria entre otras dos o más ramas del conocimiento, por lo que este documento tiene como uno de sus principales objetivos el presentar elementos de aplicación inmediata, a través de la integración de conceptos jurídicos, contables, financieros, de negocios y de administración (management), relativos a la Auditoría Legal (en lo sucesivo AL)

La organización³ es una sola, pero en ocasiones se ve solamente desde cierto punto de vista incluyendo de acuerdo al profesionista: abogados, economistas, contadores, ingenieros, etc., o por ejemplo según la relación que se tenga respecto a la misma: dueño, administrador, gobierno, proveedor, cliente, etc. Sin embargo, no debemos olvidar el tener una visión integral

* José María Manzanilla Galaviz, es Profesor del ITAM desde 1998, así como de la UNAM. Abogado de la UNAM; maestrías en administración y en economía por el Tec. de Monterrey, y estudios de doctorado en economía y derecho por la Universidad Complutense de Madrid, así como diversos cursos en UCLA, en NY y en el IPADE. Directivo jurídico y financiero con casi 20 años de experiencia en México, Estados Unidos y España en BANCOMEXT, IBM, BANCOMER, etc. Consultor independiente actualmente

¹ Agradecemos la colaboración de la Lic. Mónica Calderón Velásquez, quien realizó un importante trabajo inicial de transcripción.

² Propiedad intelectual reservada, se autoriza su uso para fines académicos, citando la fuente.

³ En ocasiones hablaremos de empresas, pues es donde mayormente el autor tiene experiencia, pero todos estos conceptos son mayormente aplicables también a toda organización o "ente".

también, así como el apreciar la de otros profesionistas, mediante el trabajo en equipo, que otorgara a la organización una verdadera sinergia⁴

Se ha escrito poco en México sobre AL, y en nuestra opinión se debe contar con una base conceptual y metodológica mas precisa, la cual ya existe y podemos encontrar en la administración, ya que a través de las herramientas que esta aporta, podremos conocer en mayor medida al “ente⁵” auditado, y en consecuencia prever que aspectos serán relevantes y cuales irrelevantes al realizar la AL, pues en gran medida esta no se constituye por “recetas de cocina” sino más bien por criterios prácticos y por tanto casuísticos, que sin embargo si permiten una teoría general, en cuanto al método para llevar a cabo una AL eficiente y eficaz.

*,

La AL tiene por objeto: Revisar el cumplimiento de normas internas y externas a la organización, para evitar delitos y sanciones.

Al llevar a cabo la AL encontraremos áreas comunes y presentes en toda organización como son, por ejemplo: a) Poderes.- Pues todas llevan a cabo actos con terceros a través del contrato de mandato; b) Contratos.- Y celebran este tipo de acuerdos, para interactuar con terceros; c) Manejo de IT (Information and Technology o Tecnología de la información), etc.

En cambio habrá otras áreas, que llamaremos “particulares” o específicas, como pueden ser activos fijos; o relaciones con gobierno o internacionales, que para algunas organizaciones serán muy relevantes, por pertenecer a su giro de actividades, pero en consecuencia no lo serán para otras.

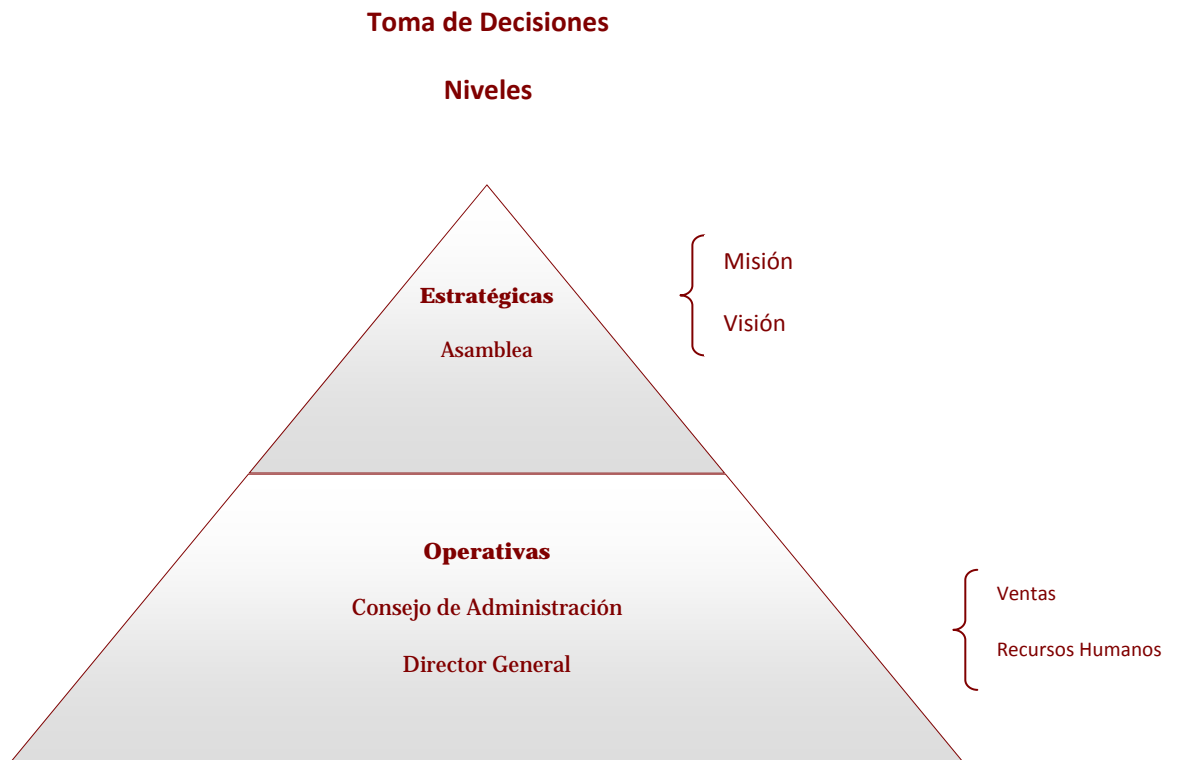
Lo mismo ocurrirá dependiendo si la organización comercializa bienes o servicios, o bien si es una empresa privada o pública⁶, perteneciente al gobierno federal, local o municipal, nacional o extranjera, etc.

⁴ Entendida como “2+2 mayor a 4”, o “el todo es mayor a la suma de las partes”, lo cual significa que se obtiene un resultado mejor si varias personas interactúan entre si respecto a una situación, en relación a que cada una aportara su visión de la situación en forma independiente y aislada.

⁵ Ya sea una empresa privada, una dependencia del gobierno, un fideicomiso, una persona física o cualquier “entidad”.

⁶ En el sentido de cotizar en bolsa y por tanto informar públicamente de su estatus.

Para conocer el perfil de las organizaciones, podemos apreciar en forma esquemática, la forma en que se toman las decisiones:



Como puede apreciarse hay dos grandes clases de decisiones: estratégicas y operativas.

Las primeras definen el negocio:

- Misión: ¿En qué negocios estás?

- Visión: ¿Cómo se ve la organización a mediano (2 a 5 años) y a largo plazo (más de 5 años)? y ¿dónde quiere estar?
- Valores: ¿Cuál es la conducta deseable en la organización? (paradigma, creatividad, cumplir con las normas, forma de pensar, honestidad, vestido) Todo lleva a un perfil de la empresa. Es su personalidad. El perfil no podemos cambiarlo, debemos adaptarnos a él.

Y con las segundas, se ejecuta, y en relación a las primeras vale ahora preguntarse:

- ¿cuál es tu función? ¿a qué te dedicas? ¿con quién interactúas? ¿quiénes son tus clientes? ¿quién es tu competencia? ¿cuál es tu mercado? ¿qué haces y qué vendes?

Desde luego también es ahora muy importante responder: ¿y qué papel juega la función Jurídica,?, y por tanto ¿qué tanta influencia tendrá en la estrategia y ejecución del negocio?. La respuesta estará dada por los creadores de la organización, y salvo que la ley obligue a una determinada decisión al respecto, esta podrá estar representada por una dirección, una gerencia, un abogado, o de plano hacerse por externos (outsourcing).

2. BASES METODOLOGICAS

Auditoria Legal: Se define con verificar que se haya cumplimiento de normas aplicables en el ente auditado. Auditar es escuchar y empezó con la contabilidad a través de la verificación del cumplimiento de las Normas de Información Financiera (NIF, llamadas hasta hace poco "Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados o PCGA"), para expresar, en opinión de un tercero si la contabilidad de una organización es representativa de la misma conforme a dichas reglas.

Ahora especificaremos lo que NO ES una auditoria legal:

1. No es una Auditoria Contable la cual está basada en las NIF, y que se pronuncia sobre la situación contable que guarda el ente auditado, si es o no representativa o indica desvíos a dichas normas en su caso.
2. No es una Auditoria Administrativa sobre cómo haces tu negocio. Esto se aprende en a través de un MBA y/o la práctica.

3. No es un Due Diligence, el cual es una revisión contable, financiera y jurídica que se lleva a cabo por un motivo en específico. La auditoría AL tiene un fin en general que es minimizar riesgos.

4. No es una Opinión Legal, la cual es un pronunciamiento sobre una cuestión jurídica en particular.

5. No son las actividades del Compliance Officer, u oficial de cumplimiento, quien es un directivo con una función de Auditoría Legal interna (Ej. Contraloría o Auditoría Interna).

La AL debe realizarse por abogados o licenciados en Derecho, externos e independientes al ente auditado, ya que el auditor no puede ser juez y parte. Incluso, la rotación del auditor (cada 5 años) es importante para evitar que el auditor anterior sufra de “miopía” y el nuevo pueda encontrar puntos nuevos de riesgo o validar los ya detectados.

El abogado auditor debe tener las siguientes características:

- Independencia
- *Expertise*. No solo saber sino saber a quién preguntar. Habilidades.
- Conducta Ética. Excusarte de ver asuntos.
- Manejo de la Información
- Con cédula Profesional
- Ser diferente al Consultor

En general existen tres tipos de auditorías actualmente: a) de Tecnología de la Información (sistemas); b) Contable y financiera; y c) Legal. Pero recordemos que todas son aplicables al ente auditado, por lo que deben conocerse e integrarse en un conocimiento más completo sobre la organización, en su caso a través de una Comité de auditoría.

El proceso y los principios de la Administración se pueden aplicar a AL, a través de la Planeación, Organización, Dirección y Control de la misma AL.

PLANEACIÓN:

Antes de llevar a cabo la AL hay que planearla (tiempo, costos y recursos humanos), se debe determinar si hay que hacer entrevistas, si hay acceso a la información y si hay impulso de la alta dirección para esta actividad.

Se debe conocer al ente (organización). puede ser un Fideicomiso, una S.A., una S. de R.L., elaborando su perfil mediante análisis y resumen de aspectos relevantes de:

- Escrituras constitutiva y de modificaciones sustanciales.
- Poderes
- Mapeo del marco jurídico aplicable: Normas externas (leyes, reglamentos, circulares) y normas internas.
- Libros corporativos, asambleas de Accionistas, variaciones de capital., y de otros órganos en su caso (Ej. Comité de Crédito)

ORGANIZACIÓN:

Se deben organizar:
borrador.



- Recursos: Determinar los recursos económicos que se pueden asignar.
- Tiempo: contemplar incluso el tiempo de revisión del borrador.
- Personal: Capacidades, número y por cuánto tiempo.
- Requisitos de acceso: Entrevistas ¿hay algo que deba saber?

DIRECCIÓN:

Debe haber un líder de proyecto, que verifique el cumplimiento de los estándares acordados para la AL, incluyendo costo, duración, objetivos, y corrija desviaciones en su caso.

CONTROL:


Ver ¿Cómo va? ¿Cumpló? Retroalimentación. Verificar estándares VS desempeño.

RESULTADO:

Se le dice al auditado cuál es el resultado y qué se detectó de riesgo significativo pero no su mitigación ya que no le toca al auditor para evitar conflictos de intereses, a través de un

Dictamen:

Elementos:

- 1. A quien va dirigido 
 - Persona física o moral
 - General
 - Particular

- 1. Definición y alcance: ¿Qué es lo que se auditó?
- 2. Método de elaboración. ¿Cómo lo hice? Revisiones y entrevistas al personal.
- 3. Resultados. Si hay o no riesgos. Riesgos extraordinarios, razonables, excepciones, en qué consiste el riesgo y cómo cuantificarlo. Riesgo y probabilidades y creación de pasivo contingente. Definir cuál es el riesgo económico así como la reputación y otros impactos. Recursos humanos y materiales.
- 4. Responsable. Nombre de quien la firma. Responsabilidad civil.
- 5. Firmas
- 6. Anexos. Detalle de la Auditoria Legal. Otras Opiniones Jurídicas o no Jurídicas (Contable, financiera y Tecnológica).

En cuanto a los recursos humanos es conveniente verificar que tengan el conocimiento adecuado, que no haya cambios. Es importante que las actividades sean realizadas por distintos niveles de abogados, según la tarea a realizar, a fin de evitar un costo excesivo e innecesario.

Previo a la emisión de un dictamen definitivo, se emite un borrador del Dictamen, en que se informa al cliente y áreas respectivas qué se encontró.

La AL debe formalizarse, entre el cliente y el abogado o despacho, a través de un contrato de prestación de servicios que incluya:

- Tiempo, costo alcance y objetivos
- Uso de documentos
- Confidencialidad
- Propiedad Industrial
- Opiniones adicionales especiales, nacionales y/o foráneas.

El Mapeo de disposiciones consiste en presentar en forma esquemática las leyes aplicables (normas internas/externas)

Internas:

- Acuerdos de Asambleas de Accionistas.
- Acuerdos del Consejo de Administración.
- Otros Comités (crédito, compras, calidad).
- Comisiones (Higiene, capacitación y adiestramiento).
- Código de Conducta (prácticas corporativas)⁷.
- Reglamento Interior de Trabajo.
- Manuales de Procedimientos.
- Descripción de Puestos.

Normas Externas:

Constitución Política Mexicana

Tratados

Leyes Federales (Generales)

Código de Comercio



⁷ Por ejemplo ver si existe el Manual de Conducta Interna (de Prácticas Corporativas, de comportamiento Institucional, de Ética) el cual debe especificar qué hacer y cómo hacerlo. Hay conductas que no son deseables para la empresa. Ej. Uso de autos, computadoras. Se evitan las zonas grises. Se determina la conducta que espero. Ej. No usar groserías con el personal, uso del lenguaje, Vestimenta, prácticas del negocio, regalos, viáticos.

Ley de Títulos y Operaciones de Crédito

Ley General de Sociedades Mercantiles

Ley de Competencia Económica

Código Civil

Ley Federal de Protección al consumidor

Ley Federal del trabajo

Código fiscal de la Federación

Ley comercio Exterior

Leyes ambientales

Leyes Federales Especiales (NOM'S, Circulares CNBV, Banco de México, Secretaría de Hacienda y Crédito Público)

Leyes Locales

Leyes Municipales

¿Cuándo hacer la Auditoria?

Normalmente el consejo de administración o la alta dirección determinan cada cuánto se hace, pero en general podemos señalar los siguientes términos:

- AL General cada 5 años
- Manual de Conducta 2 a 3 años
- Mapeo de Leyes según ocurrencia
- Dictámenes Jurídicos por evento
- Poderes cada año
- Control Documentario cada año
- Registro Público de la Propiedad cada año
- Inventarios cada año
- Toma de Decisiones y estructura cada año
- Compras cada año
- Actos trascendentales cada año
- Libros y Actas cada año
- Informe Anual cada año
- Seguros, fianzas y avales cada año

Posteriormente habrá “Periodicidad y Mejora Continua”, es decir se da mantenimiento a la AL

3. CONSIDERACIONES PARTICULARES PARA DETERMINADAS AREAS.

3-A) PODERES

Generales

Art. 2554 Código Civil Federal {
Administración: Actos ordinarios de la organización.
Pleitos y cobranzas: Para ir a tribunales
Dominio: Como si fuera dueño (Comprometer el patrimonio de la organización).
Títulos de Crédito: Para firmar pagarés, cheques, avales (art. 9 de la LTOC).

Las leyes locales cambian en algunos casos pues a pesar de que se parecen a las del Distrito Federal se dan diferencias (Ej. Revocación de poderes en Michoacán se da en 2 años). Es por ello que se menciona “y/o sus correlativos de las entidades de la República Mexicana”.

Forma

Normalmente se otorgan ante Notario en escritura pública con datos de inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

Es ante Notario Público. Los corredores Públicos son fedatarios especializados en la materia de comercio. Da fe al igual que el Notario pero sólo en relación a actos de comercio. El Notario da fe de cualquier cosa. Protocoliza en su libro.

Hay convenios de asociación y de suplencia. Otro Notario puede actuar por él. Actúa en el protocolo del Notario al que sustituye.

Libros 5 años y después se envían al Archivo General de Notarias.

Corredor → Póliza (Actos de Comercio).

En materia laboral se pide poder de administración en materia laboral, en caso de no ser así se desconoce la personalidad.

Limitaciones {
Monto: Hasta una determinada cantidad en un acto o de forma acumulada.
Ejercicio: Mancomunada o individual.
Tipo de Acto: Sólo de dominio.

Especiales

Son para realizar actos concretos. No requieren de inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio (fundamento en Código de Comercio). Implica un ahorro de tiempo y de dinero.

Sugerencias: Tener un catálogo de apoderados con firmas actualizado con revisiones mínimas cada año (Formatos con nombre completo, firma y facultades).

La revocación de poderes es un movimiento corporativo importante.

Políticas de Poderes {
Limitaciones (monto, ejercicio, actos)

Redacción

Ej. Certificado de Libertad o Existencia de Gravámenes: Libera el gravamen que lo tiene no el que lo tiene a su favor con una declaración sobre la no existencia de adeudo ante Corredor y se libera la garantía con la cancelación de gravamen correspondiente.

Para efectos de auditoria hay que ver el nivel de riesgo y hay que hacer una traducción económica sobre el costo ¿Cuánto cuesta no cumplir? Ej. La no inscripción de un acto.

3-B) CONTRATOS

CONTRACT MANAGEMENT

Documentación, preservación y control documentario: Cuidado material para evitar robos, maltratos, pérdidas, etc.

Se trata de obligaciones frente a terceros y lo menos que se quiere es que se pierdan o no se encuentren.

¿Quién tiene acceso a la información? Información sensible. Se puede ocasionar un daño a la organización si se divulga.

La consulta es restringida, pues son documentos que no se pueden llevar fuera de la organización.

Control con vales o no sacar el original sino sólo copia o sólo consultar sin tomar los documentos.

Digitalización de documentos: Ley de Instituciones de Crédito, Código de Comercio, SHCP y Código Fiscal (conservación de documentos 10 años de comprobantes fiscales).

Ahora es muy sencillo digitalizar. El espacio cuesta dinero para conservación y conservación.
Cfr.:

www.contractmanagementnews.com

www.procuri.com

Es muy común en otros países y se venden programas y herramientas de sistemas con conceptos como el Contract Management (vida de administración de contratos).

Beneficios comprobados:

- Mayor rentabilidad
- Bajan costos
- Reduce Riesgos
- No se pierde dinero

Mejorar: Estandarizar procedimientos de contratos en todas las compañías.

Desarrollar: Área de control de contratos.

Activar: Términos jurídicos con sistemas transaccionales (Plazos).

Revisar: Cumplimiento más a menudo.

Mejorar: Habilidad de analizar cumplimiento y riesgo en los contratos.

Mejorar: La automatización de los ciclos de vida de los contratos.

La sistematización de los contratos controla costos, disminuye sanciones y vigila cumplimientos.

CICLO DE VIDA DE UN CONTRATO

Negociación: Aprobación de propuestas de acuerdo a políticas (quién autoriza), normas internas a seguir. Se revisa la documentación para ver con qué tipo de empresa se está tratando

Proyectos: Se manejan *drafts* con marcas claras de las versiones que se han revisado.

- I. Requisitos previos cumplidos: Pago de comisiones, honorarios de Notario o Corredor, RPPyC
- II. Cierre (*Closing*): Aquí empieza la vida del contrato. Año “Cero”. Negocio formalizado. Execution Versión.
- III. Vida Útil: Se revisan las obligaciones de dar, hacer y de no hacer. De cada una se debe verificar: Cuándo, cómo y quién debe cumplir.
- IV. Fin: Eficiencia. Avisos por anticipado, liberación de garantías, finiquitos, liberación de documentos y pagarés, etc.

La administración de Proyectos tiene un “boom” para cumplir en tiempo y forma. Ej. Boing VS Airbus compiten por el mercado de aeronaves con capacidad de vuelo intercontinental. Se ve el proyecto cómo va avanzando, se verifica si se van cumpliendo los requisitos, si se cumple con los tiempos, en qué etapa van, y en su caso se exige el cumplimiento del contrato.

Se traza una ruta crítica: Para llegar hay actividades que se tienen que seguir sino no se va a llegar o se atrasa (Ruta con actividades y obligaciones de dar, hacer o no hacer)

Auditoria Legal: ¿cómo disminuyo riesgos en todo el proceso?

Se buscan estrategias de contratación durante el desarrollo y hasta la firma del documento.

Primero que se cumpla y segundo que se verifique el cumplimiento.

Se hace una revisión al ciclo y debemos considerar que no hay coincidencias en esto.

SAP: Software para automatizar procesos en las sociedades que se emplea también en el área jurídica (con módulos en ventas, finanzas, productos, recursos humanos, etc.)

Mapeo de Obligaciones de la empresa contratante. Hay que marcar las actividades críticas que si no se detectan crean problemas.

Checklist de AL para el área contractual:

¿Tengo políticas de contratación?

¿Tengo tiempos de respuesta para los primeros proyectos?

¿Tengo el documento final con todas las autorizaciones (sistemas, riesgos, operativas, financieras)?

¿Quién paga?

¿Quién es el responsable de que el contrato se cumpla?

¿Se están cumpliendo con las políticas de preservación y control documentario?

¿Quién tiene acceso a la documentación?

Ciclo de vida de una contrato



3-C) PROTECCIÓN DE ACTIVOS

Balance General

ACTIVO	PASIVO
El activo se ordena de menos líquido a más líquido.	
<u>Tangible</u>	Menos (-) deudas a terceros
*Circulante (caja y bancos). Liquidez en un año.	
*Fijo (maquinaria y equipo, terrenos, barcos aeronaves).	
<u>Intangible o Diferido</u>	
* Marcas, patentes, software, derechos de autor, patrimoniales, propiedad industrial, variedades vegetales	
	CAPITAL CONTABLE
	Deudas (-)
	Accionistas

¿Cuál es el estado que deben guardar los activos?

Mano de obra (contratos laborales), materia prima (contratos de obra con proveedores).

Ej. Maquinaria: ¿A razón de qué la tengo? A título de propietario o de arrendatario. Flotilla de camiones.

Se debe verificar que la documentación esté en regla, se deben verificar las cláusulas de los contratos, si es documentación nacional o extranjera, si hay programas especiales aplicables, programas de mantenimiento, seguros dependiendo de los bienes.

Activos Tangibles

Ej. Terrenos, edificios

y en general inmuebles

Contratos: Si es propio o arrendado y se ve el impacto en caso de conflictos laborales.

Gravámenes: Escrituras con inscripción en el RPPyC, medidas y colindancias.

Seguros.

Obligaciones de pago: Predial, agua, luz y otros servicios.

Impuestos.

Licencias: Uso de suelo, delegacionales, permisos, de construcción, alineamiento y número oficial, de ocupación, sindicatos, IMSS, etc.

Activos Intangibles: Se debe buscar que estén debidamente registrados o constituidos.

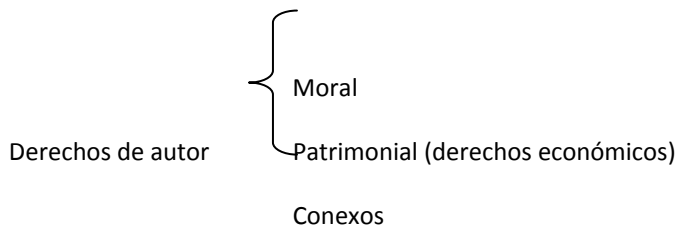
Derechos de Autor (software, data base).

Propiedad Intelectual

Propiedad Industrial (marcas, patentes).

Variedades Vegetales (alimentos transgénicos).

Ley Federal del Trabajo: Contempla la figura de inventor asalariado. Art. 163 fracc. II y III es con compensación a las partes pero beneficia directamente al patrón. Se entienden que son de la empresa.



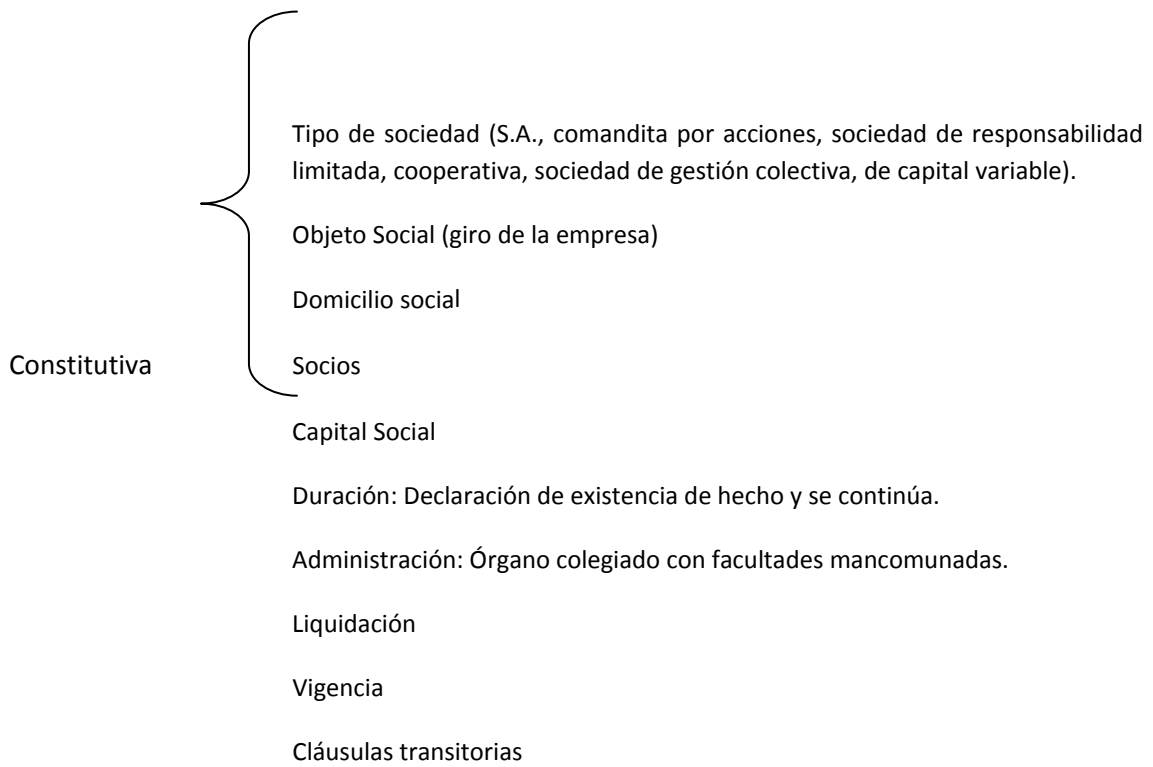
Ej. Licencias de uso: En el Manual de conducta Interna se manifiesta que no se pueden bajar programas por los riesgos de virus. Ej. Bital: Auditoría tecnológica.

Hay que ver costos y plazos.

3-D) ACTOS SOCIETARIOS TRASCENDENTALES

Hay que revisar la historia corporativa del ente auditado.

1. Constitutiva, ley o decreto de creación que da origen al ente auditado
2. Modificaciones a los estatutos sociales.



Compulsa

Cambio de denominación

Modificaciones

Transformaciones: Cuando se hace una transformación no se puede volver al tipo de sociedad que era antes de la transformación.

Libros y actas:

Asamblea de accionistas (actas o minutas). Estatutos y quórum de acuerdo a ley.

Registro de accionistas.

Variaciones de capital (s.A., de C.V., o S.A., (formalidad para el cambio)

Sesiones del consejo de Administración (actas, toma de decisiones)

Comités (Auditoria, crédito, planeación, prácticas societarias, calidad)

Los controla el Secretario del consejo de administración.

S.A., de C.V., a S.A., Bursátil.

Se debe determinar quién tiene la guarda y custodia de cada libro.

Se pueden certificar. Ej. Tenencia de acciones de la empresa.

Revisión en la Auditoria

1. Fase escrita
2. Hacer todo lo que se acordó. Formalizando actos que la registrarán.
3. Toma de decisiones de acuerdo a estatutos.
4. Que alguien los guarde y custodie.
5. Quienes son los accionistas y formalizar los cambios.
6. Verificar las normas exteriores de la empresa.
7. No todos los empleados pueden ver los documentos.
8. Son medidas de control por lo tanto siempre tienen que existir.
9. Gobierno: Libro blanco por proyecto.
10. Si es un fideicomiso es un contrato pero tiene patrimonio propio por lo tanto debe tener registros, comité técnico y si no cómo se hacen las restricciones.

3-E) SEGUROS, FIANZAS Y AVALES.

Primero se debe ver el catálogo de seguros que debe tener la compañía. Los seguros son mejor tenerlos pero no usarlos. Es un pago que se hace para proteger a la empresa de los riesgos.

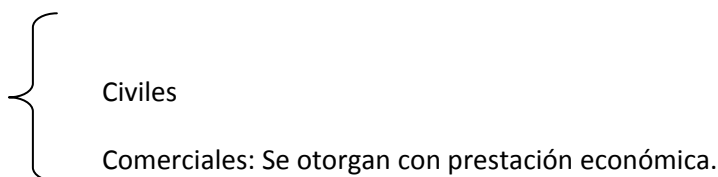
Patrimonio: Contra todo riesgo asegurable (hay compañías que aseguran todos los riesgos).

Las compañías hacen los cálculos de probabilidad de riesgo y determinan la prima para ver su negocio (Ej. Seguro contra robo de autopartes).

Hay riesgos de inundaciones, de incendios, temblores. No se cubre: vandalismo, revueltas, guerrillas urbanas, contra terceros, robo de unidades. En autoseguro y autofinanciamiento uno mismo se asegura (Ej. Líneas de autoseguro en ciertas líneas de transporte de pasajeros no compran un seguro sino que con las primas que deberían pagar, hacen un fondo (de reserva). Así siempre hay dinero para atender los siniestros. Puede ser una buena idea para los demás. Se debe convencer a los demás de que este seguro sirve y que efectivamente asegura

En la auditoría se ven los seguros que se tienen y la cobertura que brindan.

Fianza: Un tercero garantiza el cumplimiento de obligaciones de otra persona.

Tipos:  Civiles
Comerciales: Se otorgan con prestación económica.

Aval: Garantía específica sobre un título de crédito.

1. Inventario
2. Análisis en relación al negocio (actividades de la organización)
3. Ver con quién y que tan bien darán el servicio. También se deben ver las obligaciones que se tienen con terceros para establecer y comprar los seguros.
4. Contrato claro y garantizar de forma equitativa su pago.

Depositarios a título personal: Tienen responsabilidad civil y penal, la responsabilidad es pecuniaria principalmente. En Penal (delito del indiciado). Ej. Bancos en garantías. Con grúas se pone como depositario al Director de la empresa. Se debe ver como se sustituyen las garantías en las salidas y reemplazos.

3-F) RESPONSABILIDAD CORPORATIVA.

Las organizaciones tienen un compromiso con el medio ambiente que les rodea, son buenos "ciudadanos" y quieren ayudar cuando hay crisis. La ayuda que prestan es social por el bienestar de las personas que trabajan en ella (Ej. Escuelas, guarderías otorgando donativos, etc.). Son actividades buenas porque pueden hacer algo bueno junto con la sociedad. Las sociedades tienen o quieren establecer un compromiso. Hay responsabilidad corporativa concreta:

Societaria (por ley)

Social

Ambiental

Altruista

Ética

Ej. Tylenol al cambiar todo un lote de medicinas y cambiar su envasado.

Responsabilidad Gerencial: Se determina quién tiene responsabilidades, hay que ver hasta donde responde la sociedad y hasta dónde empieza la responsabilidad en ,o individual. Normalmente la sociedad da la cara.

Empowerment: Al empleado se le dan incentivos para llegar a sus objetivos. Se debe saber hasta dónde sí. Que el empleado tenga iniciativa.

Responsabilidad Individual: Tesorero, gerente. Ver dónde está su actuación y hasta dónde está limitada (recordar poderes), autorización y opiniones. Puede haber responsabilidad económica, patrimonial, de imagen, electoral, etc.

Órganos de Vigilancia.

No se debe caer en controlitis o exceso de controles.(Auditoria Legal Interna).

}

Contable

En las sociedades mercantiles se crean comités de Auditoria Tecnológica

Legal

Se crean departamentos como el de:

- a) Contraloría que vigila que las áreas realicen sus funciones (cómo compras, cómo operas, cómo gastas en relación al patrimonio).
- b) Oficialías Mayores: Ven la parte administrativa del ejercicio presupuestal.

Si no hay un órgano específico al menos debe haber alguien que realice dicha función.

DERECHO URBANÍSTICO Y ASENTAMIENTOS HUMANOS EN MEXICO.

*Pablo Aguilar González.

1. INTRODUCCION, 2 LA LEY GENERAL DE ASENTAMIENTOS HUMANOS.

1. INTRODUCCION

En el presente trabajo se consigna la visión general de la regulación urbanística en México, especialmente a partir de las reformas constitucionales del año 1976, la expedición de la Primera Ley General de Asentamientos Humanos, y el detalle de contenido de la Ley General vigente a partir del año 1993. Por otra parte siguiendo la estructura que señala el artículo 133 constitucional y la pirámide de Kelsen se hace una exposición del marco jurídico urbano desde el nivel constitucional hasta la última escala dentro de dicha pirámide, incluyendo un anexo especial que contiene una descripción textual de las disposiciones jurídicas constitucionales e internacionales relacionadas con el derecho urbanístico, el desarrollo urbano y asentamientos humanos que incluye las Conferencias Internacionales de la Organización de las Naciones Unidas en materia urbana y ambiental.

2, LA LEY GENERAL DE ASENTAMIENTOS HUMANOS.

El 6 de febrero de 1976 se publica en el Diario Oficial de la Federación el Decreto de Reformas y Adiciones a los artículos 27, 73 y 115 de la Constitución General de la República.

En el párrafo tercero del artículo 27 constitucional, se consignó la facultad que tiene la Nación para dictar las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población, constituyéndose así las modalidades o limitaciones urbanísticas a la propiedad.

En la fracción XXIX-C del artículo 73 constitucional se estableció la facultad del Congreso Federal para expedir las leyes que establezcan la CONCURRENCIA del Gobierno Federal, de los Estados y de los Municipios, para cumplir con los fines del párrafo tercero del artículo 27 constitucional.

* Presidente del Colegio Nacional de Jurisprudencia Urbanística A. C.

En el artículo 115 de la Constitución se estableció que los Estados y Municipios, en el ámbito de sus competencias expedieran las leyes y reglamentos y disposiciones administrativas en lo que se refiere a centros urbanos para cumplir los fines previstos en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional y que cuando dos o más centros urbanos situados en territorios de dos o más entidades federativas formaran o tendieran a formar una continuidad geográfica, la federación, las entidades federativas y los municipios respectivos, planificarían y regularían de manera conjunta y coordinada el desarrollo de dichos centros.

Previamente a la Conferencia de la ONU "Hábitat I" se publica en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1976, la Ley General de Asentamientos Humanos.

La abrogada Ley General de Asentamientos Humanos de 1976, fue un ordenamiento jurídico de vanguardia en su época, que fomentó el proceso de regulación de los asentamientos humanos en todo el país, ya que a partir de su entrada en vigor, las entidades federativas expedieron sus respectivas leyes, reglamentos, planes o programas y otras disposiciones jurídicas en materia de desarrollo urbano; se establecieron instancias federales, estatales y municipales dedicadas a la planeación y administración urbanas, y se capacitaron cuadros de profesionales en la materia.

Las condiciones sociales y económicas de la Nación, así como la nueva realidad y tendencia de los asentamientos humanos en el país y del desarrollo urbano de los centros de población, principalmente tratándose de las ciudades medias, hicieron necesario adecuar la política del Estado Mexicano en esta materia y replantear instrumentos que permitieran resolver la problemática urbana.

A finales de 1992, la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión por conducto de la Comisión de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, conjuntamente con el Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Desarrollo Social, convocaron a una amplia consulta en toda la República para la adecuación de la legislación de asentamientos humanos.

En dicha consulta participaron investigadores, académicos, profesionistas, técnicos, representantes de organizaciones populares y de organismos no gubernamentales, así como servidores públicos de los tres órdenes de gobierno, que tienen bajo su responsabilidad la aplicación de la legislación urbana.

Como resultado de esta consulta, diputados de las distintas fracciones parlamentarias de la H. Cámara de Diputados presentaron a la consideración del Pleno, una iniciativa de nueva Ley General de Asentamientos Humanos, que fue aprobada por unanimidad en ambas cámaras del Congreso de la Unión, con lo que México al igual que en la Conferencia de Vancouver en 1976, se adelantó a los otros países del mundo, ya que acudió a la Conferencia Internacional Hábitat II, efectuada en Estambul en 1996, con una nueva legislación urbana actualizada.

La nueva Ley General de Asentamientos Humanos fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de julio de 1993 y se encuentra conformada por 60 artículos distribuidos en 9 capítulos denominados: "Disposiciones Generales; De la Concurrencia y Coordinación de Autoridades; De la Planeación del Ordenamiento Territorial de los Asentamientos Humanos y del Desarrollo Urbano de los Centros de Población; De las Conurbaciones; De las Regulaciones a la Propiedad en los Centros de Población; De las Reservas Territoriales; De la Participación Social; Del Fomento al Desarrollo Urbano y Del Control del Desarrollo Urbano".

La nueva Ley General de Asentamientos Humanos tiene por objeto establecer la concurrencia de la Federación, de las entidades federativas y de los municipios, para la ordenación y regulación de los asentamientos humanos en el territorio nacional; fijar las normas básicas para planear y regular el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; definir los principios para determinar las provisiones, reservas, usos y destinos de áreas y predios que regulen la propiedad en los centros de población, y determinar las bases para la participación social en la materia.

Las principales aportaciones de la nueva Ley General de Asentamientos Humanos de 1993 ⁸, son las siguientes:

- Actualiza la concurrencia de los tres niveles de gobierno, asignando mayores atribuciones al municipio.
- La competencia municipal es ejercida principalmente por los ayuntamientos en cabildo.
- Integra la participación social a la formulación, modificación, ejecución, evaluación y vigilancia de los programas de desarrollo urbano.
- Establece la congruencia entre la legislación urbana y ecológica con la política de desarrollo social.
- Contiene un nuevo planteamiento del sistema de planeación del desarrollo urbano, facilita su elaboración y establece mecanismos que permiten su cumplimiento.
- Hace transparente y participativo el proceso de planeación del desarrollo urbano.
- Sustituye a las declaratorias como instrumentos de regulación de la utilización del suelo urbano, por la zonificación contenida en los programas de desarrollo urbano.
- Simplifica el tratamiento de las conurbaciones.
- Se ajusta al nuevo artículo 27 constitucional y a la Ley Agraria en lo relativo al aprovechamiento de terrenos ejidales y comunales para el desarrollo urbano y la vivienda.

⁸ Ley General de Asentamientos Humanos correlacionada. Pablo Aguilar González. Primera edición. Colegio Nacional de Jurisprudencia Urbanística A.C.

- Prevé la participación directa de ejidatarios y comuneros, en asociación con los sectores público y privado, para el manejo de reservas territoriales.
- Integra la participación de la sociedad en la operación, ejecución y financiamiento del desarrollo urbano.
- Fomenta la concesión de los servicios urbanos y la inversión social y privada en infraestructura y equipamiento.
- Establece mecanismos para ofertar reservas territoriales y abatir la ocupación irregular de terrenos urbanos.
- Vincula la planeación del desarrollo urbano con la protección al ambiente, la preservación de los recursos naturales, la protección del patrimonio cultural y el patrón de desarrollo rural.
- Determina que los programas municipales, de centros de población y sus derivados, establecerán la zonificación, que contendrá los usos y destinos del suelo urbano;
- Establece que la fundación de centros de población debe realizarse en tierras aptas para el aprovechamiento urbano, evaluando su impacto ambiental y preservando las áreas naturales protegidas, así como los valores, usos y costumbres de las comunidades rurales e indígenas.
- Condiciona a la autorización municipal la constitución, ampliación y delimitación de las zonas de urbanización ejidal y su reserva de crecimiento, así como la regularización de predios en asentamientos humanos irregulares, al interior de ejidos y comunidades.
- Prevé la asociación o cualquier otra forma de participación que determinen los núcleos agrarios, a efecto de aprovechar terrenos ejidales y comunales para el desarrollo urbano y la vivienda.

- Señala las normas a que deberá sujetarse la regularización de la tenencia de la tierra.

- Regula el derecho de preferencia que tienen los municipios y las entidades federativas para adquirir los predios de las zonas de reserva cuando éstos vayan a ser objeto de enajenación a título oneroso.

- Prevé la instrumentación coordinada por parte de los tres órdenes de gobierno de programas de desarrollo social, para que los ejidatarios o comuneros, cuyas tierras sean incorporadas al desarrollo urbano y la vivienda, se integren a las actividades urbanas productivas.

- Señala que el aprovechamiento de áreas y predios ejidales o comunales comprendidos dentro de los límites de los centros de población o que formen parte de las zonas de urbanización ejidal y de las tierras del asentamiento humano en ejidos y comunidades, se sujetará a lo dispuesto en dicha Ley, en la Ley Agraria, en la legislación estatal de desarrollo urbano, en los planes o programas de desarrollo urbano aplicables, así como en las reservas, usos y destinos de áreas y predios.

El Capítulo Primero "Disposiciones Generales", determina el objeto de la Ley; define los conceptos básicos que se utilizan en su contenido; establece las políticas y lineamientos que orientarán el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y el desarrollo urbano de los centros de población; al cumplimiento de los objetivos de mejoramiento de la calidad de vida de la población, vinculándolo al desarrollo social, al desarrollo regional sustentable, al equilibrio ecológico y la protección al ambiente y a la preservación del patrimonio cultural, entre otros aspectos.

En este capítulo se determinan las causas de utilidad pública que serán base y fundamento en su caso, de procedimientos expropiatorios.

En el Capítulo Segundo, se recoge el principio plasmado en los artículos 73 fracción XXIX-C y 115 de la Constitución General de la República, estableciendo la concurrencia de la Federación, las entidades federativas y los municipios, a efecto de lograr la congruencia de las acciones de planeación y regulación de los asentamientos humanos y del desarrollo urbano de los centros de población.

Asimismo, instituye la coordinación de acciones e inversiones entre los tres órdenes de gobierno, así como la concertación con los sectores social y privado, como uno de los principales mecanismos para lograr los objetivos del desarrollo urbano;

La Ley otorga a la Federación atribuciones para formular, ejecutar y evaluar el Programa Nacional de Desarrollo Urbano; proyectar y coordinar la planeación del desarrollo regional con la participación de los gobiernos estatales y municipales, así como prever a nivel nacional las necesidades de reservas territoriales para el desarrollo urbano; promover y apoyar mecanismos de financiamiento para el desarrollo regional y urbano; promover la construcción de obras de infraestructura y equipamiento para el desarrollo regional y urbano; formular recomendaciones para el cumplimiento de la política nacional y de los convenios y acuerdos que suscriba el Ejecutivo Federal con los sectores público, social y privado en la materia y determinar en su caso, las medidas correctivas procedentes, garantizando así que los recursos federales sean utilizados conforme a la política regional y urbana y a la legislación aplicable.

Asimismo, el nuevo ordenamiento le asigna a la Federación atribuciones para participar en la ordenación y regulación de zonas conurbadas interestatales; asesorar a los estados y municipios que lo soliciten en la formulación y ejecución de sus programas de desarrollo urbano y en la capacitación técnica de su personal; proponer la fundación de centros de población, y promover, apoyar y realizar investigaciones científicas y tecnológicas en la materia.

Las atribuciones que le corresponden a la Federación, son ejercidas de conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, por la Secretaría de Desarrollo Social a través de la Subsecretaría de Desarrollo Urbano y Ordenación del Territorio y la Comisión Nacional de Fomento a la Vivienda, en coordinación en materia de ecología con la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales; así como en cuanto a reservas territoriales, con la Secretaría de la Reforma Agraria.

De acuerdo a la nueva Ley, a las entidades federativas les corresponde legislar en materia de ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y de desarrollo urbano de los centros de población; formular, aprobar, administrar, evaluar y vigilar el cumplimiento del Programa Estatal de Desarrollo Urbano; promover la participación social en el desarrollo urbano; así como participar en la planeación y regulación de las conurbaciones intra e interestatales.

Además, las entidades federativas tienen atribuciones para convenir con los sectores social y privado la realización de acciones e inversiones para el desarrollo regional y urbano; participar en la constitución y administración de reservas territoriales, la regularización de la tenencia de la

tierra urbana, la dotación de infraestructura, equipamiento y servicios urbanos, así como en la protección del patrimonio cultural y el equilibrio ecológico de los centros de población.

Las entidades federativas podrán conforme a este nuevo ordenamiento, apoyar a los municipios que lo soliciten en la administración del desarrollo urbano; coadyuvar con la Federación en el cumplimiento del Programa Nacional de Desarrollo Urbano, así como imponer medidas de seguridad y sanciones administrativas.

La Ley General de Asentamientos Humanos vigente recoge los principios del artículo 115 constitucional, fortaleciendo la autoridad municipal en materia urbana, otorgándole atribuciones para formular, aprobar, administrar y vigilar el cumplimiento de los programas de desarrollo urbano, de centros de población y sus derivados; regular, controlar y vigilar las reservas, usos y destinos de áreas y predios en los centros de población; administrar la zonificación prevista en sus planes o programas de desarrollo urbano, así como para promover y realizar acciones e inversiones para la conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población.

Este nuevo ordenamiento faculta también a los municipios para proponer la fundación de centros de población; participar en la planeación y regulación de las conurbaciones intra e interestatales según corresponda, así como prestar los servicios públicos municipales conforme a la Constitución General de la República y a la legislación aplicable.

De igual forma, a los municipios se les faculta para coordinarse y asociarse con la entidad federativa respectiva, con otros municipios o con los particulares, para la prestación de servicios públicos municipales; expedir autorizaciones, licencias o permisos de uso de suelo, construcciones, fraccionamientos, subdivisiones, fusiones, relotificaciones y condominios, así como intervenir en la regularización de la tenencia de la tierra urbana e informar y difundir de manera permanente los programas de desarrollo urbano, entre otros.

En el Capítulo Tercero de la nueva Ley, se establece la vinculación entre la planeación urbana y el sistema nacional de planeación democrática, como una política sectorial; incorpora los programas de desarrollo urbano de centros de población al sistema básico de planeación del desarrollo urbano, y señala mecanismos que puedan ser convenidos en la planeación regional para el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos ubicados en dos o más entidades, ya sean zonas metropolitanas o sistemas de población.

Asimismo, establece un procedimiento de consulta pública para la aprobación y modificación de programas de desarrollo urbano estatales y municipales, y vincula la planeación urbana a la

legislación ambiental, a las normas oficiales mexicanas ecológicas y a las autorizaciones de impacto ambiental.

En el Capítulo Cuarto "De las conurbaciones", se sustituye el decreto presidencial para declarar zonas conurbadas interestatales previsto en la Ley abrogada, por un convenio en el que participan la Federación, las entidades federativas y los municipios respectivos.

En este contexto, la Ley en vigor limita las funciones de las comisiones de conurbación a constituirse en mecanismos de coordinación institucionales y de concertación de acciones e inversiones en problemas comunes al área conurbada.

Merece especial énfasis, la incorporación que hace el ordenamiento, respecto de la necesidad de atender y resolver de manera conjunta los problemas y necesidades comunes a centros de población fronterizos con relación a localidades de otros países, sujetándolos a los instrumentos de convención internacional.

Conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional, en el Capítulo Quinto de la Ley, se establecen los principios básicos para la determinación de provisiones, reservas, usos y destinos de áreas y predios, a efecto de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; acciones de particular importancia, ya que a través de ellas se establecen limitaciones a la propiedad, independientemente de su régimen jurídico.

Asimismo, determina que los programas municipales, de centros de población y sus derivados establecerán la zonificación, que contendrá los usos y destinos del uso del suelo urbano; y establece que la fundación de centros de población debe realizarse en tierras aptas para el aprovechamiento urbano, evaluando su impacto ambiental y preservando las áreas naturales protegidas, así como los valores, usos y costumbres de las comunidades rurales e indígenas.

De igual forma, se determina como requisito la autorización municipal para constituir, ampliar y delimitar las zonas de urbanización ejidal y su reserva de crecimiento, así como para regularizar predios en asentamientos humanos irregulares, al interior de ejidos y comunidades.

En el Capítulo Sexto, se prevé la asociación o cualquier otra forma de participación que determinen los núcleos agrarios, a efecto de aprovechar terrenos ejidales y comunales para el desarrollo urbano y la vivienda.

En este capítulo se señalan las normas a que deberá sujetarse la regularización de la tenencia de la tierra; se regula el derecho de preferencia que tienen los municipios y las entidades federativas para adquirir los predios de las zonas de reserva cuando éstos vayan a ser objeto de enajenación a título oneroso, y se prevé la instrumentación coordinada por parte de los tres órdenes de gobierno de programas de desarrollo social, para que los ejidatarios o comuneros, cuyas tierras sean incorporadas al desarrollo urbano y la vivienda, se integren a las actividades urbanas productivas.

En el Capítulo Séptimo se establece que la Federación, las entidades federativas y los municipios promoverán acciones concertadas entre los sectores público, social y privado, que propicien la participación social en las acciones de desarrollo urbano, así como la promoción de la constitución de agrupaciones comunitarias que participen en el desarrollo urbano, bajo cualquier forma de organización jurídica.

En el Capítulo Octavo se fijan las bases para la coordinación y concertación de acciones e inversiones mediante instrumentos y mecanismos administrativos y financieros, que induzcan el desarrollo regional y urbano, especialmente para la dotación de la infraestructura, equipamiento y servicios urbanos, así como la simplificación de trámites administrativos; el fortalecimiento de las administraciones públicas, estatales y municipales; la modernización de sistemas catastrales y registrales y la protección del patrimonio cultural de los centros de población.

Además de lo anterior, las Secretarías de Desarrollo Social y la de Hacienda y Crédito Público se coordinarán para que las instituciones nacionales de crédito no autoricen operaciones financieras contrarias a la legislación y planeación urbana; así como para verificar que las acciones e inversiones federales se ajusten a los planes o programas de desarrollo urbano.

Finalmente, en el Capítulo Noveno, la Ley faculta a los residentes de un área para exigir la aplicación de medidas de seguridad y sanciones, cuando se realicen construcciones, fraccionamientos, condominios, cambios de uso de suelo y otros aprovechamientos de inmuebles que contravengan la legislación y planeación del desarrollo urbano.

Asimismo, sujeta la autorización de escrituras, actos, convenios y contratos por parte de los notarios y otros fedatarios públicos, a la comprobación de la existencia de constancias, autorizaciones, permisos o licencias para la utilización o disposición de áreas y predios; las dependencias y entidades federales deben sujetar la ejecución de sus programas de inversión y de obra a la planeación urbana.

ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DERECHO URBANÍSTICO MEXICANO Y DE LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS.

La regulación del derecho urbanístico mexicano puede ser agrupada en los siguientes bloques:

I.- Marco Constitucional.

II.- Derecho Federal.

III.- Derecho Estatal.

IV.- Derecho Municipal.

V.- Contratos y actos jurídicos de derecho privado.

A continuación y con fines enunciativos se precisan los contenidos de cada bloque normativo del derecho urbanístico mexicano:

I.- Marco Constitucional:

a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

b) Tratados Internacionales.

II.- Derecho Federal:

a) Leyes Reglamentarias de preceptos constitucionales.

b) Leyes Federales.

c) Planes y Programas provenientes del Poder Ejecutivo Federal.

d) Resoluciones del Poder Judicial de la Federación: Sentencias y Jurisprudencia.

III.- Derecho Estatal:

a) Constituciones de los Estados.

- b) Leyes expedidas por el Congreso del Estado.
- c) Planes y Programas expedidos por el Poder Ejecutivo del Estado.
- e) Resoluciones del Poder Judicial de los Estados.

IV.- Derecho Municipal:

Reglamentos.

Disposiciones administrativas de observancia general.

Acuerdos de Cabildo.

Planes de Desarrollo.

Programas de Desarrollo Urbano Sustentable y Ordenamiento Territorial.

Licencias, autorizaciones, permisos, concesiones, actos jurídicos administrativos.

V.- Contratos y actos jurídicos de derecho privado.

A continuación precisamos a detalle cada contenido normativo del derecho de los asentamientos humanos desde el nivel constitucional, federal, estatal y municipal en México:

I.- Marco Constitucional del Derecho Urbanístico.

a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículos 4, 5, 8, 14, 16, 27, 73, 115, 116, 133.

b) Ámbito Internacional.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano.

Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural. UNESCO.

“Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos – Vancouver- (Hábitat I).

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en Río de Janeiro, Brasil. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático

Convenio Sobre Diversidad Biológica.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo, el Cairo Egipto.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Social.

Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos Estambul-Turquía (Hábitat II).

Acuerdo de Cooperación en materia de Medio Ambiente. TLCAN.

II.- Derecho Federal:

a) Leyes Reglamentarias de preceptos constitucionales y Leyes Federales, así como sus reglamentos.

Ley Agraria.

Ley Reglamentaria del art. 27 constitucional en el ramo del Petróleo.

Ley de Planeación.

Ley de Vías Generales de Comunicación.

Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal.

Ley Federal de Telecomunicaciones.

Ley Reglamentaria del art. 27 Constitucional del Servicio Público de Energía Eléctrica.

Ley de Aguas Nacionales.

Ley General de Población.

Ley General de Desarrollo Social.

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas.

Código Civil Federal.

Ley General de Asentamientos Humanos.

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

Ley de Vivienda.

Ley Federal de Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley de Protección Civil.

c) Planes y Programas provenientes del Poder Ejecutivo Federal.

Plan Nacional de Desarrollo.

Programas Nacionales por sectores:

Desarrollo Urbano y Ordenación del Territorio.

Comunicaciones y Transportes.

Medio Ambiente y Recursos Naturales.

Hidráulico.

Forestal.

Agrario.

Protección civil.

Etc.

d) Resoluciones del Poder Judicial de la Federación: Sentencias de amparo y juicios federales.

Resoluciones de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

Jurisprudencia.

Resoluciones del Poder Judicial de cada Estado relacionadas con urbanismo.

III.- Derecho Estatal.

Constitución Política de cada Estado.

Ley de Planeación para el Desarrollo de cada Estado.

Ley de Desarrollo Urbano Sustentable de cada Estado.

Ley de Protección al Ambiente Natural, Ecología por cada Entidad Federativa.

Ley de Fraccionamientos, Propiedad en Condominio y Acciones Urbanísticas por Entidad Federativa.

Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado.

Código Civil y de Procedimientos Civiles para el Estado.

Ley de Expropiación.

IV.- Derecho Municipal.

Reglamentos, Acuerdos de Cabildo, Disposiciones Administrativas de Observancia General, Circulares. Licencias, autorizaciones y permisos de uso del suelo, construcciones, anuncios, fraccionamientos, urbanizaciones, subdivisiones, fusiones, relotificaciones, protección civil, terminación de obra.

V.- Contratos y actos jurídicos de derecho privado.

DERECHO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA; ¿DERECHO PÚBLICO O PRIVADO?

Claudio Rodríguez-Galán⁹

1. INTRODUCCIÓN. 2 PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA ENERGÉTICA 3. ¿DERECHO PÚBLICO O PRIVADO?4. CONCLUSIONES

1.- INTRODUCCION

Frente a los novedosos esquemas de financiamiento para proyectos de infraestructura energética en lo general y eléctrica en lo particular, y las tendencias dictadas por los organismos internacionales y las necesidades del sector en nuestro país y en el mundo, es cada vez más común presenciar esquemas donde la participación privada tenga una injerencia más directa e importante en proyectos que, anteriormente, competían de forma exclusiva a los Estados.

Así, surgen los esquemas genéricos PPP's ("*Public Private Partnerships*") o APP's (Asociaciones Públicas Privadas) por virtud de los cuales se pueden crear un sinnúmero de instrumentos legales y financieros particulares, que permitan establecer sinergias entre el sector público y privado para la consecución de un fin común que, de otra manera, no hubiera podido concretarse o, en el mejor de los casos, hubiera podido concretar pero en condiciones menos favorables para las partes involucradas.

⁹ Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana. Maestro en Derecho de los Negocios Internacionales por la University of Exeter (Inglaterra). Doctorando en Derecho por la Universidad Panamericana. Catedrático en Derecho de la Universidad La Salle y de la Universidad Iberoamericana. Miembro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, de la International Bar Association y de la British Chevening Scholars Association. Abogado en energía e infraestructura.

Ejemplo de dichos esquemas lo constituyen, en el caso de nuestro país, los proyectos PIDIREGAS¹⁰, a través de los cuales, la financiación de las etapas de construcción y operación inicial de proyectos eléctricos, entre otros, son fondeados por instituciones financieras internacionales hasta en tanto el proyecto logre su fecha de operación comercial, demuestre su capacidad y produzca o preste el servicio para el cual fue contratado por la paraestatal involucrada.

Es justamente de la nomenclatura de dichos esquemas de financiamiento que pudiera surgir la duda respecto a su naturaleza jurídica administrativa, motivo por el cual, consideramos es necesario aclarar en el presente ensayo.

Más aún, si bien los proyectos son fondeados por recursos privados, es claro que siendo el sector eléctrico un área regulada por el Estado por su cada día mas aparente natural escasez, su creciente demanda o dificultad de generación,¹¹ ello nos conlleva a señalar que, si bien las sociedades privadas involucradas no pueden juzgar como suyos los bienes públicos, y solo éstos, no los privados, el objeto de la rama administrativa-, por un lado, pero que la infraestructura eléctrica conlleva en fin último la relación con el Estado, por el otro lado, todo ello no debe implicar en estos esquemas PPP's, que ambas partes se encuentran confundidos, porque aquéllos no se hallan comprendidas en éstos.

¹⁰ La palabra "Pidiregas" es una abreviación de "*Proyectos de Impacto Diferido en el Registro del Gasto*", término acuñado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) a partir de 1996, para designar a las inversiones en proyectos de infraestructura productiva de largo plazo prioritarios para México, así como a los pasivos correspondientes. -Como lo explica Victor Manuel García de la Vega-, en diciembre de 1995, el Congreso de la Unión reformó la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, así como la Ley General de Deuda Pública en sus artículos 30 y 18, respectivamente. Estas reformas dieron lugar a los proyectos Pidiregas. Es importante mencionar que las inversiones Pidiregas solamente son llevadas a cabo por Petróleos Mexicanos (Pemex) y por la Comisión Federal de Electricidad (CFE). Bajo el esquema Pidiregas de financiamiento, la ejecución de las obras se encarga a empresas privadas, generalmente internacionales, previa licitación pública. Tales empresas llevan a cabo las inversiones respectivas, por cuenta y orden de Pemex y CFE, y obtienen financiamiento con el cual cubren el costo de los proyectos durante el período de construcción. A la entrega de la obra (ya operando), tanto Pemex como CFE liquidan el costo de la misma a la entidad privada, haciendo uso de su presupuesto Pidiregas. Dicho presupuesto no consiste en recursos financieros que el Congreso haya otorgado físicamente (a través de la SHCP) a Pemex y CFE, sino simplemente es una autorización que el Congreso dio a estas dos entidades paraestatales para obtener los recursos mediante créditos nacionales (sólo Pemex) e internacionales (Pemex y CFE). La clave de los proyectos Pidiregas es que el flujo de efectivo generado por tales proyectos debe ser al menos suficiente para cubrir las amortizaciones de capital y el pago de intereses (en la jerga hacendaria, los gastos financieros se conocen como gastos no programables) que generen estos créditos, así como los gastos de operación y mantenimiento (gastos programables) que dichos proyectos generen durante su vida útil. Para los concededores de estructuras financieras, los proyectos Pidiregas siguen el mismo principio que el mecanismo de project finance, financiamiento de proyectos que se pagan solos. (*vide* GARCIA DE LA VEGA, Victor Manuel, *Pidiregas; Situación Actual y Perspectivas*, Revista Energía en Debate, México, D.F., octubre 2005)

¹¹ TOMAIN, Joseph, *Energy Law*, Ed. West, Minneapolis, 2002, p. 65

Así, debemos por empezar a distinguir la naturaleza de los bienes involucrados a efecto de determinar si dichos esquemas afectan bienes públicos. Empezaremos por señalar que el conjunto de bienes materiales que de modo directo o indirecto sirven al Estado para realizar sus atribuciones, constituye el dominio o patrimonio del propio Estado, dividiéndose este a su vez en bienes de dominio público de la Federación y bienes de dominio privado de la Federación.¹²

Para efectos del presente estudio – Gabino Fraga-, nos indica que dentro de los primeros se incluyen a los inmuebles destinados por la Federación a un servicio público, motivo por el cual es menester identificar la naturaleza del servicio público bajo el Derecho Administrativo mexicano. Así, -es el mismo Gabino Fraga- quien nos señala que “*lo que distingue al servicio público es que la satisfacción del interés general constituye el fin exclusivo de su creación*”.¹³ Así, en base al principio doctrinal arriba señalado, la construcción de infraestructura eléctrica en nuestro país pudiera considerarse un servicio público.

Finalmente, para responder a esta pregunta entonces, tenemos que analizar a continuación la naturaleza de los esquemas PPP's y cual es el espacio de clasificación que el sistema jurídico les debe otorgar o les ha otorgado.

2. PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA ENERGÉTICA

Un estudio de la calificadora internacional Fitch Ratings¹⁴, señala que los gobiernos locales, en asociación con bancos de desarrollo y agencias de ayuda internacional, han descubierto lentamente que, al conjuntar los riesgos de crédito (“*credit risks*”) del proyecto a través de la banca de infraestructura y al añadir capas de capacidad crediticia (pagos iniciales o deuda del proyecto a cargo de usuarios mediante cuotas o impuestos, seguidos por la habilidad de

¹² FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, México, D.F. 1999, p. 342.

¹³ LAUBADÉRE, *Droit Administratif*, 4ª Edición, pag. 538. *fide* FRAGA, *op.cit.*, 243.

¹⁴ Fitch Ratings, Special Report, *Public-Private Partnerships; the Next Generation of Infrastructure Finance*, 2004. p. 2, disponible en línea en www.fitchratings.com

interceptar apoyo gubernamental, fondos de reserva y garantías parciales de riesgo de crédito de fuentes externas), es posible el captar capital privado para proyectos energéticos.

Así, las proporcionar esquemas de crecimiento a su rol respecto a su capital, la coalición público – privado es capaz de obtener fondos de forma más ágil, mientras que los inversionistas privados se beneficiarían de una diversificación gradual de sus portafolios de inversión.

En esta nueva generación de PPP's, el rol del sector privado se enfoca a los ingenieros financieros que trabajan en conjunción con las autoridades gubernamentales, así como con bancos multilaterales y de desarrollo para crear vehículos de inversión que se vuelvan atractivos para el capital privado. En efecto, para la canalización de la inversión, existen un sinnúmero de figuras contractuales que pueden y son usadas por la comunidad financiera a efecto de establecer y estructurar sus vínculos con otras firmas, sea esto a nivel nacional o transnacional.

Es claro que, en la actualidad, el mercado mundial energético convierte el esquema de cooperación internacional en un elemento esencial en la búsqueda de estructuras que permitan cumplir con las necesidades que impone el sector. Por ello, toda compañía incorporada a un mercado mundial, necesariamente tendrá que afrontar de manera permanente el problema del crecimiento y necesidades de infraestructura, para lo cual, requerirá de fomentar su presencia doméstica e internacional.

No obstante su creciente importancia, las nueva generación de PPP's parecieran ser un tema reservado a las grandes transnacionales y esto no puede estar mas lejos de la realidad. Así, la instrumentación de los negocios energéticos, si bien complejos por la multitud de aspectos que se tienen que cuidar, son más claros de lo que se cree y por supuesto, más flexibles de lo que pretenden las legislaciones proteccionistas y nacionalistas.

Para ello, primero se tiene que entender la atmósfera administrativa, burocrática, económica y de aspectos públicos que giran en torno a los PPP's. En consecuencia, si existen restricciones a la inversión, control de cambios, inestabilidad fiscal, judicial, política o económica, o inclusive, si existen sentimientos nacionalistas o regionalistas en el área geográfica donde se instrumentará un negocio transnacional, los recursos que requiere la infraestructura pudieran verse entorpecidos, por lo cual, dichos factores tendrán que ser valorados, primero, y mitigados después ("*risk mitigation*").

Entre los factores que sirven para apoyar una decisión de tal o cual mecanismo de contratación, participación, asociación o inversión, se cuentan la importancia relativa de dirección administrativa, costo de mano de obra, facilidad y disponibilidad de los canales de distribución y sobre todo, de la trascendencia del ahorro de tiempo para penetrar en un mercado extranjero o de adelantarse a otras empresas e implementar innovaciones técnicas¹⁵

Otra elección racional, “se refiere en parte de las capacidades y necesidades de la corporación transnacional; cuando tales empresas consideran que sus propias capacidades de organización son limitadas y que la rapidez es importante.”¹⁶ Es justamente este escenario el que impera en el sector energético en nuestro país, ya que es claro que las propias capacidades de las paraestatales a cargo han sido ya rebasadas por sus propias necesidades, por lo que esta consideración de servicio público, debería ser un elemento de decisión adicional a ser tomado en cuenta por la entidad en estudio para admitir nuevos mecanismos de contratación, participación, asociación o inversión.

Por otro lado, la globalización de las estructuras de negocios energéticos y los cambios en las conductas competitivas han creado la necesidad de nuevos acercamientos y estrategias para la mayoría de las empresas multinacionales del sector.

De hecho, al desencadenar un veloz y completo proceso de reingeniería operativa, logística, técnica y accionaria, las nuevas estrategias de racionalización organizativa, decisoria y productiva han llevado a las empresas energéticas a promover con amplitud transnacional un sinnúmero de asociaciones de unidades productivas hasta entonces autónomas, por medio de un ambicioso proceso de incorporaciones, fusiones, adquisiciones, transferencias de activos, formación de “*joint ventures*”, creación de “*holdings*” y constitución de grupos de sociedades, las cuáles fueron especialmente diseñadas para asegurar y maximizar la sinergia financiera, patrimonial, económica, tecnológica, industrial y comercial.¹⁷

¹⁵ ROBINSON, Richard D., *International Management*, Ed. MIT Press, Cambridge, 1966., p. 71

¹⁶ BOLAÑOS LINARES, Rigel, *Inversión Extranjera*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002, p. 113

¹⁷ FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la Economía Globalizada*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 57-58. Así las cosas, las formas que puede adoptar una empresa tiende a reflejar la estrategia de mercado tomadas para ello de acuerdo con la tesis de “*estrategia y estructura*” de Alfred Chandler (Cfr con CHANDLER, A.D., *Strategy and Structure: Chapters in the History of the American Industrial Enterprise*, Ed. MIT Press, Massachusetts, 1962. También, para un análisis de los procesos de toma de decisión respecto del tipo de estructura a utilizar para canalizar la inversión de las empresas multinacionales se sugiere CHANNON, D. & JALLAND, M., *Multinational Strategic Planning*, Ed. MacMillan Press, Nueva York, 1978; ROBOCK, S. & SIMMONS, K., *International Business and Multinational Enterprises*, Ed. Irwin, 1989; DUNNING, J.H.,

Todo esquema de participación pública o privada en el sector energético entonces, deberá considerar, como requisito “*sine qua non*” para su existencia y factibilidad, diversos factores legales, sociales y económicos, dentro de los cuales se destacan los siguientes:

- a. El grado de control ejercido¹⁸
- b. Grado de elasticidad de la organización pública
- c. Aspectos fiscales y efectividad de costos.
- d. Facilidad para contratar empréstitos y regulación financiera local
- e. Efectos de la reglamentación de controles de cambio
- f. Facilidad para proteger derechos de propiedad industrial de la entidad privada
- g. Restricciones locales sectoriales (energéticos)
- h. Facilidades para la liquidación y fusiones.
- i. Facilidades de repatriación de utilidades
- j. Ubicación de las personas autorizadas para la toma de decisiones
- k. Regulación relativa a gobierno corporativo
- l. Grado de riesgo a que se exponen los activos
- m. Grado de vulnerabilidad respecto de las leyes antimonopolios.
- n. Bases para determinar la nacionalidad y por consiguiente jurisdicción aplicable.

Como vemos de la lista arriba señalada, los factores de factibilidad de un proyecto PPP involucra tanto al sector público y privado pues, así como existen elementos que competen clara y únicamente a los tres poderes en sus tres niveles de gobierno, existen factores que se derivan de factores de mercado, mercantiles y económicos privados como pudiera ser la

Multinational Enterprises and the Global Economy, Ed. Addison Wesley, 1992; AUGUST, Ray, *International Business Law*, Ed. Prentice Hall, Nueva Jersey, 2000; PORTER, Michael, *Competition in Global Industries*, Ed. Harvard Business School Press, Boston, 1986)

¹⁸ El control puede ser definido como el conjunto de relaciones y dispositivos creados para cerciorarse de que los funcionarios autorizados son los que toman decisiones de índole estratégica (o relativas a la política de la empresa); y de que las decisiones de índole táctica (o de operación) se amoldan a las medidas estratégicas elegidas” (*fide* ROBINSON, Robert, *op.cit.*, p. 203) La cuestión de quién controla a una corporación y con que finalidad, es un punto importante para todas las naciones industrializadas, y los mecanismos en que puede ser contestada ha servido tradicionalmente para distinguir dos estilos muy distintos de capitalismo. “Uno es el estilo Anglo-Sajón de los Estados Unidos e Inglaterra que ven a la corporación como una institución del mercado, controlado por fuerzas del mercado externas y cuya principal obligación es frente a los “dueños” o accionistas. El otro es el estilo dominante en Alemania y Japón (“*keiretsu*”) y en la mayoría de los países Europeos continentales. A pesar de importantes variantes en el control y gobierno corporativo, este sistema en donde el sistema de capitalismo es ejercido por un control interno o directamente, por un grupo dominante de accionistas o accionista y las obligaciones de la corporación se deben frente a un grupo mucho mas grande que solamente los accionistas”. (*fide* WHITMAN, Marina, *op.cit.*, p. 101; *cfr* con MICKLETHWAIT, John & WOOLDRIDGE, Adrian, *The Company; A Short History of a Revolution*, Ed. Weidenfeld & Nicolson, Londres, 2003, p. 161 y ss)

regulación sobre gobierno corporativo (“*corporate governance*”), riesgo y exposición de los activos y competencia.

3. ¿DERECHO PÚBLICO O PRIVADO?

Recapitulando entonces. En los esquemas PPPs, la participación privada y pública forma un todo lo cual nos conllevó a analizar e identificar su naturaleza. Si tomamos en cuenta que; (i) el financiamiento se canaliza generalmente para la construcción de infraestructura que formará parte de bienes del dominio público de la nación, (ii) el sector energético, en adición, se encuentra restringido (salvo algunas excepciones que analizaremos mas adelante) a la inversión privada, pudiéramos considerar que dichas actividades forman parte en efecto, del sector público.

No obstante lo anterior, si consideramos que el financiamiento proviene de instituciones privadas y que, inclusive el proceso de construcción lo ejecutan entidades del sector privado bajo diversos mecanismos de contratación, pudiéramos señalar que el derecho de la infraestructura energética, conlleva necesariamente al derecho privado.

Pero, ¿tiene alguna utilidad ésta clasificación paralela a la meramente académica?. La práctica de esta disciplina nos dicta que si.

Veamos. Frente a la intrincada red de contratos, partes relacionadas, indirectas, subcontratistas, partes financieras, acreedores, deudores y el propio Estado, el Derecho de la infraestructura eléctrica requiere de una clara distinción dentro de dicha red entre lo que es público y lo que es privado a efecto de determinar, entre otros factores, las vías de solución de controversia y la legislación aplicable en supletoriedad. Pongamos el siguiente caso que, por obvias razones, se omiten las denominaciones verídicas:

- a. La “Comisión Federal de Electricidad” decide contratar un esquema de Productor Independiente de Energía al amparo de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y bajo el esquema de PIDIREGAS.
- b. Para ello emite unas bases de Licitación Pública Internacional al amparo de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y su Reglamento.

- c. Seguido el proceso, el contrato es adjudicado a “Energía Inglesa, S.A.” una entidad filial mexicana de un grupo empresarial británico con amplia experiencia en el sector de generación.
- d. Las bases exigen que el licitante ganador deberá de constituir una sociedad de objeto específico (“SOE”) quien será la administradora del contrato y responsable de toda su ejecución, incluyendo la construcción y operación del proyecto.
- e. Energía Inglesa, S.A. acude a esquemas de financiamientos de proyectos (“*Project Finance*”) para tener los fondos suficientes para cumplir con las bases de licitación y construir y operar la planta.
- f. En base a ello, Energía Inglesa, S.A., constituye a “Energía Inglesa del Pacífico, S.A.” quien será considerada la SOE. En base a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, se exige que sea Energía Inglesa del Pacífico, S.A., la que, como Productor Independiente de Energía, celebre el Contrato de Compromiso de Capacidad y Compraventa de Energía Eléctrica Asociada (comúnmente conocidos como PPA¹⁹) con la Comisión Federal de Electricidad.
- g. A su vez, Energía Inglesa del Pacífico, S.A. contrata a una empresa constructora mexicana para llevar a cabo la construcción del proyecto de infraestructura energética. La llamaremos “Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A.”. La modalidad de contratación entre ambas empresas se denomina EPC (siglas en inglés de Ingeniería, Aprovechamiento y Construcción o “*Engineering, Procurement and Construction*”) y que, en esencia, es un contrato de obra.
- h. En el proceso de ejecución del contrato Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A., contrata a un sub-contratista para ciertos hitos constructivos, a la cual denominaremos “Subcontratista del Norte, S.A.”
- i. Derivado de ciertas diferencias, Subcontratista del Norte, S.A. demanda ciertas prestaciones por la vía ordinaria mercantil a Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A., utilizando como argumentos de supletoriedad de la ley, a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, aduciendo que, toda vez que el origen de su contratación, según el actor, proviene de dichas disposiciones, pues las bases de licitación (público) solicitan que la SOE lleve a cabo la construcción y

¹⁹ Siglas en inglés de “*Power Purchase Agreement*” por virtud del cual la entidad privada produce energía eléctrica a través de un proyecto de infraestructura propio y vende su capacidad de generación y la energía eléctrica asociada a la empresa pública (“*utility*”) encargada de la distribución y comercialización de la electricidad.

operación del proyecto, entonces dichas legislaciones administrativas son aplicables al caso.

- j. Más aún, Subcontratista del Norte, S.A. alega que sus prestaciones deben valorarse bajo la óptica del principio de “orden público”, lo cual implica que no quedaba al arbitrio del demandado Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A., el determinar la procedencia o no de sus reclamos durante la fase de construcción, pues por encima de ellos y de la posición contractual de las partes, se encontraba un bien superior (disponibilidad y oportunidad de infraestructura energética nacional).

No obstante lo anterior, es claro que las conclusiones de Subcontratista del Norte, S.A., son erróneas y la demanda incoada tiene únicamente un carácter meramente privado-mercantil, no obstante que el origen de toda la “cadena de contrataciones”, tenga como origen a un proceso licitatorio de contratación pública. Así, es imprescindible determinar la naturaleza de este esquema de infraestructura, pues de ello depende, entre otros temas, la procedencia de la vía, las excepciones procesales y la procedencia de la supletoriedad de las leyes aplicables al caso.

Primero, es importante tener en cuenta el principio contractual “*res inter alios acta*” por virtud del cual las relaciones contractuales creadas entre dos partes, obligan y vinculan únicamente a esas partes y no a terceras ajenas a dicha relación. En consecuencia de dicho principio fundamental, es claro que el EPC entre Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A. y Subcontratista del Norte, S.A. (aún suponiendo que no exista cláusula de ley aplicable), es regida por el Código de Comercio por celebrarse entre dos comerciantes constituidos al amparo de la Ley General de Sociedades Mercantiles y por referirse a actos de comercio en términos de la fracción VI del artículo 75 del Código de Comercio. De forma supletoria, claro, aplicaría la legislación común.²⁰

A su vez, la relación jurídica creada entre Energía Inglesa del Pacífico, S.A. y Construcciones de Infraestructura Mexicana, S.A., (aún suponiendo también que no exista tampoco una cláusula de ley aplicable), es regulada también por el Código de Comercio y, en supletoriedad por la legislación común.

²⁰ Existe un caso internacional que contraría a esta posición, sin embargo, dicho caso involucraba una cláusula arbitral que expresamente señalaba que dicha cláusula arbitral no se encontraba limitada a las partes del contrato lo cual implica, naturalmente, una renuncia expresa a la aplicación del principio “*res inter alios acta*”. (Abbott Chemicals, Inc., v. ASEA AB, Civ. No. 86-1305 (RLA) (D.P.R. Feb 19, 1988, *fide* HOFFMAN, Scott, *The Law and Business of International Project Finance*, Ed. Kluwer Law International, Minneapolis, 2002, p. 640).

Por su parte, la relación entre Energía Inglesa del Pacífico, S.A. y la Comisión Federal de Electricidad se rige por la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, debiéndose señalar, y no obstante la naturaleza del servicio público ya analizada, que en el caso de estudio, dicha ley señala expresamente en su artículo tercero que no se considera servicio público a las actividades de los Productores Independientes de Energía y, por lo tanto, esta clara exclusión limita el hecho de que puedan interponerse argumentos de “orden público”, “interés público” o cualquier otro concepto administrativo análogo, que pudieran confundir al juzgador respecto de la naturaleza real de la litis.

Veamos;

“Artículo 3.- No se considera servicio público

I.- La generación de energía eléctrica para autoabastecimiento, cogeneración o pequeña producción;

II.- La generación de energía eléctrica que realicen los productores independientes para su venta a la Comisión Federal de Electricidad;

III.- La generación de energía eléctrica para su exportación, derivada de cogeneración, producción independiente y pequeña producción;

IV.- La importación de energía eléctrica por parte de personas físicas o morales, destinada exclusivamente al abastecimiento para usos propios; y;

V.- La generación de energía eléctrica destinada al uso en emergencias derivadas de interrupciones en el servicio público de energía eléctrica”.

Así entonces, bajo este ejemplo ilustrativo podemos señalar que si bien la naturaleza entre lo público y lo privado en el Derecho de la Infraestructura Energética se encuentran interrelacionados de forma por demás estrecha, es claro e identificable el punto donde empieza uno y termina el otro. Por ello, como señalamos, tal delimitación es importante en este caso, pues de ello depende el éxito que cada una de las partes en litigio busca.

Ello no debe confundirse, con los esquemas de contratación pública bajo los esquemas de Obra Pública Financiada a Precio Alzado los cuales, la relación entre lo público y lo privado es mas estrecha pues, a diferencia de los esquemas de contratación de PPA, la infraestructura construida por la entidad privada, sí que formará parte de los inmuebles de una paraestatal para la prestación de un servicio público o, dicho de otra forma, formará parte de los bienes de dominio público de la Federación. Ello en adición a que la fracción III del artículo cuarto de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica sí hace una distinción respecto a este tipo de contratación al señalar lo siguiente:

“Artículo 4.- Para los efectos de esta Ley, la prestación del servicio público de energía eléctrica comprende:

I.- La planeación del sistema eléctrico nacional;

II.- La generación, conducción, transformación y venta de energía eléctrica y;

III.- La realización de todas las obras, instalaciones y trabajos que requieran la planeación, ejecución, operación y mantenimiento del sistema eléctrico nacional”

De hecho, -como nos explica García de la Vega-, es en virtud de lo anterior por el cual existen dos tipos de PIDIREGAS. Los primeros son denominados “PIDIREGAS de inversión indirecta o condicionada” y los segundos “PIDIREGAS de inversión directa”.²¹ Como el nombre y esquema administrativo descrito lo explican, los primeros se denominan así ya que el flujo del gasto público al productor, está condicionado a lograr la fecha de operación comercial del proyecto, mientras que los segundos, implican una contratación directa de la entidad pública para la construcción de su infraestructura y los valores de obra se van descontando conforme el proceso constructivo de obra pública financiada, se vaya ejecutando por el particular.

No obstante lo explicado en esta segunda categoría, donde la permeabilidad de lo público es mucho mas clara, ello no debe implicar, nuevamente, que las relaciones jurídicas válidamente creadas entre la entidad privada encargada de la construcción y sus sub-contratistas, se rijan por disposiciones del orden público ya que, nuevamente, se estaría violentando el principio contractual ya citado anteriormente.

²¹ GARCÍA DE LA VEGA, *op.cit.*

4. CONCLUSIONES

Empezaremos por señalar bajo el punto de vista académico, -como lo señala Dávalos Mejía-, “que la centenaria clasificación del Derecho público y privado en todas las áreas, en la que todavía se insiste en México y otros países, lejos de auxiliar obstaculiza el desarrollo de la materia”. Dicho doctrinario añade que esta distinción básica se ha convertido en el nivel docente en un deficiente fundamento académico y doctrinal, y en el nivel profesional en un arma ruinosa e inútil que provoca confusión,²² distinción que arranca en el Derecho Romano, del famoso fragmento de Ulpiano (“*Huius studii duae sunt positionem publicum et privatum.*”)²³

Es entre los autores modernos, -Hans Kelsen- el que formula la crítica más directa de esta clasificación, considerándola “imprecisa y funesta”, al mismo tiempo que destruye la unidad esencial del Derecho.²⁴ De hecho, -como lo señala por su parte Ledesma-, “de la concepción romana no se infiere que el Derecho público no interese a los particulares o que el privado no atañe a la comunidad”, señalando que son “sólo posiciones posibles para su estudio que de ninguna manera son opuestas, sino que resultan ser expresiones diversas de un mismo todo”.²⁵

No obstante tales aseveraciones académicas, y aún cuando Dávalos Mejía considera a la distinción “a nivel profesional en un arma ruinosa e inútil que provoca confusión”, con el caso expuesto, se deja en claro que tal distinción sí que es importante para efectos prácticos ya que, frente a una diversidad de vías, principios, excepciones, legislación supletoria y otras incidencias procesales, el identificar la verdadera naturaleza de una operación típica de Derecho de infraestructura eléctrica es no solo valioso sino de imperiosa necesidad a efecto de lograr una resolución veraz y justa.

Respondiendo a la pregunta toral de este estudio, respecto a si el Derecho de la infraestructura eléctrica es Derecho Público o Privado, debemos de concluir que en realidad,

²² DÁVALOS MEJÍA, Carlos F., *Títulos de Crédito*, Ed. Harla, México, D.F., 2000, p. 25

²³ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, D.F., p. 14

²⁴ SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Económico*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002, p. 7

²⁵ BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1989, p. 40

es ambos pues se complementan a la perfección y nunca existe un elemento de oposición, o - como bien lo describe el Dr. José de Jesús Ledesma Uribe-, “de ninguna manera son opuestos sino resultan ser expresiones diversos de un mismo todo”, más la práctica nos impone la obligación de distinguirlos para y delimitarlos a efecto de que la justicia fluya correctamente.

Finalmente, debemos dejar clara la distinción que, dentro del Derecho de la infraestructura eléctrica, existe entre aquella ejecutada para fines de constituir la infraestructura de un Productor Independiente de Energía y aquella directamente contratada por la Comisión Federal de Electricidad bajo esquemas de Obra Pública Financiada para la construcción de su propia infraestructura.

En efecto, a diferencia de la primera, el carácter de “servicio público” sí que está presente en la segunda, lo cual no debe implicar sin embargo, que toda la red de contrataciones privadas que se derivan entre el contratista de la Comisión Federal de Electricidad por un lado y los sub-contratistas del primero, por el otro, se encuentren reguladas por el derecho público.

Bibliografía

AUGUST, Ray, *International Business Law*, Ed. Prentice Hall, Nueva Jersey, 2000.

BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1989.

BOLAÑOS LINARES, Rigel, *Inversión Extranjera*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002.

CHANDLER, A.D., *Strategy and Structure: Chapters in the History of the American Industrial Enterprise*, Ed. MIT Press, Massachusetts,

DÁVALOS MEJÍA, Carlos F., *Títulos de Crédito*, Ed. Harla, México, D.F., 2000

FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la Economía Globalizada*, Ed. Trotta, Madrid, 1999.

FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, México, D.F. 1999

HOFFMAN, Scott, *The Law and Business of International Project Finance*, Ed. Kluwer Law International, Minneapolis, 2002.

MICKLETHWAIT, John & WOOLDRIDGE, Adrian, *The Company; A Short History of a Revolution*, Ed. Weidenfeld & Nicolson, Londres, 2003.

PORTER, Michael, *Competition in Global Industries*, Ed. Harvard Business School Press, Boston, 1986.

ROBINSON, Richard D., *International Management*, Ed. MIT Press, Cambridge, 1966.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1989

SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Económico*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002.

TOMAIN, Joseph, *Energy Law*, Ed. West, Minneapolis, 2002.

BREVE ANÁLISIS DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA TRIBUTARIO EN MEXICO

*Dora Luz Espinosa Rebollo

1. ÍNDICE, 2. INTRODUCCIÓN, 3. CAPÍTULO I PROBLEMÁTICA ESTRUCTURAL DEL SISTEMA TRIBUTARIO EN MÉXICO, 4. CAPITULO 2 LA CAPACIDAD DE RECAUDAR IMPUESTOS DEL GOBIERNO MEXICANO EN RELACIÓN CON OTROS PAÍSES LATINOAMERICANOS DE ECONOMÍA EMERGENTE, 5. CAPITULO 3 POLÍTICA TRIBUTARIA Y REFORMAS DE MERCADO, 6. CAPITULO 4 BREVE ANÁLISIS DE LAS FINANZAS PÚBLICAS EN MÉXICO, 7. PROPUESTA DE REFORMA FISCAL, 8. CONCLUSIONES, 9. BIBLIOGRAFÍA.

2. INTRODUCCIÓN

La investigación se dividió en cinco apartados o capítulos, el primero plantea la Problemática Estructural del Sistema Tributario Mexicano, analiza como se encuentra concentrado el ingreso y de que forma la economía informal a incidido en una baja recaudación de impuestos.

Se realiza un breve análisis de los problemas Político-Administrativos de la Tributación Mexicana, los indicadores son:

Índice de concentración,

Índice de Dispersión

Índice de erosión

Índice de especificidad

Índice de rezago en la recaudación

Índice de cumplimiento obligatorio

Índice de costo en la recaudación

En el segundo capítulo se realiza un comparativo de la capacidad de recaudar impuestos del Gobierno Mexicano en relación con otros Países Latinoamericanos y Europeos de economía emergente.

El capítulo tercero está destinado a plasmar de qué forma la Política Tributaria mal implementada en nuestro país ha traído aparejada una baja recaudación tributaria, lo que

* Alumna de la Maestría en Derecho Empresarial y Fiscal, de la Universidad Iberoamericana Puebla.

repercuta en un Estado de bienestar deficiente que el gobierno brinda con los impuestos recaudados.

Un breve análisis de las Finanzas Públicas en México es el contenido del cuarto capítulo, sin soslayar la política económica del país, que guarda una estrecha e inseparable relación con las Finanzas Públicas.

Por último se proponen algunas Reformas Fiscales en el capítulo quinto, entre ellas se encuentran: Combatir la corrupción y la impunidad, poner fin a los paraísos fiscales y regímenes de privilegio, ampliar el número de contribuyentes, simplificar el sistema tributario, buscando estabilidad, certeza jurídica, transparencia y permanencia de las leyes fiscales

3. CAPÍTULO I PROBLEMÁTICA ESTRUCTURAL DEL SISTEMA TRIBUTARIO EN MÉXICO

Dentro del esquema mexicano existen presupuestos teóricos que se desarrollarán a lo largo de este trabajo en donde se han establecido las características que debe reunir un buen sistema tributario. En la actualidad la estructura tributaria en México dista mucho de ser la más idónea, pues se encuentra alejada de los principios rectores de las sanas finanzas públicas entre ellos: el de equidad, neutralidad, justicia, eficiencia, mínimos costos administrativos y facilidad para ejecutar la política fiscal. La violación de estos principios básicos de la tributación ha llevado al sistema tributario mexicano a problemas estructurales casi endémicos que se han reflejado en incrementos sustantivos de la evasión fiscal.^{26, 27, 28}

²⁶ Flores Zavala, Ernesto *Finanzas Públicas Mexicanas*, Editorial Porrúa, Trigésima Segunda Edición actualizada, México 1998, 525pp.

La evasión fiscal ha estrechado la base tributaria del país de manera significativa. Así, el número de personas físicas que pagan impuestos asciende a 5.5 millones, es decir, únicamente el 16.18% de la población económicamente activa (PEA) de México contribuyen regularmente con el fisco, adicionalmente, solo el 27.5% de las personas morales pagan impuestos regularmente.

De esta manera, encontramos que "El índice de cumplimiento obligatorio en materia tributaria es bastante bajo en México,²⁹ Es evidente que falta mucho por hacer, cuando se observa que el padrón de causantes de personas físicas asciende a 5.5 millones, cuando la población económicamente activa supera los 34 millones de personas, asimismo, basta contrastar el número de empresas cautivas que tiene registrada la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que es alrededor de 550 mil, mientras que el Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (INEGI) también órgano desconcentrado de dicha Secretaría, reporta en los Censos Económicos que el país cuenta con dos millones de establecimientos registrados que realizan actividades económicas".³⁰ La consecuencia de tener un alto nivel de evasión es que se generan rezagos en la política de recaudación, por ejemplo, en 1999, México recaudó el 14.8% del PIB, mientras que, algunos países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) presentan la siguiente tasas de recaudación (como % del PIB): Bélgica (1997) 45.4 Francia (1997) 43.6 Austria (1997) 43.5 Alemania (1996) 37.7 Reino Unido (1998) 36.4, México también tiene una tasa de recaudación tributaria baja con respecto a los países miembros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) Canadá (1995) 36.0, Estados Unidos (1997) 27.5, Finalmente tiene una recaudación inferior con respecto a los países de América Latina, que tienen similitud respecto al a sus respectivas economías: Brasil (1994) 29.3, Argentina (1997) 21.1, Chile (1998) 20.8. Sin embargo, la evasión fiscal no es el único problema que sufre el aparato fiscalizador mexicano, un análisis más profundo sugiere clasificar dichos problemas estructurales en económicos y político administrativos.

1.1 La Problemática Económica Estructural de la Tributación Mexicana

Algunos problemas económicos estructurales que sufre la estructura tributaria del país son las siguientes:

²⁷ Vid op cit Flores Zavala, Ernesto, paginas 3-21 y 305 a 317.

²⁸ Torres López Mario Alberto, *Teoría y Practica de los Delitos Fiscales*, segunda edición Actualizada, México 2001, 286 pp.

²⁹ Es claro el hecho de que existe un serio problema de recaudación pero también lo es, que los esquemas aún cuando se han eficientado, traen aparejados serios vicios de corrupción, tanto por la autoridad fiscal a través de servidores públicos corruptibles, como por los contribuyentes sobornadores, o aquellos profesionistas que se dedican a la Planificación Fiscal para eludir el pago de contribuciones, que si bien es cierto no caen en el supuesto de delito, si debilitan de forma significativa la economía Nacional.

³⁰ Confróntese, artículo escrito por J Carlos Ocampo H, denominado *De Tributos, alcabalas e impuestos a verdaderas contribuciones* dentro de la revista Una Sola Hacienda publicada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Año 1, junio/julio 2005, número 4, páginas 8 a 12

1.1.1 Concentración del Ingreso

En términos fiscales, el problema más importante que presenta la alta concentración del ingreso es que cualquier intento por parte del gobierno mexicano para afectar esta riqueza puede provocar fugas masivas de capital, aunado a las ventajas proporcionadas por los mercados de Estados Unidos y Canadá (mayor certidumbre y estabilidad financiera) para alentar la salida de capitales del país (ventajas ofrecidas por la integración financiera).

1.1.2 Economía Informal

Son actividades que se distancian del cumplimiento estricto de las leyes y reglamentos que rigen la actividad productiva, este sector es una fuente importante de evasión fiscal, de esta manera se ha mencionado que la evasión fiscal en este sector representa una parte importante del Producto Interno Bruto (PIB), en el caso del impuesto indirecto denominado como impuesto al valor agregado (IVA), se estimó una tasa de evasión, en 1993, de 37% inferior a la de Perú de 68%, pero superior a la de Chile, de 23%, es conveniente señalar que la informalidad está vinculada con el subempleo y con la economía [subterránea], cuyo ámbito incluye actividades como el contrabando y el robo organizado, las cuales no están sujetas al régimen fiscal,³¹ su medición es difícil y existen pocas estimaciones al respecto, según la OCDE el empleo en el sector informal podría representar una tercera parte del empleo urbano total, pero como los ingresos son relativamente bajos en el sector informal su participación en el PIB es probablemente menor. De acuerdo con un estudio del INEGI (1999), la magnitud del sector informal sería de aproximadamente un 10% del PIB".

Por otra parte la encuesta Nacional de Empleo y la Encuesta Nacional de Micro negocios, estimó que 15.7 millones de personas participan en la economía informal, adicionalmente los ingresos obtenidos por los patrones y asalariados ascienden a 8.74% del PIB, mientras que, los ingresos fiscales obtenidos por concepto de gravar tales ingresos serían de 0.180% del PIB con un costo fiscal de 0.216% del PIB, esta situación implicaría un déficit fiscal (pérdida en la recaudación) de 0.035% del PIB sin considerar el costo administrativo que implicaría su control.

1.1.3 Concentración en la recaudación

Otro de los problemas importantes, es la baja capacidad para generar ingresos tributarios que por décadas han sido compensados con los ingresos petroleros que representan un tercio del total de los ingresos federales, la concentración de la recaudación basada en los ingresos petroleros resulta perjudicial para cualquier economía debido a las

³¹ Una de las prácticas más comunes no sólo en el comercio informal sino incluso en el comercio "formal", está basada en lo que se conoce en el derecho aduanero como "contrabando documentado" en el cual los supuestos importadores en lugar de pagar las contribuciones al comercio exterior, evaden estas introduciendo al país mercancías ilegales, bajo aparentes beneficios de exención de impuestos los cuales resultan de utilizar documentación falsa en el proceso de internación al país, dentro de ellos podemos citar solo por señalar un ejemplo los programas de maquila que por si, son instrumentos de comercio exterior que por el sólo hecho de brindar fuentes de empleo a nuestros conciudadanos parecerían ser a quienes los utilizan que éstos son verdaderas patentes de corzo para impunemente introducir al país mercancía bajo prácticas desleales lo que trae como consecuencia que el Fisco Federal deje de percibir estos ingresos no sólo del sector informal sino también del formal.

constantes fluctuaciones cíclicas en los precios del petróleo que implican la reducción de los ingresos públicos y del gasto de gobierno.

1.1.4 Regímenes Especiales

Los regímenes especiales representan una fuga importante de ingresos que debería recaudar el Gobierno Federal, la débil capacidad administrativa en materia fiscal permite que incluso las empresas o industrias no consideradas en regímenes especiales se registren en ellos como medidas para evadir el pago de impuestos. Así "Las empresas que participan en sectores gravados con el régimen simplificado en agricultura, pesca y transporte terrestre (que generan el 10% del PIB y el 25% del empleo) prácticamente no pagan impuesto sobre la renta, una parte de dichos contribuyentes son empresas medianas y pequeñas, pero la mayor parte de estos negocios son controlados por grandes compañías que se benefician injustificadamente.

El régimen simplificado debe servir para que las empresas de menor tamaño permanezcan y se incorporen a la economía informal, pero no un mecanismo que permita la evasión fiscal en montos muy significativos. La OCDE calcula que la eliminación de los regímenes especiales a distintas actividades económicas y al ingreso podría incrementar la recaudación fiscal en alrededor de 3 puntos del PIB, lo que elevaría los ingresos públicos mexicanos a niveles similares a los de otros países de América Latina.

En México el número de empresas que se consolidan en grupo han aumentado considerablemente y se estima que la consolidación reduce en promedio un 30% del ISR de los grupos".³²

1.2 Problemas Político-Administrativos de la Tributación Mexicana

Existen problemas políticos y administrativos que inciden directamente en la baja recaudación tributaria en México. Así, la elevada cantidad de trámites que se deben cubrir, la dificultad para llenar las formas fiscales y el tiempo que se emplea son factores que desalientan a los contribuyentes a pagar sus impuestos, asimismo, la provisión de bienes y servicios públicos de cuestionada calidad asociada con la alta corrupción y falta de transparencia en el manejo de los recursos públicos también inciden negativamente en la recaudación fiscal.^{33, 34}, Los índices de recaudación tributaria, otro enfoque para analizar la ineficiencia del sistema tributario mexicano es a través del análisis de los siguientes índices de recaudación tributaria:

³²Vid Anteproyecto de Reforma Fiscal Integral, 599 pp, dentro de la obra editada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público denominada Investigación Fiscal, Tercera Época, abril de 2001, parte de las grandes críticas a la reforma fiscal que se intentó aprobar en el seno de la LIX Legislatura del Congreso de la Unión en el sexenio del presidente Vicente Fox Quezada, tenía como estandarte la protección de ciertos sectores privilegiados (entre ellos las grandes empresas trasnacionales) y otros menos favorecidos aplicarles impuestos indirectos en medicinas y alimentos.

³³ Confróntese la obra denominada *Equilibrio y Responsabilidad en las Finanzas Públicas*, Editorial Fondo de Cultura Económica en coedición con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Primera Edición, México 2005 277 pp.

³⁴ Vid obra citada *Equilibrio y Responsabilidad en las Finanzas Públicas*, p.p. 61 a 101

1.2.1 Índice de concentración

Este índice se refiere al número de impuestos existentes en la estructura impositiva y su contribución a la recaudación total, cuanto mayor sea el índice, mayor será la concentración de los ingresos en unos cuantos impuestos, Cuanto más bajo es el índice, menor es la concentración, en un buen sistema impositivo, una gran proporción de los ingresos tributarios totales proviene de pocos impuestos, con tasas impositivas reducidas y uniformes.

Cuando la recaudación total se vuelve difusa debido a que prevalece una gran variedad de impuestos o porque para un determinado impuesto existen varias tasas impositivas, se dificulta la conducción de la política tributaria. La ventaja evidente que se tendría con una mayor concentración es que el sistema tributario se vuelve más transparente y más manejable, lo ideal sería contar con tres grandes impuestos y rangos de tasas impositivas, si no es que hasta menos, en el caso de México, el índice de concentración es bajo, esto obedece a que existen varios impuestos y todos contribuyen a la recaudación.

1.2.2 Índice de Dispersión

Otro de los índices utilizados se refiere a la proliferación de impuestos menores, cuya recaudación es pequeña en términos relativos, esta estructura dificulta el análisis y la administración y contribuyen poco a la recaudación, una reforma deberá tender a eliminar progresivamente estos impuestos menores e improductivos, un buen sistema tributario mantiene, pocos impuestos de esta índole. En México, este índice no es bajo como lo ilustra la presencia del Impuesto sobre Automóviles Nuevos (ISAN) y el Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS), que a su vez se descompone en los impuestos a bebidas alcohólicas; a tabacos labrados; a cervezas y bebidas refrescantes; a servicios telefónicos; a la tenencia sobre el uso de vehículos; al activo de las empresas, etc.

Uno de los mayores problemas con este tipo de impuestos es que resulta muy costoso para los contribuyentes cumplir con tantos gravámenes y sus requisitos, si el gobierno optara por eliminar este tipo de tributos, se ahorrarían muchos recursos que se desperdician en la administración y cumplimiento de ellos.

1.2.3 Índice de erosión

La erosión del sistema tributario se origina por diversas exenciones, deducciones, tasas cero o por acciones ilegales (evasión, elusión, contrabando, inflación). Independientemente del origen, siempre lleva a una reducción de la base gravable, la erosión de la base gravable es uno de los principales problemas de la estructura impositiva mexicana, la mejor manera de demostrar que en México la base impositiva se encuentra muy erosionada es cuando se revisa la relación entre el cobro de los impuestos y el Producto Interno Bruto (PIB), tomando a éste como la medida de capacidad de pago.

En el caso del Impuesto Sobre la Renta, de las personas físicas y morales dicha relación equivale a 4.5% del PIB y la relación IVA/PIB es de sólo 3.1%. La baja participación de estos impuestos como proporción del PIB se debe a que la base está erosionada y a que mucha gente no paga lo que debe, debido a esta erosión, en su afán por incrementar la recaudación y esconder la ineficiencia, muchas veces se decide aplicar altas tasas impositivas a la base gravable restante e introducir impuestos adicionales, reduciendo el índice de concentración.

Es innegable que con una menor base, la concentración de la tasa impositiva tendrá que ser más alta para generar los mismos ingresos. Asimismo, cuanto más alta sea la tasa impositiva, mayor será el incentivo a evadir impuestos. Esta falta de incentivos afecta el desempeño económico de un país.

1.2.4 Índice de Especificidad

Otro índice que sirve de prueba para el diagnóstico de un sistema impositivo es el grado en que éste depende de impuestos específicos, los cuales deben evitarse a toda costa, un buen sistema tributario deberá minimizar el recurrir a estos impuestos específicos. El Impuesto Sobre Automóviles Nuevos (ISAN) y la tenencia sobre el uso de vehículos son impuestos de esta naturaleza. Además, la efectividad en la recaudación de este tipo de gravámenes se ve mermada en la medida en que la inflación es más alta. Cuanto mayor sea el índice de especificidad, más se afectarán los ingresos tributarios debido a la inflación. Asimismo, su administración se vuelve más costosa y difícil.

1.2.5 Índice de rezago en la recaudación

Este índice se refiere al periodo de retraso en los pagos de impuestos más allá del tiempo en el cual debe cumplirse la obligación fiscal, estos retrasos provienen de las disposiciones administrativas que permiten que el contribuyente pague sus impuestos mucho tiempo después de que se ha incurrido en una obligación tributaria, en general, este tipo de rezagos lleva a la ineficiencia del sistema impositivo independientemente de qué tan bien diseñada esté la estructura impositiva, de esta manera, la relación ingresos tributarios/PIB se vuelve muy sensible a la tasa inflacionaria, bajando esta relación cuando la inflación sube y aumentándola cuando la inflación baja.

1.2.6 Índice de cumplimiento obligatorio

Este índice mide el grado de cumplimiento de las obligaciones fiscales de la población, cuanto mayor sea el índice, más alto es el grado de cumplimiento en materia impositiva, cuando no se obliga a la ciudadanía al cumplimiento en el pago de impuestos se presenta una mayor divergencia entre el sistema impositivo legal estatutario y el efectivo, es más, la correlación entre los cambios legales y los efectivos es tan baja que los efectos de una modificación ya no pueden estimarse, peor aún la incidencia del sistema impositivo se vuelve imposible de determinar y el sistema tributario deja de ser un instrumento efectivo de política. El índice de cumplimiento obligatorio en materia tributaria es bajo en México.³⁵

1.2.7 Índice del costo en la recaudación

Es evidente que cuanto más bajo es el costo de la recaudación y más eficiente el desempeño de esta tarea, tanto menor es el índice del costo en la recaudación, por lo que el sistema tributario de un país es mejor. Un menor costo implica también mayor eficiencia y menor pérdida de bienestar. Definitivamente, existen unos impuestos más fáciles de administrar que otros. Un impuesto al valor agregado es más fácil de recaudar que el impuesto sobre la renta a personas físicas. En general, el costo de recaudación va de 2 a 3% como proporción de los ingresos tributarios totales en algunos países, y hasta 8% en otros. México no se caracteriza precisamente por tener un bajo costo en la recaudación de ingresos tributarios. Existen cálculos que indican que por cada peso recaudado se incurre en un costo

³⁵ Como ya se dijo a lo largo de este trabajo, no únicamente tenemos que atender a las consecuencias y causas últimas del problema sino tendríamos que atender a los orígenes de esa problemática que no solo son de carácter recaudatorio sino también esta relacionado con la esfera social, educativa y cultural.

administrativo adicional de aproximadamente 30 centavos, por lo que la recaudación tributaria en nuestro país se considera costosa e ineficiente.

En conclusión para minimizar los problemas estructurales del sistema tributario es necesario que el sistema impositivo mexicano satisfaga los siguientes requisitos de desempeño, índice alto de concentración; índice bajo de dispersión y erosión; índice bajo de rezago en la recaudación; índice bajo de especificidad impositiva; Índice alto de obligatoriedad en el cumplimiento aunado a una estructura de penalizaciones razonable; y bajo costo y alta eficiencia en la recaudación.

La provisión de bienes y servicios públicos de cuestionada calidad asociada con la alta corrupción y falta de transparencia en el manejo de los recursos públicos también inciden negativamente en la recaudación fiscal, en el apartado tres, se exponen los factores que hacen necesaria la instrumentación de una política tributaria en el país, destacando:

La expansión del Gasto Público que es un instrumento importante que tiene el gobierno mexicano para incidir en las actividades económicas del país. En los últimos años el gasto de gobierno ha tenido una tendencia descendente, de tal manera que, en 1980 fue del 25% del PIB, mientras que, para el bienio de 1999-2000 fue del 15.5% del PIB.

Ingresos Tributarios. El bajo nivel de los ingresos tributarios en México es una motivación central para realizar una reforma integral al sistema tributario del país. México, tiene características particulares como su regresivo perfil en la distribución del ingreso, los altos niveles de subempleo, el tamaño del sector informal, un sistema impositivo débil y desequilibrios regionales importantes que impiden aumentar su recaudación tributaria. En los últimos años, los ingresos tributarios han presentado una tendencia a la baja ya que a partir de los última década de los noventas y el primer lustro del siglo XXI, representaron únicamente el 10.7% del PIB, cuando en 1993 eran del 11.3%.

La eficiencia en la recaudación, el sistema tributario mexicano ha incurrido en ineficiencias en la recaudación, solo por citar el ejemplo del IVA: las pérdidas que generan las exenciones y excepciones significan que de cada peso que se podría recaudar, sólo se ingresa al erario público 52 centavos.

La Propuesta del Banco Mundial, se centraba y se centra fundamentalmente en tres puntos: eliminar los privilegios, exenciones y regímenes fiscales especiales; ejecutar una simplificación administrativa e incrementar la transparencia fiscal. Estima que si se eliminan los privilegios y exenciones se podría incrementar la recaudación entre 3 y 3.5% del PIB, mientras que,

la mejora administrativa la aumentaría entre 2 y 3% del PIB. De esta manera, la recaudación se incrementaría entre 5 y 6.5% del PIB.³⁶

Los supuestos sobre los cuales descansa la propuesta parte de la **ampliación de la base tributaria (ISR)**. Este supuesto implica incorporar al sistema a nuevos contribuyentes y hacer que los que ya se encuentran dentro efectivamente cumplan con sus obligaciones. Esto permite que el presupuesto dependa menos de los ingresos petroleros. **Ampliación de la recaudación del IVA en 10%**. Este supuesto implica un incremento no sólo por el gravamen al consumo sino por el lado de la declaración de ingresos del trabajo, las conclusiones obtenidas son las siguientes, el incremento en los ingresos tributarios tendría efectos contractivos en la economía aunque no significativos; estas medidas contribuirían a reducir el déficit fiscal y externo; contribuiría a elevar la capacidad de maniobra del gobierno; y se reduciría la fragilidad derivada de la petrolización fiscal.

4. CAPITULO 2

LA CAPACIDAD DE RECAUDAR IMPUESTOS DEL GOBIERNO MEXICANO EN RELACIÓN CON OTROS PAÍSES LATINOAMERICANOS DE ECONOMÍA EMERGENTE

2.1 Desarrollo tributario de Chile en comparación con México

Se observa claramente que Chile ha tenido buenos niveles de cumplimiento frente a México y Argentina. Es importante resaltar:

Chile ha mejorado el resultado de cumplimiento con la transición a la democracia. En los años 80 el promedio de cumplimiento era del orden del 70% (Serra 1990). 2) Argentina muestra cambios más abruptos. Sin embargo, si se descuenta el efecto inflacionario inverso Olivera-Tanzi, que explica el incremento de los años 91-92 y la consecuente reducción los dos años siguientes, la tendencia es de un moderado incremento en el cumplimiento.

México presenta una evidencia particular. En los años noventas, se redujo la tasa del IVA de 15% al 10%. Sin embargo no se observa ninguna mejora en los niveles de cumplimiento: la evidencia rechaza la tesis que sostiene que la baja de tasas incrementa la recaudación y el cumplimiento³⁷

³⁶ Estos niveles de recaudación son los eminentemente deseados, a fin de que nuestras expectativas de crecimiento impacten no sólo a niveles macroeconómicos, sino a niveles microeconómicos

³⁷ Véase Bergman Marcelo "La Capacidad de Recaudar Impuestos del Gobierno Mexicano ¿el tema Previo a la Reforma Fiscal? Artículo publicado en internet.

Por el contrario, Chile incrementó su tasa de 16% a 18% y no experimentó un aumento en la evasión, es decir, no hay evidencia que en estos niveles de tributación la fluctuación en las tasas modifique los niveles de cumplimiento. Este ejemplo es importante para México ya que, como se verá, el aumento del 10% al 15% en 1995 no obtuvo resultados similares a los de Chile. Este dato refuerza la tesis que sin una buena administración tributaria (como la que tiene Chile) la evasión crece con el aumento de impuestos. En resumen, los niveles de cumplimiento no han tenido cambios permanentes ni significativos en cada país.

Más bien parecen seguir una tendencia de inercia y cambios moderados, que responden a diseños de política tributaria más que a temas de administración, en cambio, las diferencias entre los tres países parecieran responder a distintos niveles de capacidad de aplicación y sanción de sus agencias recolectoras de impuestos.

2.2 Espectativas de recaudación tributaria en México

Con la experiencia actual en México, es de esperar que los niveles de cumplimiento no mejoren con la eliminación de la tasa 0 y que por cada 2 pesos de recaudación esperada con la reforma apenas 1 peso ingrese a la hacienda si no se aplican medidas que corrijan la incapacidad de recaudar. La capacidad del SAT es seriamente cuestionada.

Una medida de la capacidad de coacción tributaria se obtiene a través de la observación del cumplimiento voluntario real. Cuando existen retenciones en nómina o causantes cautivos no se puede hablar de cumplimiento voluntario real ya que el contribuyente no decide pagar con base en su estimación de riesgo, el aumento de la recaudación debido a la reducción de la inflación Programa de Presupuesto y Gasto Público Una alternativa es mirar los coeficientes de cumplimiento depurado de las transacciones de comercio exterior, diversos estudios señalan que los niveles de cumplimiento voluntario son realmente bajos para México y Argentina y moderados para Chile. Asimismo representan una evidencia adicional acerca del efecto positivo de las retenciones en el cumplimiento, puede observarse que si se descuenta el IVA vinculado al comercio exterior, el SAT recauda sólo 3 de cada 10 pesos posibles. La recaudación del IVA en México es muy pobre y es de esperar que su homologación o incrementos no corrija este problema.

Esto se debe a que el IVA de importación se cobra en las aduanas y hay pocas posibilidades de evadirlo, y las exportaciones están exentas por lo que los exportadores tienen un genuino incentivo de reportar correctamente su IVA acumulado (y a veces sobredimensionarlo). El caso de contrabando (IVA no pagado por bienes importados pero no registrados o subvaluado) no afecta a los índices de cumplimiento pues los mismos se estiman con base en cuentas nacionales que no registran el contrabando, lo cual reduce la base gravable (por lo tanto su efecto en el coeficiente es

neutro). Es decir, el contrabando no afecta el índice de cumplimiento por ser estimaciones derivadas de mediciones fragmentadas, es conveniente interpretar los resultados en forma conservadora, variaciones intra países menores a un 10% no debieran ser asumidas como suficientemente sólidas, lo importante es observar las tendencias. Asimismo un margen de error de 5% en las diferencias inter-países es también aconsejable.

Esta conclusión es obvia pero de suma importancia. No alcanza con promulgar leyes para aumentar la recaudación. La clave está en su ejecución, el secreto del éxito de Chile (así como el de Israel, Portugal o España), está en el desarrollo de tales capacidades institucionales.

2.3 Funciones de la administración tributaria

El Programa de Presupuesto y Gasto Público, La imposición de tributos y las administraciones tributarias tienen típicamente dos funciones primordiales: 1) La recaudación de los impuestos. 2) Los controles administrativos para la correcta aplicación de las leyes impositivas. La organización interna responde a una estructura de división funcional. Es decir, las distintas divisiones internas de las administraciones tributarias se centran en dos grandes áreas: las divisiones de recaudación y las de fiscalización y/o auditoría. Otras áreas de servicios (capacitación, contralorías internas, estudios, planificación etc.) se adscriben por lo general hacia alguna de estas dos grandes divisiones, **el área de recaudación** concentra una gran masa de empleados y recursos y se encarga del cobro efectivo de los tributos. Pero los instrumentos más eficaces en la lucha contra los incumplimientos se desarrollan en las áreas de fiscalización y auditoría. Típicamente, cada administración tributaria le asigna un 30% - 40% de sus recursos en personal, capacitación y desarrollo. Sus instrumentos de uso más frecuentes son las auditorías fiscales. Sin embargo, una serie de medidas adicionales tales como clausuras de establecimientos, fiscalizaciones masivas, chequeos espontáneos de información, etc. tienen por objeto inducir al cumplimiento voluntario.

Ninguna de estas medidas asegura por sí misma el éxito recaudatorio, pero al juzgar por la experiencia chilena, española, portuguesa y muchas otras, podemos esperar que se pueda revertir el círculo vicioso de más evasión y más impuestos. Dicho círculo no sólo es injusto sino que también resulta improductivo. Países con problemas similares a México lo han logrado a través de reformas en sus instituciones encargadas de cobrar impuestos. Habrá que hacer hincapié en generar nuevos instrumentos de ejecución para asegurar que las reformas sean realizables. Es decir, hay que pensar las reformas desde la perspectiva de su exitosa aplicación y no solamente desde la lógica racional de política tributaria.

5. CAPITULO 3 POLÍTICA TRIBUTARIA Y REFORMAS DE MERCADO

3.1 Requisitos fundamentales del progreso económico

Los requisitos fundamentales del progreso económico incluyen los siguientes: **Seguridad de los derechos de propiedad**, los agricultores no sembrarán huertos si temen una confiscación arbitraria de su tierra, los empresarios e inventores no desarrollarán nuevos productos si no tienen derechos de propiedad tales como patentes, marcas de fábrica y derechos de propiedad intelectual. La propiedad debe ser garantizada mediante un predecible Estado de Derecho contra robo por parte de organizaciones privadas o del gobierno. **Estabilidad monetaria**, en países plagados por inflación crónica, es imposible hacer planes y contratos a largo plazo.

El horizonte temporal se contrae de años a días, el mercado de los activos deja de funcionar adecuadamente, y las inversiones de capital a largo plazo casi desaparecen. **Precios de mercado**, los controles de precios y los subsidios distorsionan las señales del mercado que se requieren para asignar mano de obra y capital hacia los usos que los consumidores prefieren. Esto es verdad tanto en los precios mínimos (tales como los salarios mínimos) y precios máximos (tales como límites a las tasas de interés).

Competencia En una economía competitiva, únicamente sobrevivirán aquellos que producen el producto con mayor valor agregado al menor costo posible, los monopolios patrocinados por el gobierno, incluyendo empresas propiedad del gobierno, son notoriamente despilfarradores porque no tienen los incentivos para maximizar su valor o disminuir sus gastos, las tarifas y las cuotas de importación también restringen la competencia, elevan costos y protegen a los productores ineficientes. Un sistema tributario que favorezca el crecimiento económico. El sistema tributario debería proveer al gobierno con ingresos suficientes para cumplir sus objetivos legítimos sin destruir los incentivos para trabajar, ahorrar e invertir, de estos cinco fundamentos básicos del crecimiento económico, el último es quizás el más descuidado, especialmente por el Fondo Monetario Internacional (FMI).³⁸

Sin embargo, los impuestos son extremadamente importantes --una parte importante de los costos de producción, y del costo de vida. Todas las economías más exitosas en la historia del mundo, sin excepción, han puesto un cuidado muy especial en mantener las tasas tributarias marginales lo más bajas posibles, particularmente en las recompensas al ahorro y a la actividad empresarial, la tarea difícil de la política tributaria es elevar los ingresos en forma tal que cause el menor daño posible a la economía, eso significa diseñar un sistema tributario que preserve los incentivos individuales para la actividad productiva--incentivos para el empresariado y para trabajar, ahorrar, invertir, aprender, inventar y crear.

³⁸ Consúltese el artículo publicado por Alan Reynolds director de investigación económica en el Hudson Institute artículo publicado por el Instituto Ecuatoriano de Economía Política, traducido por Dora de Ampuero Ecuador. Julio, 2000.

La mayor parte de los impuestos introducen una “cuña” entre lo que vale la actividad productiva para los consumidores y lo que en realidad reciben (luego de pagar impuestos) los que suministran mano de obra y capital. Así como los impuestos al consumo sobre licor y cigarrillos están diseñados con el propósito de desestimular el uso de esos productos, los impuestos sobre el ingreso personal o empresarial adicional deben, en forma similar, desestimular el proceso de creación de riqueza que conduce a un aumento del ingreso, cuando los impuestos al esfuerzo y al ahorro son altos, se distorsionan las opciones a elegir en favor de descanso adicional en vez de ingreso adicional, y a favor del consumo inmediato en vez del consumo futuro (ahorro). Como varios "Estados de Bienestar" europeos lo han mostrado, combinar impuestos desmoralizadores con subsidios generosos a la indolencia, conduce a una nación a pocos éxitos y a muchos fracasos.

Las personas generalmente tienen que producir más para ganar más, excepto en casos de robo o buscadores de rentas especiales (ofrecer coimas a los políticos para obtener privilegios valiosos).

Se colige entonces que un sistema tributario que penaliza el ingreso adicional penalizará también la producción (por ejemplo, el crecimiento económico). El gobierno, lo mismo que las empresas, debe competir en la producción del mayor valor al costo más bajo posible. En realidad, el costo del gobierno es a menudo uno de los costos más grandes de hacer negocios, indiferentemente si el costo parece recaer sobre el negocio mismo, o sus clientes, trabajadores o accionistas. Los países en los cuales el costo del gobierno es demasiado alto encontrarán más difícil atraer y retener capital físico, capital financiero y capital humano, Así como los llamados "paraísos fiscales" atraen inversiones e inmigrantes, los países con sistemas tributarios castigadores enfrentan "fuga de capitales" y "fuga de cerebros".

3.2 Factores de un sistema tributario que ayudan al crecimiento económico

Las altas tasas impositivas a menudo ahuyentan la inversión extranjera y causan que los ahorros nacionales se escapen a otros países. Esto es lo que se conoce como "fuga de capitales." Altas tasas tributarias pueden aún ocasionar que mucha de su gente más preparada e industriosa emigre a otros países. Esto es lo que se llama "fuga de cerebros". Las altas tasas tributarias siempre causan que mucha de la economía desaparezca de los ojos del recaudador de impuestos. Este fenómeno tiene diferentes nombres en diferentes países, tales como economía "sombra", "informal" o "sumergida". Cuando se trata de diseñar un sistema tributario que ayude al crecimiento, hay que tener en cuenta los siguientes puntos:

1.- Aun los impuestos a las "empresas" los pagan los individuos. Todos los impuestos recaen sobre personas--sobre gente que suministra su mano de obra y capital a la economía formal. No importa, relativamente, que los impuestos sean directos o indirectos, corporativos o personales. El capital y la mano de obra soportan todos los impuestos ya sea en forma de ingresos más bajos o en precios más altos. Las empresas no son entidades orgánicas que tienen la capacidad de soportar el peso de los impuestos, de la misma forma que no son sus edificios u oficinas las que reciben el impacto del impuesto. Un impuesto sobre las utilidades de la empresa debe ser pagado por quienes invierten en la compañía, los que trabajan en ella o los que compran sus productos. Además, un impuesto en lo que consumimos es también un impuesto en lo que producimos.

El consumo es, por supuesto, el motivo principal de la producción, la razón por la cual trabajamos, invertimos o iniciamos un negocio es para ganar el ingreso necesario para consumir. Aunque un impuesto sobre el consumo puede ser menos hostil al ahorro que un impuesto equivalente sobre todo el ingreso (incluyendo el ingreso que se ahorra y la rentabilidad en ese ahorro), aun los impuestos sobre el consumo desestimulan actividades que producen ingreso imponible.

2.- Lo que importa más es la tasa marginal de todos los impuestos sobre actividades que aumentarían el ingreso, esto es, trabajar más duro, invertir tiempo y dinero en una educación mejor, o ahorrar e invertir en un nuevo negocio. Cuando las altas tasas marginales castigan el ingreso adicional, también castigan la producción adicional. Eso retarda el crecimiento económico. Cuando la economía crece lentamente, las recaudaciones por impuestos también crecen lentamente, Cuando los impuestos a la renta y a la nómina son demasiado altos, desestimulan el trabajo y el ahorro en la economía formal. Cuando los impuestos especiales al consumo, al valor agregado y las tarifas son demasiado altas, desestimulan comprar y vender en la economía formal.

3.- Las altas tasas tributarias perjudican el progreso económico sin aumentar la recaudación, las tasas tributarias extremadamente altas a menudo rinden menos ingresos que tasas tributarias más bajas, aún en el corto plazo. Así como una tarifa prohibitiva no rinde ingresos porque prohíbe el comercio, un impuesto casi prohibitivo en la recompensa por esforzarse más o invertir más, puede igualmente rendir menos que un impuesto más razonable, ejemplo En Turquía, la tasa tributaria más baja sobre la renta personal es 25%, y la más alta es 55%, La recaudación por concepto de estas altas tasas impositivas alcanzó únicamente al 5.3% del PIB, en 1995. Francia, con impuestos tan altos como 57%, recaudó únicamente el 6.2% del PIB. Los Estados Unidos, con tasas tributarias mucho más bajas que Francia, recauda el 9.9% del PIB de esta fuente. Nueva Zelanda, donde la tasa impositiva superior es mucho más baja que en los Estados Unidos (33%), el impuesto a la renta personal recauda un 16.6% del PIB.

Evidentemente, no podemos asumir que una alta tasa tributaria producirá mayores ingresos. En los Estados Unidos, desde 1951, las recaudaciones por impuestos federales a la renta

personal ascendieron a un 10% del ingreso personal cada año (nunca menos que 8.9% y nunca más que el 11.1%) sin importar si la tasa tributaria más alta era 28% o 91%. Una historia similar puede contarse con respecto a casi cualquier otro impuesto. Las tasas tributarias que exceden un nivel razonable típicamente conducen a una mayor evasión e indolencia, no un aumento en la recaudación. Países miembros de la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico) OCDE, con tasas del IVA mayores que el 20%, por ejemplo, recaudan por concepto de ese impuesto una porción del PIB que no es mayor que los países que tienen una tasa de IVA de 13%. Los impuestos que causan el mayor daño a la economía rinden a menudo menores ingresos. Impuestos punitivos también mantienen el PIB más pequeño que bajo otras circunstancias, lo cual contribuye adicionalmente a hacer aparecer pequeña la relación entre los ingresos y el PIB.

3.3 “Los milagros económicos”

El problema no es simplemente que las altas tasas impositivas sobre el ingreso o las ventas rinden pocos ingresos inmediatos como una porción del PIB actual. El efecto más importante es dinámico en lugar de estático - es decir, que las altas tasas tributarias retrasan el crecimiento real de las recaudaciones en el tiempo (al retrasar el crecimiento económico). Para demostrar este punto, examinaremos brevemente el papel crítico que las reformas tributarias han jugado en unos pocos "milagros económicos".³⁹

³⁹ Los milagros económicos son aquellos que según los economistas implican un verdadero esfuerzo para los países mediante políticas disciplinadas y ahorros internos en la mayoría de los casos LOS “MILAGROS” ECONOMICOS. Para comprender como la política impositiva puede ayudar u obstaculizar el crecimiento económico, es útil examinar la experiencia de muchos países que emergieron de serios problemas económicos y empezaron períodos de prosperidad sostenida sin inflación (ningún país ha experimentado prosperidad con inflación). Cada "milagro económico" desde Francia en 1927, Alemania en 1948 y Japón en 1951 ha incluido una reducción sustancial en las más altas tasas marginales de impuestos. Como fue dicho al principio, la política monetaria y comercial son también muy importantes, como lo es la seguridad de los derechos de propiedad y la ausencia de intervención política en los precios y salarios. Pero una característica que todos los milagros económicos tuvieron en común, sin excepción, es bajar las tasas marginales de impuestos. En la era de la posguerra, los más famosos milagros económicos han sido en Asia, en lugares como Hong Kong y Singapur. En la década pasada, sin embargo, América Latina también ha producido algunos ejemplos fascinantes de países que detuvieron una inflación alta y se embarcaron en un crecimiento económico relativamente rápido (aunque no necesariamente a prueba de recesiones) 1. Estos milagros modernos no impidieron todas las subsecuentes recesiones regionales o globales, por supuesto, pero mejoraron grandemente las posibilidades a largo plazo de las economías reformadas. Bolivia A mediados de 1985, la tasa de inflación boliviana alcanzó el 23.000%. El PIB real había caído dramáticamente cada año desde 1978 hasta 1986. En 1987, sin embargo, la inflación repentinamente cayó por debajo del 15%. Desde entonces, la economía boliviana ha crecido a casi un 4% al año, con una muy poca inflación. ¿Cómo lo hicieron? El impuesto más alto a la renta en Bolivia se redujo del 45% a una tasa fija de solo el 10%. Se abolió un impuesto corporativo del 30% y se lo reemplazó con un impuesto del 2% sobre el valor neto de las empresas. Se redujeron las tarifas promedio del 80% al 20%. Más de 400 impuestos a las ventas, algunos muy elevados, se combinaron en un impuesto del 10% al valor agregado. Lo que fue más particular de la reforma boliviana es lo siguiente: si los individuos pueden probar que pagaron el IVA, ellos pueden deducir la cantidad total del ingreso sujeto al impuesto a la renta. Como resultado, los bolivianos empezaron a demandar recibos, para reclamar la

deducción de impuestos por concepto del IVA. La economía sumergida repentinamente se volvió visible e imputable. Los recibos de impuestos aumentaron de un 3.5% del PIB en 1984 a un 14.7% en 1986. En efecto, el impuesto a la renta (el cual, como el IVA, se ha elevado 1 Las fuentes estadísticas para los estudios de los siguientes países, y detalles adicionales, se pueden encontrar en el artículo de Alan Reynolds, "Las Recetas Destructivas del FMI: Elevar Tasas Tributarias y Hundir Monedas" en el libro editado por Kevin Dowd & Richard Timberlake, El Dinero y la Nación- Estado, Instituto Independiente, 1998.5 desde entonces al 13%) es ahora principalmente un incentivo para estimular a la gente para obtener recibos por los impuestos al valor agregado. Chile está considerado actualmente como un milagro económico. Pero en 1973, como ha señalado el Economista Sebastián Edwards, "Chile enfrentó condiciones iniciales tan similares como pueden ser a las de Europa Oriental. Chile tuvo una inflación reprimida muy severa [1000%] un déficit fiscal [27% del PIB] increíblemente grande y un sector público inmenso en el que operaban todo tipo de empresas públicas y empresas propiedad del gobierno con un muy alto nivel de ineficiencia."Aun para 1983, justo antes de que se iniciaran la mayor parte de las reformas, Chile todavía tenía la deuda externa per capita más alta de América Latina. En este caso, los impuestos que se cortaron más dramáticamente al principio, no fueron tasas del impuesto a la renta (aunque finalmente también se las redujo), sino los impuestos a la Seguridad Social y las tarifas. En los seis años posteriores a Mayo de 1981, las tasas de impuestos a la Seguridad Social cayeron del 25% a cero. Chile privatizó el sistema de seguridad social, reemplazándolo con un sistema en el cual los trabajadores deben pagar 10% de sus salarios a su propio fondo mutuo privado, libre de impuestos. El fondo de pensiones privadas ha traído como resultado una tasa de ahorro muy alta, y ha ayudado a desarrollar un moderno mercado de capitales para financiar la expansión de las empresas. En 1984, también se redujeron las tarifas promedio del 94% al 10%. Las tasas de impuesto a la renta se redujeron en la mayor parte de los niveles de ingreso, particularmente en las tasas superiores. A mediados de los ochenta, la tasa de impuesto marginal en los ingresos de aquellos que ganaban el doble del promedio del ingreso familiar, era solamente de un 13%. El ahorro se favoreció porque únicamente el ingreso por interés "real" es imponible. La tasa de impuesto a las corporaciones se redujo profundamente, de un 47.5% a un 32.5%. El IVA se bajó del 30% a 18%. Las recaudaciones por impuestos crecieron de 7.8% de PIB a 10.6% inmediatamente después de la primera oleada de reformas tributarias y tarifarias. Argentina En 1989, la economía argentina se contrajo en un 6.2%, y la inflación excedió el 3000%.En 1991-92, Argentina redujo el impuesto más alto al ingreso de 62% a 30%. Las tarifas sobre bienes de capital se eliminaron completamente y se redujeron a no más del 20% sobre casi todos los otros bienes. Con tasas tributarias y tarifas significativamente más bajas, las recaudaciones del gobierno se llevaron de un 13.1% del PIB en 1988 a 17.7% del PIB en 1992-93.Eso subestima lo que se obtuvo por ingreso porque el PIB real se elevó en un 25% en tres años. En el período comprendido entre los dos primeros trimestres de 1991 y 1994, las recaudaciones del gobierno más que se duplicaron, elevándose de 2 mil millones a 4.2 mil millones de nuevos pesos (equivalente a dólares de los Estados Unidos).Pronto empezó la Argentina a repatriar algunas de las inmensas inversiones que habían escapado al extranjero para evitar impuestos e inflación (alrededor de \$600 mil millones), y el país atrajo una considerable inversión extranjera. El resultado fue una entrada muy grande de capital privado--\$9.6 mil millones en 1992 y más de \$14 mil millones en 1993.Desafortunadamente, la evaluación mejicana a finales de 1994 hizo que la inversión extranjera huya de toda la región. Pero la Caja de Conversión de Argentina no devaluó, de manera que (a diferencia de México) Argentina no tuvo que manejar al mismo tiempo tanto la recesión como la inflación de 1995. Durante los doce meses que terminaron en octubre de 1997, la producción industrial de Argentina subió un 12.5%, y la inflación fue cero.6 Colombia, las tasas del impuesto a la renta individual se redujeron de un 56% en 1983 a un 30% en 1986. Los impuestos a las empresas también se cortaron de un 40% a un 30%. El IVA máximo se redujo más tarde del 25% a 14%. Las recaudaciones por concepto de todos los impuestos se elevaron de un 7.8% del PIB a 12-13% desde finales de 1980s. Sin embargo, más importante que la porción del PIB real, es que los ingresos reales por impuestos han crecido año tras año por el crecimiento prolongado del PIB real--casi 5% por año en la mayor parte de los años desde 1986. Perú, el PIB real cayó en más del 25% desde 1988 a 1990, y la inflación alcanzó 7,500%.En 1992, la tasa más alta de impuesto en Perú se redujo del 50% al 30%. La tasa del IVA de cerca de 55% se disminuyó a una tasa única de 18%, y los impuestos especiales al consumo se eliminaron en 1993. Las tarifas se redujeron a un 15% para casi todos los bienes, y 25% para unos pocos bienes. Las recaudaciones por impuestos se elevaron de 6.5% del PIB en 1989 al 10.2% en 1992-

Es importante señalar que dentro de los esquemas anteriormente referenciados como milagros económicos en el pasado, los países que rápidamente se recobraron de inflación rápida y de una economía en contracción, como Bolivia, Perú, Chile y Argentina, siempre lo hicieron con la ayuda de políticas monetarias y tributarias diseñadas por sus gobernantes elegidos, no por el FMI. La dolarización tiene un gran potencial para reparar la mitad inflacionaria del problema: "stagflation" (paralización-inflación), pero por sí misma hace muy poco para reparar la otra mitad, crecimiento económico. Tal como lo señaló años atrás el Premio Nobel Robert Mundell, uno necesita utilizar herramientas distintas para tareas diferentes. La tarea apropiada para la política monetaria es prohibir la inflación. La tarea de la política tributaria es de incentivar el esfuerzo productivo, la inversión y la actividad empresarial.

Los economistas de los países industriales más grandes a menudo aconsejan a otros países perseguir políticas que son opuestas a las que ellos aconsejarían en sus propios países, tales como tipos de cambio que se hundan (sinking exchange rates) y elevar sus tasas tributarias. Una razón para esta inconsistencia paternalista puede ser la opinión común de que el sistema tributario puede y debe redistribuir el ingreso del rico al pobre. Pero los impuestos en la realidad no redistribuyen el ingreso, ellos solo reducen el ingreso para toda la nación, esto es, reducen los incentivos para hacer las actividades que de otra manera resultarían en un ingreso alto y por lo tanto, en impuestos altos. Ningún país se ha hecho rico usando impuestos para prevenir que sus ciudadanos se hagan ricos.

Un estudio de la OCDE encontró que "la evidencia de casi todos los países sugiere que los efectos del sistema tributario como un todo en la distribución del ingreso, son relativamente menores." Los esfuerzos para exigir impuestos con tasas marginales altas en la renta de las inversiones en capital o capital humano, solo hacen que el capital y las habilidades se hagan más escasas y por lo tanto, más valiosas. Esa escasez inducida por los impuestos eleva la renta, antes de pagar impuestos, de los que ya poseen capital o títulos profesionales universitarios. La incidencia verdadera de tasas impositivas escalonadas recae sobre los trabajadores (cuya productividad se inhibe por un cociente más bajo de capital/trabajo). Y el peso también recae sobre los consumidores (quienes deben pagar honorarios más altos a los profesionales cuyas habilidades son escasas).

Existen límites prácticos sobre cuán alto pueden llegar los impuestos como proporción al PIB-con la excepción quizás de mantener los mismos ingresos y bajando el PIB. Los países con las

93. El crecimiento económico ha sido muy vigoroso a partir de las reformas tributarias de 1992-93 y la inflación moderada.

tasas más altas de impuesto a la renta, a la nómina, ventas o importaciones, no recaudan más ingresos que los países que tienen tasas tributarias mucho más bajas.

Al efectuar un análisis dinámico--el cual observa el crecimiento de los ingresos reales por concepto de impuestos en el tiempo en lugar de solamente el porcentaje estático del PIB en un año--los países con impuestos altos califican muy mal. Lo que tienen de común todos los países con altos impuestos es poco o ningún crecimiento económico.

3.4 elementos que inciden en los llamados “Milagros Económicos”

En consecuencia, sus ingresos por impuestos tampoco crecen, puesto que es imposible que los ingresos se mantengan creciendo cada año como un porcentaje del PIB, la única forma de mantener los ingresos creciendo en términos reales es manteniendo el PIB creciendo en términos reales. El impacto más duradero de una política monetaria son sus efectos en la economía. Los "milagros económicos" más exitosos de este siglo siempre evitan controles de precios y de salarios, garantizan convertir una moneda a otra moneda que ofrezca más credibilidad a una tasa de cambio fija (la dolarización va más adelante todavía), y reducen tarifas y tasas impositivas marginales. Cuando se han reducido las tasas marginales combinadas de impuesto a la renta, nómina y a las ventas, a niveles competitivos internacionales, se han producido los resultados siguientes:

- (1) Un aumento sustancial en la entrada de capitales y por lo tanto, una moneda más fuerte y tasas de interés más bajas;(2) Una reducción de la emigración de gente capacitada ("fuga de cerebros") y un aumento en la inversión personal en educación; y, (3) Una reducción en la evasión de impuestos; más crecimiento económico y por lo tanto, un aumento en la recaudación real de impuestos de todas las fuentes.

- (2) Si un país se plantea objetivos tan pequeños, con toda seguridad va a obtener resultados pequeños. Con las políticas correctas, las cuales con toda seguridad incluyen un cambio radical en política tributaria, cualquier economía como la mexicana que está emergiendo de varios años de colapso hiperinflacionario debe ser capaz de crecer cerca de 7% al año durante un largo tiempo. Y eso es suficiente para duplicar la producción real y el ingreso en diez años. Por supuesto, que eso no ocurre así no más. Se necesita trabajar duramente. Pero hacer que el trabajo duro pague--después de pagar impuestos--es un buen lugar para empezar.

6. CAPITULO 4

BREVE ANÁLISIS DE LAS FINANZAS PÚBLICAS EN MÉXICO

Las finanzas públicas de un país son sostenibles cuando la estructura de los ingresos y del gasto público permite que la deuda pública total, expresada como porcentaje del producto interno bruto, decrezca en el tiempo. Determinar si las finanzas públicas son sostenibles es un ejercicio complejo, ya que requeriría conocer, o al menos estimar, el comportamiento de las finanzas públicas en los años futuros. Una respuesta parcial a la sostenibilidad se obtiene analizando la estructura contemporánea del presupuesto público para determinar el rumbo de la deuda pública.

En México, la deuda pública total reconocida por el gobierno de 41.7% del PIB (incluye deuda pública tradicional, IPAB, banca de desarrollo, Pidiregas, fondos y fideicomisos, y apoyo a deudores) es apenas sostenible bajo supuestos razonables de tasas de interés y de tasas de crecimiento de la economía. Un superávit primario ajustado del 0.8% del PIB, como el que se estima que se registró en 2001, resultaría suficiente para mantener fijo el nivel de endeudamiento, siempre y cuando las tasas internacionales de interés se mantuvieran entre 4% y 5% en términos reales o que el crecimiento de la economía no se viera retrasado. Sin embargo, de no darse un cambio sustancial en la estructura de los ingresos públicos, resultaría poco factible registrar en cinco o diez años balances públicos en estos niveles, debido, fundamentalmente, a compromisos de gasto incurridos con la reforma al Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR), así como en otros renglones del gasto. La situación puede agravarse todavía más si continúan las presiones para incrementar el gasto público en diversos rubros. Por otro lado, se debe considerar también que la deuda pública reconocida no contempla todas las obligaciones del gobierno.

Tan sólo en lo referente a las pensiones de trabajadores públicos, el Estado se enfrenta con pasivos contingentes sumamente elevados. Existe una gran disparidad en la estimación de este rubro, que oscila entre un 88% y un 160% del PIB. El gobierno tiene, además, otros tipos de pasivos contingentes, como los derivados del Foro Consultivo Científico y Tecnológico, endeudamiento público de estados y municipios y los del déficit actuarial en el rubro de salud del sistema de seguridad social. Reconocer estos pasivos llevaría a una situación muy comprometida. Suponiendo que el producto interno creciera al 3.2% y que la tasa real de interés promedio que paga el gobierno se fijara en 4%, se requeriría un superávit primario ajustado superior al 1% para evitar que la relación deuda pública-PIB creciera de forma explosiva. Para hacerle frente a esta situación, el gobierno podría trabajar en dos frentes.

El primero, a través de un esfuerzo fiscal que genere un mayor ahorro público, como se plantea a lo largo de este trabajo de tesina, una condición necesaria para lograr dicho esfuerzo es la realización de una reforma fiscal que provea de mayores ingresos. El segundo, mediante la reducción de los pasivos contingentes a través de reformas a los sistemas públicos de pensiones.

Entre otras medidas, se pueden citar el incremento en la edad de jubilación y el aumento en la contribución de los trabajadores al sistema. Análisis de las Finanzas Públicas en México.

4.1 Política Económica de México

La izquierda mexicana tiene una concepción de que una nueva política económica es parte fundamental de la discusión sobre la reforma democrática del Estado. La reforma fiscal integral es esencial para el apoyo a la infraestructura productiva. Un manejo adecuado de la política económica debe permitir el crecimiento sostenido del PIB y la redistribución de la riqueza nacional como eje estratégico del combate a la pobreza, para fortalecer el federalismo y la democracia, instrumentar una adecuada fiscalización de los recursos públicos, avanzar hasta las últimas consecuencias en el combate a la corrupción y eliminar el uso discrecional de los recursos públicos. En consecuencia, la política económica y la política fiscal no deben limitarse a la simple recaudación de impuestos; debe ser, ante todo, promotora del desarrollo económico y social.⁴⁰

Un Estado democrático dispone la rendición de cuentas bajo control ciudadano y del Congreso de la Unión, permitiendo la fiscalización oportuna y transparente del ingreso, del gasto y la deuda pública. El sector financiero, en vez de ser un apoyo al desarrollo y la recaudación, durante años ha diferido el pago de impuestos y los ha usado para la capitalización de sus propias reservas.

Es preciso revisar la situación de privilegio de la industria maquiladora. Se requiere la revisión integral del régimen fiscal de estos sectores que se han beneficiado de un sistema de exenciones, privilegios y subsidios multimillonarios: el altamente exportador, bursátil, financiero y el de autotransporte. Además debe realizarse una reforma integral del gasto público, el bajo nivel de ingresos públicos de apenas un 11 por ciento del PIB, como ingresos directamente derivados de la recaudación fiscal —y en términos globales sólo el 22 por ciento del PIB—, pone en grave riesgo el cumplimiento de las funciones sustantivas del Estado nacional y obliga, como tarea impostergable, a una reestructuración del conjunto de la política de ingreso-gasto, coordinación fiscal, deuda pública y supervisión del gasto público.

Los gobiernos neoliberales de los últimos años hicieron una reducción muy severa en la participación del Estado en el producto nacional. Es viable realizar una reforma fiscal integral, pasar de 11 a 16 por ciento el ingreso directo proveniente de la recaudación de impuestos e ir disminuyendo gradualmente el peso tan amplio que tienen en las finanzas nacionales las transferencias fiscales de Pemex. La tercera parte de los recursos federales (alrededor de 600 mil millones de pesos) provienen de esta paraestatal; por ello, deben crearse mecanismos para situar como meta de desarrollo a mediano plazo el incremento del ingreso y el gasto público a través de vías sanas, estables, equitativas y justas con el fin de que en un decenio la participación del gasto público en el PIB alcance el 35 por ciento.

⁴⁰ Consúltese el ensayo de Calderón Salazar, Jorge A. *Políticas Económicas y Reforma Fiscal en México* Director de Estudios de la Revolución Democrática y profesor de Economía en la Universidad Nacional Autónoma de México.

En el corto plazo, es fundamental establecer la meta de incrementar la recaudación fiscal no petrolera en 400 mil millones de pesos. Sólo así podrá financiarse de manera estable y no inflacionaria un programa social de protección a adultos mayores y atención a grupos vulnerables, desarrollar un programa de expansión del gasto público en obras de infraestructura, ampliar la inversión en desarrollo rural e impulsar el desarrollo regional.

Estas medidas son indispensables para reactivar el mercado interno, obtener gradualmente una tasa de crecimiento de la economía nacional del 7 por ciento y lograr la generación un millón de empleos permanentes en el sector formal.⁴¹ Muchas naciones de Europa y la mayoría de los países de la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico) tienen este rango de participación de ingreso y gasto público; lograrlo, exige el combate a la evasión fiscal, ampliar la base de contribuyentes, la reforma fiscal, el combate a la corrupción, medidas de sobriedad republicana son las que se estiman por parte de la izquierda mexicana, además, además del incremento de la eficiencia. Según los economistas partidarios la izquierda mexicana, es inaceptable que en el sector más dinámico de la economía mexicana, impulsado durante más de 20 años por gobiernos neoliberales, las industrias y corporaciones altamente exportadoras, prácticamente no esté contribuyendo a las finanzas públicas de México. No podemos continuar con un régimen impositivo donde empresas con una plataforma exportadora de más de 170 mil millones de dólares (más de un millón de millones 700 mil millones de pesos) contribuyan con una mínima aportación fiscal.

La inequidad es, hoy como ayer, rasgo por excelencia de nuestra estructura tributaria. El impuesto sobre la renta capta, si lo comparamos con la porción de ingresos de cada segmento, una parte mayor del trabajo que del capital. Además, en el caso de los salarios, tiene tasas muy elevadas para los ingresos bajos y medios, y diversas formas de exención y evasión de los sectores de altos ingresos. La utilidad de las empresas tiene una tasa desproporcionadamente menor, a la establecida para los pequeños y medianos empresarios. Hay tratamientos especiales bajo el régimen de consolidación diseñados para premiar a los más fuertes. Las operaciones financieras prácticamente no están gravadas, situación que existe en materia de utilidades derivadas de compra-venta de acciones.

Los ingresos indirectos, los impuestos derivados del consumo —por naturaleza regresivos— tienen un peso extremadamente alto en comparación con otros países de desarrollo similar al nuestro. Se toleran muy elevados niveles de evasión, no sólo por la vía de actos ilegales, sino porque la ley tiene numerosas lagunas deliberadamente incorporadas a lo largo de veinte años de gobiernos neoliberales para disminuir la participación del Estado en la economía.⁴²

⁴¹ Muchas de estas propuestas fueron recogidas en la plataforma electoral del candidato presidencial a la república de la coalición por el bien de todos Andrés Manuel López Obrador.

⁴² Sobre este tópico la persecución por delitos fiscales ha sido, la más intensa desde el sexenio pasado sin lugar a dudas, tan sólo podemos señalar que anteriormente tan sólo la Procuraduría Fiscal de la Federación aún cuando formulaba querellas y declaratorias de perjuicio por delitos fiscales únicamente se limitaba a pedir informes de los procesos penales a la Procuraduría General de la República y hoy en día hay una participación activa de los abogados hacendarios en dichos procesos penales.

Dentro de los ejes rectores de la economía planteados dentro del Proyecto Alternativo de Nación enarbolado por la Coalición por el Bien de Todos, los altos índices de incumplimiento de obligaciones fiscales obedecen no solamente a incapacidad gubernamental o la reducción del peso del Estado. En muchos casos, hay una silenciosa resistencia social ante una política de gasto público que el pueblo mexicano considera injusta, y más ante las constantes prácticas de corrupción. Prueba de ello es lo sucedido en 1995, cuando el IVA, injustamente y en un acto arbitrario, fue elevado del 10 al 15 por ciento con el voto favorable de los grupos parlamentarios del PRI y el PAN. El pueblo mexicano reaccionó ante esta medida arbitraria a través de una resistencia silenciosa y se redujo la recaudación del IVA. Esto fue resultado de la incapacidad recaudatoria de la administración pública y de la resistencia social.

Si bien es cierto que no coincidimos, con todos los proyectos de la plataforma electoral de la izquierda mexicana, en algo si coincidimos, Nuestro país requiere planear estratégicamente el desarrollo de su economía. Necesariamente se requiere de una planeación estratégica de mínimo 25 años, donde haya acuerdos concertados por los grupos parlamentarios del Congreso de la Unión,⁴³ por los sectores productivos y las organizaciones sociales. Las autoridades hacendarias deben entender que hay más fuentes de ingreso fiscal, que no es posible recargar la recaudación en tan pocos contribuyentes, que debe abandonarse el proteccionismo para ciertos sectores minoritarios de la población. La política fiscal es un instrumento poderoso para orientar la economía de un país, actualmente en la actualidad estas políticas manejan un esquema de prioridades ajenas a las necesidades del desarrollo nacional y la pronta atención de los problemas sociales.

Desde la perspectiva de la izquierda mexicana, la política fiscal que se ha mantenido en los regímenes neoliberales 1982-2006 ha llevado a un abandono de las responsabilidades económicas fundamentales del Estado consistentes, primordialmente, en desarrollar la infraestructura productiva y mejorar las condiciones educativas y de salud de la fuerza de trabajo que constituyen el núcleo para el incremento sostenido de la productividad, única garantía del bienestar futuro de México y de su inserción competitiva en el mercado mundial. Así, mientras que el gasto y la inversión pública en los países de la OCDE se acercan a la mitad del PIB, en nuestro país no alcanza ni siquiera a una cuarta parte del mismo. Desde 1983, una de sus orientaciones fundamentales ha sido el pago del servicio de una creciente deuda pública, interna y externa, que sin embargo, ha bajado en los últimos años como proporción del PIB, gracias a la venta de empresas públicas de

⁴³ El Congreso de la Unión es factor fundamental en dichos acuerdos, pues de no ser así, nos encontraremos en una grave crisis de Estado, pues recordemos que ante la falta de acuerdos políticos, estaremos destinados a una inactividad económica y un estancamiento verdaderamente severo como el que se dio en las legislaturas LVIII y LIX, en donde aún con ingresos petroleros históricos, estos no permearon hacia un crecimiento del país, esperemos que la LX sepa construir dichos acuerdos, sea con el Presidente que sea declarado ganador de los comicios del dos de julio de dos mil seis, o con un presidente interino que a decir de las cosas en una eventual clima de estabilidad es preferible, a un estado de anarquía.

importancia estratégica para la nación y la adopción de estrictas políticas de austeridad con un alto costo social.⁴⁴

Adicionalmente, los principales ideólogos en materia económica de la izquierda mexicana, opinan que existe una descapitalización acelerada de las empresas e instituciones públicas y un abandono de la creación de las condiciones indispensables para el mínimo respeto de la dignidad humana de la inmensa mayoría de los habitantes de este país. El "sistema" tributario mexicano adolece de serios problemas, precisamente por su falta de planeación estratégica y preocupación por la sociedad en general, por lo que carece del sentido promotor del desarrollo nacional que caracteriza a las estructuras fiscales en los países con los cuales competimos comercialmente. En su función recaudadora es pública y notoria que es ineficaz y excesivamente dependiente de los ingresos petroleros, lo que ha producido que toda su función fiscalizadora la concentre en muy pocos contribuyentes, como ha sido explicado en párrafos anteriores.

Dicho sistema, tampoco cumple con la función redistributiva a la que está obligado, pues es altamente regresivo, por basar su recaudación mayoritariamente en los impuestos indirectos e insuficientemente en los impuestos distributivos como el Impuesto Sobre la Renta (ISR), así como en la inadecuada e inequitativa falta de progresividad de las tarifas de los servicios públicos. Su función promotora del desarrollo nacional es incierta, dadas las excesivas facultades discrecionales del ejecutivo y los funcionarios hacendarios, desconociendo la indispensable seguridad jurídica que requiere y debe tener cualquier sistema legal.

La crisis de las finanzas públicas se expresa según dichos partidarios, tanto del lado del ingreso como del gasto y la deuda pública. La caída y luego el estancamiento de los recursos fiscales de la federación ha sido el reflejo del bajo crecimiento económico del país, pero también de la apertura comercial que se acompañó de indebidos privilegios y exenciones fiscales a maquiladoras y empresas exportadoras, sector financiero y grandes corporaciones, injustos convenios para evitar la doble tributación y al crecimiento de la evasión fiscal y la economía informal. Aunado a una pésima administración fiscal, los ingresos tributarios no crecen y son extremadamente injustos e inequitativos. En este mismo hilo conductor, los ingresos públicos reflejan un estado crítico que ponen en grave riesgo el cumplimiento de las funciones básicas del Estado y obligan a una reestructuración integral e impostergable del sistema tributario mexicano.

Para los principales expositores de esta política contraria a los esquemas neoliberales La inequidad es el rasgo por excelencia de nuestra estructura tributaria. El ISR capta, si lo comparamos con la porción del ingreso que cada parte se lleva, un segmento mayor de ingresos del trabajo que

⁴⁴ En este contexto si bien es cierto, han existido empresas que desde un punto de vista estratégico han liberado la carga del Estado, hay otras que realmente no han beneficiado e incentivado sectores de producción de Servicios, entre ellos, tenemos las Administraciones Portuarias Integrales (APIS), Ferrocarriles Nacionales (Ferroviales). Sólo por mencionar algunos, y por otro lado, hemos visto el crecimiento desmedido de monopolios corporativos estatales a monopolios particulares entre ellos vemos el caso de Teléfonos de México Telmex, y los sectores tan polémicos que en la actualidad están el debate, como son el energético a través de Petróleos Mexicanos PEMEX y la Comisión Federal de electricidad o Luz y Fuerza del Centro.

del capital. Además, en el caso de los salarios, tiene tasas muy elevadas para los ingresos bajos y medios (entre 5 y 10 salarios mínimos). Igualmente, las utilidades de las empresas tienen una tasa desproporcionadamente alta para los pequeños y medianos empresarios y muy baja para los grandes "holdings".

Además hay tratamientos especiales, como el régimen de consolidación, especialmente diseñado para premiar a los más fuertes. Las operaciones financieras, prácticamente, no están gravadas.⁴⁵ Los ingresos indirectos, por naturaleza más regresivos que los directos, tienen un peso demasiado alto en la recaudación en comparación con otros países de desarrollo similar al nuestro. Si del lado de los ingresos se encuentra a decir de estos analistas baja recaudación, dependencia de los ingresos petroleros, inequidad, centralismo y evasión, del lado de los egresos las cosas no son mejores. En primer lugar, existe una caída de la inversión pública muy notable. La infraestructura productiva ha sufrido un grave rezago con el consecuente impacto en el desarrollo económico. Lo mismo ha sucedido con el gasto social. Ambos fenómenos están vinculados a uno de los ejes de las políticas neoliberales, en aras de la libertad de mercado, se redujo deliberadamente la promoción económica y la gestión social a cargo del Estado; en cambio, se promovió la apertura económica, la desregulación y el draconiano equilibrio de las finanzas públicas. La integración económica al mercado mundial y la función pública canceló los objetivos de bienestar, empleo, redistribución del ingreso y rectoría económica del Estado.

Se requiere considerar los cuatro aspectos sustanciales de la crisis de las finanzas públicas: ingresos, gasto, deuda y fiscalización. No sólo para superar gradualmente dicha crisis, sino también para sentar las bases de la transición hacia un Estado democrático y un desarrollo justo, incluyente y productivo. La discusión no puede reducirse a más o menos Impuesto al Valor Agregado o más o menos productos con tasa cero. Se trata de un debate sobre el rumbo de la transición; de construir una política de desarrollo diseñada y aplicada por un Estado democrático bajo la vigilancia y participación de una sociedad democrática. Resolver la crisis de las finanzas públicas es parte de la reforma del Estado. Un Estado democrático supone rendición de cuentas y, por lo tanto, una fiscalización oportuna y transparente del ingreso, gasto y deuda pública. Supone también la búsqueda de consensos entre los distintos actores políticos y sociales y esferas de gobierno en la búsqueda de un pacto social democrático en la que todos aporten algo pero también los beneficios se repartan equitativamente favoreciendo a los que menos tienen.

Es indispensable aumentar los ingresos públicos para enfrentar el grave rezago social y la pobreza de la mayoría de los mexicanos así como reactivar a la micro, pequeña y mediana empresa y al sector social de la economía e impulsar un programa integral de desarrollo rural. Una reforma

⁴⁵ Dentro de esta compleja paradoja nuestra opinión se vierte en el siguiente sentido ¿qué no debemos de incentivar la inversión extranjera directa proporcionando buenos esquemas fiscales a dichos inversionistas? Y al mismo tiempo ¿que los grandes capitales no tienen que de alguna forma participar de los gastos públicos del Estado?, ante esta paradoja en un mundo globalizado, lo que podemos hacer, como las otras economías de nuestra misma estatura ejemplo Brasil, Argentina, Chile, o en Asia India, Singapur, Corea Es permitir que los flujos de inversión, si bien entran al país estos deben de ofrecer beneficios cargas recíprocas, de tal forma que se queden en un mediano plazo en el país, bajo esquemas de inversión que los vinculen necesariamente a este.

fiscal de esta magnitud requiere métodos democráticos para lograr un consenso que la haga viable y la inclusión de organismos sociales y políticos, sindicales, civiles, empresariales, y de gobiernos municipales y estatales. Debe ser una tarea multianual y no sólo coyuntural, el combate a la pobreza y la lucha contra la desigualdad no debe basarse en medidas clientelares, compensatorias o limosnas para sectores en pobreza extrema. La tarea central es el fomento del ingreso y el empleo, el incremento de la remuneración a los trabajadores y el fortalecimiento integral a la mediana y la pequeña empresa. Se requiere una nueva estrategia de desarrollo nacional y una política social que ponga el acento en educación, salud, vivienda, satisfactores que, de manera igualitaria y no mercantilizada, permitan la elevación sostenida de los niveles de vida.

Dentro de una inmediata aplicación los esquemas de urgencia transitoriamente, por el grado de atraso que sufren muchas comunidades, según estos expertos, tendrán que aplicarse medidas emergentes e inmediatas de apoyo a los sectores populares. Pero el elemento clave para apoyar a familias en pobreza extrema, cuyo número ha crecido por las políticas neoliberales, es el fomento de la planta productiva y la construcción de la infraestructura social.

El gasto público debe estar orientado a la obtención de una tasa de crecimiento sólida, estable y a la satisfacción de las necesidades sociales. Otro asunto relevante dentro de la política de una izquierda democrática, motivo de preocupación, es la excesiva complejidad de las leyes y ordenamientos fiscales. Fueron hechos sin planeación y carecen de una perspectiva de mediano o largo plazo. En el actual gobierno, las decisiones fiscales se han tomado dependiendo de los problemas del momento y de los grupos de interés.

En la perspectiva de izquierda el presidencialismo, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, imprime a los ordenamientos fiscales una extrema discrecionalidad. Todo ello causa confusión, inseguridad e ineficiencia entre las empresas y las personas físicas, alentando la evasión fiscal. Otro rasgo característico del sistema tributario mexicano ha sido el centralismo extremo, producto genuino de la antidemocracia y el verticalismo. La federación administra una porción extremadamente alta de las finanzas públicas; es el Poder Ejecutivo federal quien da y castiga, indebida e ilegalmente, a los gobiernos estatales y mantiene en un subdesarrollo político y administrativo a las entidades federativas.

Muestra de ello es la afectación de funciones sustantivas, de la cual han dado testimonio los titulares del ejecutivo de diferentes entidades, y el subejercicio de transferencias que por ley debe realizar el ejecutivo federal con base en la Ley de Coordinación Fiscal. Es inaceptable, y lo hemos sostenido de manera consensada diferentes sectores sociales, que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se arrogue la facultad de decidir por sí misma el flujo de efectivo; también lo es pretender que los titulares del Ejecutivo estatal se conviertan en peticionarios de aquello que por derecho y por ley les corresponde.

Por lo tanto, debe tenderse a que la Ley de Coordinación Fiscal sea de carácter equitativo y de reducción de los desequilibrios regionales y sociales, la que fue su filosofía inicial. Deben rediseñarse los incentivos a los estados y los municipios para que cumplan una mejor función de fiscalización y recaudación, fortalecer, a los municipios que demuestren una mayor carga impositiva y, simultáneamente, mejorar los mecanismos redistributivos a los estados y municipios con mayores

índices de pobreza y marginación, especialmente aquellos con elevada proporción de población perteneciente a los pueblos indios. La institución del municipio para estos economistas de la izquierda es la mejor representación de lo que es la práctica de la democracia. El ciudadano debe saber que si no hay pago de impuestos no hay servicios para la comunidad, pero también debe saber que tiene todo el derecho de pedir cuentas claras y precisas a sus mandatarios, sean federales, estatales o municipales, en cuanto a la correcta, eficiente y honesta administración de los recursos provenientes de la hacienda pública.

7. PROPUESTA DE REFORMA FISCAL

- Combatir la corrupción y la impunidad,⁴⁶
- Poner fin a los paraísos fiscales y regímenes de privilegio,
- Ampliar en forma inmediata el número de contribuyentes
- Simplificar el sistema tributario, buscando estabilidad, certeza jurídica, transparencia y permanencia de las leyes fiscales.⁴⁷
- Instrumentar un programa integral de combate a la evasión fiscal para fortalecer la capacidad recaudadora que asegure el financiamiento sano de un gasto público justo, soberano y federalista.
- Revisar la estructura de gasto público, para orientarlo hacia el crecimiento del producto nacional, ingreso, empleo y bienestar social.
- Diseñar mecanismos que estimulen la inversión y el empleo, procurando incentivar la reubicación de determinadas empresas fuera de las zonas metropolitanas, sin dejar a un lado la instalación de empresas cuya actividad este en concordancia con la sustentabilidad y prestación de servicios públicos en grandes áreas urbanas.
- Atenuar el carácter regresivo del IVA y de los demás impuestos indirectos. Mantener tasa cero en alimentos y medicinas.
- Gravar las transacciones especulativas, tanto nacionales como internacionales, con el fin de privilegiar la inversión productiva y desalentar la especulación.
- Disminuir la importancia de los ingresos petroleros en el presupuesto de egresos de la federación y así disminuir la vulnerabilidad del gasto público ante los cambios bruscos en el mercado internacional

⁴⁶ Esto como buen propósito es encomiable, pero necesariamente deben estar vinculada con una política criminal acorde con un programa nacional de desarrollo, pues de nada sirve establecer lineamientos aislados que no tengan engranaje en dichos propósitos de administración, y por el otro lado, que realmente exista un ideal de estado por parte del Poder Judicial de la Federación que se comporte a la altura de las necesidades de un Estado en crecimiento y no de los intereses de los grupos de poder que por tener los medios para una buena defensa, les sea aplicada de forma parcial la ley, así como la postura de el Congreso de la Unión en donde las iniciativas para aprobación no respondan a sólo intereses encumbrados sino a un interés legítimo de Nación.

⁴⁷ Dicha conclusión esta íntimamente ligada a la nota inmediata anterior y al comentario vertida en la misma.

-Revisar el régimen especial del que gozan las grandes corporaciones: el sector financiero y bursátil, las operaciones financieras especulativas, las empresas altamente exportadoras y la industria maquiladora de exportación (IME), para que tributen en consonancia con las amplias facilidades y apoyos otorgados.

-Promover una Segunda Convención Nacional Hacendaria para definir y convertir en ordenamientos legales de observancia obligatoria un nuevo pacto fiscal entre la federación y los estados y mayor autonomía financiera a los municipios.

-Revisar las atribuciones de los distintos ámbitos de gobierno en materia de ingreso y gasto y la transferencia gradual de algunas de ellas a estados y municipios, señalando plazos y métodos para ello.

-Determinar una fórmula de participación reconociendo la necesidad de apoyar equitativamente a las regiones menos desarrolladas.

-Establecer las medidas necesarias para que los congresos estatales puedan transferir a los municipios los recursos con mayor transparencia y con mecanismos de distribución justos y apegados a la realidad. -Mejorar y hacer más eficiente la recaudación de las fuentes directas de ingreso de estados y municipios, particularmente, el impuesto predial. Las medidas anteriores fortalecerán gradual, equitativa y progresivamente la recaudación de acuerdo con los requerimientos de financiamiento productivo y no inflacionario del gasto público. Se requiere eliminar los impuestos ruinosos para la base productiva y el terrorismo fiscal; facilitar el justo y equitativo pago de los impuestos; el cumplimiento voluntario por parte de los ciudadanos; gravar la especulación y vincular la estructura tributaria a los requerimientos anticíclicos del control de la inflación, y brindar estímulos frente a la recesión.

8. CONCLUSIONES

El deficiente sistema de recaudación tributaria en México ha provocado que el país tenga una pobre infraestructura, esto aunado a la corrupta aplicación de los impuestos y el descarado robo al erario federal, nos sitúa en una situación de desigualdad de clases sociales cuya diferencia se vuelve día a día mas abismal. Los pobres cada vez lo son más, mientras que la clase alta cada vez se adueña de mayor riqueza.

Esta situación ha provocado que la tasa que grava los impuestos, inicialmente sea progresiva, pero en algunos casos se transforma en regresiva. Lo que provoca una injusta tributación.

La sencillez en los procesos de recaudación aunado una dignificación del contribuyente, respetando sus derechos esenciales, dotaría al sistema tributario de una mejor capacidad de recaudación.

Además de una necesaria reestructuración en la captación tributaria, pues aquellos empresarios que más tienen más deberían pagar, pero eluden de forma ingeniosa pero poco ética el pago de impuestos.

Para que una reforma Fiscal sea exitosa necesita ser elaborada contemplando de forma integral los aspectos: económicos, político, social, cultural y jurídico, ya que todos ellos inciden en el correcto funcionamiento de un estado de bienestar social, forman parte del gran engranaje que es el desarrollo de un país.

La reforma fiscal integral deberán enfocarse hacia los siguientes objetivos: apoyo al desarrollo de la infraestructura productiva, redistribuir la riqueza nacional como el eje estratégico de la lucha contra la pobreza, fortalecer el federalismo y la democracia, fiscalización de los recursos públicos, así como combate a la corrupción y al uso discrecional de los recursos. La política fiscal no debe limitarse a la recaudación de impuestos; debe ser, ante todo, promotora del desarrollo económico y social.

El implemento de un sistema recaudatorio más eficiente se dará cuando los ciudadanos se den cuenta que sus impuestos están siendo aplicados para procurarles una mejor calidad de vida, que no existe opacidad en la información del destino de sus contribuciones y que estos son aplicados de acuerdo a su capacidad contributiva no a su capacidad económica.

Por tal razón los impuestos deben ser diseñados con mecanismos que permitan calcular la capacidad contributiva real del sujeto pasivo, a diferencia de los actuales que gravan solo la fuente presumible de riqueza, sin contemplar que el individuo tiene necesidades distintas si es padre de familia o si no tiene dependientes económicos.

Si el grado de desarrollo económico del país es elevado, entonces, los sistemas tributarios descansarán en impuestos directos y, por lo tanto, serán más progresivos. Así: las regiones más atrasadas del mundo tienen sus principales fuentes de ingreso en los impuestos indirectos; los países con desarrollo intermedio también se apoyan fundamentalmente en los impuestos indirectos (impuestos sobre las ventas o IVA) y el impuesto a las empresas, en tanto que, en los países más avanzados prepondera el impuesto al ingreso personal.

Las características que debe reunir un buen sistema tributario, están asociadas con los principios de: equidad, justicia, eficiencia, neutralidad, complejidad administrativa y diseño eficiente de la política impositiva. Se destaca que en el diseño de la política impositiva estos principios pueden entrar en conflicto; cuando esto ocurre, se precisa llegar a alguna transacción (trade off) entre ellos, de esta manera, la equidad puede exigir cierta complejidad administrativa y puede interferir en la neutralidad, el diseño eficiente de la política impositiva puede interferir con la equidad y así sucesivamente.

9. BIBLIOGRAFÍA

Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, coordinador, *Manual de Derecho Tributario*, Porrúa, México 2005

Bergman Marcelo *La Capacidad de Recaudar Impuestos del Gobierno Mexicano ¿el tema Previo a la Reforma Fiscal?*, artículo publicado en internet.

Calderón Salazar, Jorge A., ensayo *Políticas Económicas y Reforma Fiscal en México*, Director de Estudios de la Revolución Democrática y profesor de Economía en la Universidad Nacional Autónoma de México.

De la Garza, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, Porrúa, México 2000.

Equilibrio y Responsabilidad en las Finanzas Públicas, Editorial Fondo de Cultura Económica en coedición con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Primera Edición, México 2005

Flores Zavala, Ernesto, *Finanzas Públicas Mexicanas*, Porrúa, Trigésima Segunda Edición actualizada, México 1998.

Mabarak Cerecedo, Doricela, *Derecho Financiero Público*, Mc GRAW-HILL, México 1995.

Ocampo H, J Carlos, artículo *De Tributos, alcabalas e impuestos a verdaderas contribuciones*, revista Una Sola Hacienda, publicada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Año 1, junio/julio 2005, número 4.

Reynolds, Alan, director de investigación económica en el Hudson Institute, artículo publicado por el Instituto Ecuatoriano de Economía Política, traducido por Dora de Ampuero Ecuador. Julio, 2000.

Torres López, Mario Alberto, *Teoría y Practica de los Delitos Fiscales*, segunda edición Actualizada, México 2001.

LA OPERACIÓN DE LEASING FINANCIERO: SUPUESTO CONCRETO DE CONEXIÓN CONTRACTUAL

⁴⁸. Silvia Azminda Vásquez Calderón

1. INTRODUCCION, 2. CAPITULO 1. EL ARRENDAMIENTO, 3. CAPITULO 2. EL FINANCIAMIENTO, 4. CAPITULO 3. CONEXIÓN CONTRACTUAL, 5. CAPITULO 4. LA OPERACIÓN DE LEASING FINANCIERO, 6. CONCLUSIONES, 7. BIBLIOGRAFIA

1. ⁴⁹INTRODUCCION.

La economía mundial ha tenido grandes transformaciones, dando cabida a cambios estructurales y a una nueva concepción de los procesos económicos. Nuestro país, inmerso durante mucho tiempo en una economía cerrada exclusiva de mercados nacionales, con una producción de mala calidad, producto de la falta de competencia, no pudo sustraerse a estos cambios y en los últimos veinte años, por la dinámica de la economía mundial, ha tenido que abrir sus fronteras al comercio y entrar de lleno al intercambio de mercancías, servicios e inversiones con desventajas enormes por la falta de tecnología, infraestructura, potencial de inversión y marco jurídico adecuado.

En este contexto, economía, política y derecho tienen la misma directriz y sus ámbitos se encuentran profundamente entrelazados. El dinamismo social y la realidad de los hechos, son unas de las razones por las que nuevas figuras, o nuevas aplicaciones de figuras ya existentes, proliferan en la segunda mitad del presente siglo. En este ámbito, se encuentra el auge experimentado por el hecho de la conexión entre contratos, y la consecuente necesidad de desentrañar las numerosas cuestiones que suscita en nuestro ordenamiento, muy

⁴⁸ Alumna de la Maestría en Derecho Privado en la Universidad Iberoamericana Puebla

especialmente el de la repercusión mutua de sus respectivas ineficacias, y el de la extensión de uno a otro de la responsabilidad nacida de ellos.

En la etapa económica actual, en nuestro país hemos visto cómo determinados contratos no contemplados en nuestra legislación tienen gran preponderancia en nuestra actividad económica cotidiana y, por ello, se hace necesario realizar un estudio al respecto para regular específicamente sus efectos.

Por su importancia y uso excesivo en nuestra vida económica actual, este trabajo tiene como objeto analizar la operación de leasing financiero, como supuesto concreto de conexidad contractual, cuya interpretación, cumplimiento y ejecución nos remiten necesariamente a las reglas generales de los contratos.

En efecto, nosotros pensamos que la categoría de contratos conexos obedece más bien a razones de carácter evolutivo en la técnica contractual, influenciada dicha evolución, por el estado actual de la economía global de libre mercado, de las nuevas realidades económicas que ésta plantea, mismas que indudablemente impactan el derecho contractual, pero no al grado de afirmar que la aparición de los contratos conexos constituye un verdadero "descubrimiento", cuyo análisis en profundidad sacuda los cimientos tradicionales del derecho privado.

En conclusión, la noción de contratos coaligados surge en el siglo pasado, con la finalidad de explicar una realidad contractual que estaba dándose en la práctica de los negocios comerciales y el tráfico jurídico, circunstancia apuntalada en los últimos veinte años del siglo pasado por la globalización de la economía.

La materia para la que se elabora este trabajo es la referente a Títulos y nuevas Operaciones de Crédito, y debido a que, dentro de las nuevas operaciones de crédito se encuentra el arrendamiento financiero, entre otras, me pareció adecuado analizar este tema, pero desde un enfoque civil, ya que, como trataré de explicar a lo largo de esta pequeña monografía, se trata de un contrato relativamente nuevo, poco regulado, para el cual existe poca normatividad y que, en un momento dado puede llegar a presentar grandes problemas en cuanto a las repercusiones inherentes a las partes, responsabilidad contractual, efectos jurídicos, etcétera. por la dualidad de contratos que lo conforman.

Me resulta interesante este punto de vista, dado que se ha escrito mucho de arrendamiento financiero desde el punto de vista mercantil, contable y financiero, pero se habla muy poco desde el punto de vista del derecho civil, área donde podremos constatarlo, resulta muy interesante su estudio, puesto que la mercantil es más comúnmente conocida.

Nuestra investigación tiene como objetivo analizar la operación de leasing financiero como supuesto de conexión contractual, por lo que debo aclarar que nuestra atención no se centrará en el contrato de arrendamiento financiero o de leasing en sentido estricto, sino en la conexión entre este convenio y otro que concurre con él a realizar lo que se ha denominado operación de leasing.

Espero y sea de su agrado esta investigación y proporcione al lector un enfoque diferente de este tema, pues es novedoso y ampliaría nuestros horizontes. Se finaliza el

presente trabajo con unas pequeñas conclusiones personales del tema investigado a manera de comentario.

2. CAPITULO I.

EL ARRENDAMIENTO

El arrendamiento es un contrato mediante el cual las partes contratantes se obligan recíprocamente, una a conceder el uso o goce temporal de una cosa y otra, a pagar por ese uso o goce a un precio cierto.⁵⁰

Como características del arrendamiento puro tenemos:

- a) El pago efectuado mensualmente como renta se considera como un gasto de operación el cual se lleva directamente a resultados.
- b) Se pacta al finalizar dentro del contrato la venta del bien a valor de mercado, o en su caso, la entrega del bien arrendador.
- c) El bien dado en arrendamiento puro no se considera como activo fijo de la empresa por lo que no podrá realizar la depreciación correspondiente.

Para las empresas, el arrendamiento puro, representa una gran cantidad de beneficios, tales como:⁵¹

- a) Las rentas son deducibles al cien por ciento en su totalidad.
- b) No implica registrar un pasivo en las cuentas de Balance de la empresa.
- c) Alternativa para hacerse de la posesión, uso y goce temporal del bien arrendado, no de la propiedad.
- d) Ayuda a hacerse de bienes sin consumir sus límites presupuestales y de inversión en equipo.
- e) Ayuda a conservar su capital de trabajo y sus otras fuentes de financiamiento.
- f) Renovación continua de sus activos productivos.
- g) Le protege contra la obsolescencia tecnológica del bien arrendado,
- h) Menores desembolsos de rentas de acuerdo al valor residual.

⁵⁰ Art. 2398 del Código Civil para el Distrito Federal, Berbera Editores S.A. de C.V., México, 2006, p. 326.

⁵¹ http://www.banamex.com/esp/empresarial/financiamiento/leasing_puro.html

1.1. Clasificación del arrendamiento.

Se manejan diversas clasificaciones del arrendamiento, estas obedecen a los principios, normas y características existentes en materia contable, fiscal y financiera. La clasificación que nos interesa la encontramos dentro del ramo fiscal, en este rubro el arrendamiento puede ser:⁵²

a) Puro. Es el acuerdo entre dos partes, arrendador y arrendatario, mediante el cual el arrendador otorga el uso o goce temporal de n bien por un plazo determinado al arrendatario, el cual se obliga a pagar periódicamente por ese uso o goce un precio determinado o determinable convenido denominado renta, sin que en ningún caso se convengan las opciones terminales que señala el artículo 410 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.⁵³

Son susceptibles de arrendamiento puro todos los bienes que no sean de consumo inmediato, excepto aquellos que la Ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales.

b) Financiero.⁵⁴ Es el contrato por el cual se otorga el uso o goce temporal de bienes intangibles, siempre que se establezca un plazo forzoso que sea igual o superior al mínimo para deducir la inversión en los términos de las disposiciones fiscales o cuando el plazo sea menor, se permita a quien recibe el bien, que al término del plazo ejerza cualquiera de las siguientes opciones:

- Transferir la propiedad del bien objeto del contrato mediante el pago de una cantidad determinada, que deberá ser inferior al valor de mercado del bien al momento de ejercer la opción.
- Prorrogar el contrato por un plazo cierto durante el cual los pagos serán por un monto inferior al que se fijó durante el plazo inicial del contrato.
- Obtener parte del precio por la enajenación a un tercero del bien objeto del contrato.

La contraprestación debe ser equivalente o superior al valor del bien al momento de otorgar su uso o goce. Asimismo se establece una tasa de interés aplicable para determinar los

⁵² Siu Villanueva, Carlos et al., *Arrendamiento Financiero. Estudio Contable, Fiscal y Financiero*, 4ª ed., México, Instituto Mexicano de Contadores, 1999, pp. 27- 34.

⁵³ <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145.pdf>

⁵⁴ Martorell, Ernesto Eduardo, *Tratado de los contratos de empresa*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 372.

pagos, debe celebrarse por escrito y consignar expresamente el valor del bien objeto de la operación y el monto que corresponda al pago de intereses.

1.2 Características del arrendamiento financiero.

El arrendamiento financiero no proporciona servicios de mantenimiento. No es cancelable. Es amortizable, ya que el arrendador recibe pagos de arrendamiento que son iguales al precio total del equipo arrendado más un rendimiento sobre la inversión.⁵⁵

Otras características de este tipo de arrendamiento lo son, que, no se requiere realizar erogaciones fuertes; el financiamiento es por el cien por ciento del valor del bien, sin considerar los egresos por la concertación.⁵⁶

El contrato es a largo plazo, se obtiene liquidez al vender activos fijos propiedad de la empresa y continuar utilizándolos por medio del arrendamiento; se debe cumplir el plazo inicial forzoso del contrato, en caso de requerir cancelar el convenio se deberá cubrir una prima.

Veremos más adelante que, este tipo de contrato se considera una forma de financiamiento adicional, al complementar las líneas tradicionales de crédito bancarias, sin exigir saldos compensatorios en cuenta.

En el arrendamiento financiero los activos arrendados son propiedad de la arrendadora, sin embargo es la empresa arrendataria la que deprecia los bienes y deduce la parte correspondiente a la carga financiera, aplicándola a resultados en función al total del contrato.⁵⁷

El cliente obtiene un precio de riguroso contado, logrando con ello máximos descuentos establecidos.

Los bienes arrendados no son objeto de embargo, en cualquier tipo de controversia ya sea legal o laboral, pues la propiedad jurídica de dichos bienes es de la arrendadora.⁵⁸

La arrendadora debe adquirir los bienes objeto del contrato de acuerdo con las especificaciones y del proveedor indicados por el arrendatario.

⁵⁵ Arce Gargollo, Javier, *Contratos civiles y mercantiles atípicos*, 6ª. ed., México, Porrúa, 2004, p. 189.

⁵⁶ Martorell Ernesto Eduardo, op.cit., nota 4, p. 362.

⁵⁷ Arce Gargollo, Javier, op.cit., nota 5, p. 190.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 397.

Se da una concesión temporal del uso o goce de la cosa objeto del arrendamiento.

El precio ha de ser una cantidad determinada y determinable que cubra el valor de adquisición del bien, el beneficio o utilidad de la arrendadora por la inversión, las comisiones, fletes, gastos, impuestos y demás accesorios.

La asunción de los riesgos es a cargo del arrendatario financiero, así como de los vicios de la cosa y gastos de conservación y mantenimiento.⁵⁹

En el registro mexicano el arrendamiento no está sujeto a registro, sin embargo las partes solicitan que se inscriba en el Registro Público de Comercio, sin perjuicio de hacerlo en otros registros de que las leyes determinen. ´

Otra característica relevante es que se trata de una figura mercantil, ya que la arrendadora ha de ser un comerciante, una sociedad anónima dedicada únicamente a realizar actos de esta naturaleza, cuyo propósito debe ser de carácter lucrativo.

3. CAPITULO 2.

EL FINANCIAMIENTO

2.1. Concepto y clasificación.

Se considera financiamiento a la obtención de dinero el cual reditúa un costo, denominado interés o costo de financiamiento. Para que una empresa realice una inversión de capital requiere conocer la disponibilidad o liquidez y el costo de las diversas fuentes de financiamiento.⁶⁰

Dentro del género de la financiación se agrupan aquellos contratos cuyo objetivo fundamental implica la concesión de crédito por parte de un sujeto –denominado dador – a otro- llamado tomador-. Lo que conlleva, en la mayoría de los supuestos, la entrega del primero al segundo de una determinada suma de dinero, con el compromiso de éste de restituirlo en el tiempo pactado, abonando los intereses correspondientes.

⁵⁹ <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=872>

⁶⁰ Barbieri, Pablo, *Contratos de empresa*, Buenos Aires, Universidad SRL, 1998, p. 211.

El objetivo fundamental de los contratos de financiación resulta ser el de facilitar una disponibilidad de dinero a corto plazo al tomador, a fin de que éste pueda satisfacer una necesidad, estableciéndose un mecanismo para la devolución que, generalmente, va acompañado de una determinada garantía –real o personal- que intente asegurar el retorno de lo oportunamente entregado con más los intereses pactados.

Para poder financiarse, las empresas⁶¹ se auxilian de factores externos por carecer de recursos o bien por costear inversiones más rentables o que impliquen menor riesgo.

Cuando una empresa busca financiamiento puede recurrir a sus propios fondos según requiera de poca inversión o bien, a fondos externos cuando se trate de inversiones mayores para las cuales no cuenta con los recursos necesarios. Según el financiamiento obtenido por las necesidades de la empresa, el vencimiento del mismo, podrá ser a corto plazo, que deberá liquidarse al término de un año o a largo plazo, el cual se liquidará en un plazo mayor a un año o al ciclo operativo de la empresa.

2.2. Fuentes de financiamiento.

Una de las premisas fundamentales que debe prevalecer en toda empresa que desee crecer y desarrollarse, así como alcanzar la productividad y calidad en los bienes o servicios que ofrece a sus clientes, es la de aprovechar sus recursos internos y externos, de manera tal que la aplicación de los mismos genere un beneficio que sea suficiente para cubrir el costo de capital y obtener una utilidad razonable.⁶²

Hacíamos mención en el apartado anterior, que, en muchas ocasiones las empresas no cuentan con los recursos necesarios para hacer frente a las necesidades que presentan, o bien, que requieren de un capital mayor para poder invertir y hacer prosperar sus negocios y lograr mayor proyección. En esta búsqueda, tanto de elementos externos como internos, para financiar sus actividades y adquirir maquinaria o bienes, según el caso, la empresa tiene a su alcance una extensa gama de fuentes de financiamiento, tales como:⁶³

El aumento de capital que consiste en el incremento del patrimonio, por medio de nuevas aportaciones de los socios, por admisión de nuevos socios y por retención de utilidades.

Préstamo bancario, se refiere a los créditos refaccionarios y a los hipotecarios básicamente. Esta clase de créditos son los destinados a la compra de instrumentos útiles de labranza, maquinarias, construcción o realización de obras inmobiliarias, etc. Para obtener esta

⁶¹ Barreira Delfino, Eduardo A., *Empresas, La Contratación*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 36.

⁶² http://www.robertexto.com/archivo1/fuentes_financiam.htm

⁶³ Barbieri Pablo, op cit., nota 9 pp. 213-250.

fuerza de financiamiento se debe demostrar solvencia tanto financiera como moral, así como señalar el destino de los recursos.⁶⁴

Obligaciones. Títulos emitidos por sociedades anónimas, que representan la participación personal de sus poseedores en un crédito colectivo: pueden ser quirografarias, respaldadas por la estructura financiera de la entidad o hipotecarias, respaldadas con un bien inmueble; convertibles con opción de pasar a ser acciones; fiduciarias, garantizadas por un fideicomiso y, prendarias garantizadas por diversos bienes.⁶⁵

El financiamiento interno, con fuentes propias de la empresa.

El financiamiento por parte del fabricante o distribuidor.

Y por supuesto el arrendamiento financiero, como fuente externa de financiamiento, una opción para obtener los recursos que se requieren para adquirir bienes de capital, con las características y modalidades que describiremos a lo largo de nuestro estudio.

4. CAPITULO 3

CONEXIÓN CONTRACTUAL

3.1. Concepto

Son muchas las situaciones en que se produce la conexión contractual, lo importante es determinar qué realidad ha de considerarse incluida en esta figura, ya que pueden existir situaciones muy distintas entre sí, dado que cada caso de superposición contractual, en función de cuales sean los convenios celebrados de las partes, presenta rasgos y caracteres peculiares. Entonces, cualquier concepto que de esta figura quiera darse debe tomar como base, la escasa uniformidad de hechos que existen en la conexión contractual, ya que como hemos anotado, puede suceder que la relación entre dos contratos tenga su apoyo en la accesoriedad o dependencia de uno respecto del otro, o que en casos diferentes, los convenios tengan la misma importancia aunque estén orientados a la realización de un fin común o bien,

⁶⁴ Ibidem, p. 203-212.

⁶⁵ Art. 208 del Código de Comercio, Leyes y Reglamentos Complementarios, México, Berbera Editores, S.A., 2006. p. 263.

que no exista igualdad de partes en un contrato inicial y en uno concluido.⁶⁶ Esto nos lleva a concluir que, los criterios para delimitar y definir la conexidad contractual son inciertos pues, como ya hemos visto, resulta problemático determinar la individualización del fenómeno, debido a la extrema variedad que este tipo de contratos puede revestir.⁶⁷

Ana López Frías expone que, la conexión contractual surge, “cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante”⁶⁸. Consecuencia de esta definición, debemos entender que, al hablar de conexión entre contratos quedan al margen de esta definición la vinculación entre negocios jurídicos que no sean contratos, es decir, todos aquellos casos en que un negocio jurídico presenta cualquier tipo de relación con otro negocio jurídico.

La conexión contractual debe ser funcional, es decir, debe referirse a la propia naturaleza de uno o ambos contratos o bien a la disposición de intereses configurada por las partes. Con esta característica de la conexidad, quedan excluidas la conexión ocasional, que según la doctrina italiana⁶⁹ es “aquella que se produce como consecuencia de constar dos o más convenios en un solo documento –sin perjuicio de que tal circunstancia puede ser indicio de la existencia de una verdadera conexión funcional entre los acuerdos documentados- o en virtud de circunstancias de naturaleza económica escasamente significativas y ajenas a la función propia de los contratos en cuestión”⁷⁰.

De igual manera, queda al margen de nuestra figura, la conexión genética entre el precontrato y el contrato definitivo, que sólo opera en la fase de formación de los mismos.

Messineo⁷¹ expresa que: “... los contratos vinculados constituyen algo mas amplio que la mera reciprocidad” y que esa vinculación puede ser tanto genética como funcional. Entendiéndose por genética, aquella por la cual un contrato ejerce un influjo sobre la formación de otro u otros contratos y por funcional, aquella por la que un contrato adquiere relevancia si obra sobre el desarrollo de la relación que nace del otro contrato, sin excluir que la acción pueda ejercerse también en sentido recíproco entre dos contratos.⁷² La vinculación funcional, se manifiesta bajo el aspecto de una subordinación unilateral o recíproca, bilateral,

⁶⁶ Contarino, Silvia, *Contratos Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 36-37

⁶⁷ Galindo Garfias, Ignacio, *Teoría General de los Contratos*, México, Porrúa, 1996, pp. 67-90.

⁶⁸ López Frías, Ana, *Los contratos conexos: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción dogmática*, Barcelona, Bosch, 1994. p. 271.

⁶⁹ Ascarelli, Schizzerotto y Ferrando, entre otros, citados por Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos Conexos: grupos y redes de contratos*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1999, p. 22.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 273.

⁷¹ Messineo: *Doctrina general del contrato*, en J. Mosset Iturraspe, *op.cit.*, nota 17, p. 23.

⁷² *Idem*.

con el efecto de que las vicisitudes de un contrato repercuten sobre la relación que nace del otro contrato, condicionando la validez o la ejecución del mismo, pudiendo ser la subordinación tanto jurídica como económica⁷³.

Se entiende por contratos coaligados (conexos), según LOPEZ VILAS⁷⁴ aquellos “contratos que en una u otra forman guardan cierta vinculación con otros u otros”. De manera negativa podría decirse que contratos unidos son aquellos que no son independientes. DIEZ PICAZO, dice también que son:

“Aquellos casos en que las partes yuxtaponen varios contratos típicos en un negocio único, para tratar de a

La diferencia entre el contrato atípico y el coaligado es que, en el primer caso, hay unidad en el contrato, y en el segundo interesa el fenómeno de la dualidad o pluralidad de contratos. Los contratos unidos tienen una entidad distinta y tienen su propia causa jurídica. En ambas acepciones los autores no expresan que características o requisitos debe tener esa “vinculación o unión contractual” o bien su definición.

Con lo anterior, deducimos que la conexión que nos interesa en este tema, es aquella que es o puede ser jurídicamente relevante, es decir que produzca efectos jurídicos, pues es el único criterio capaz de unificar los diversos supuestos de conexión y de dar sentido a su estudio desde el Derecho, por consiguiente la conexión contractual que nos interesa, no constituye una cuestión extrajurídica y tampoco se reduce a una serie de circunstancias fácticas, sino que es de tales dimensiones que merece que el Derecho le asigne determinadas consecuencias. A resumidas cuentas, la definición de conexión contractual debe poner el acento no sólo en el supuesto de hecho, sino incluso sobre todo, en sus consecuencias jurídicas.

Para DITASO⁷⁶ “el fenómeno de la conexión entre negocios se produce cuando dos o mas negocios, cada uno estructuralmente autónomo, están entre sí unidos por un nexo, que, aun dejando íntegra la autonomía de los mismos negocios, tiene sin embargo cierta relevancia para el Derecho”. La conexión contractual, puede considerarse según DI NANNI⁷⁷, como “el nexo de carácter funcional considerado por el ordenamiento como punto de referencia de una hipótesis jurídica autónoma, a la cual se reconducen efectos nuevos y distintos de aquéllos que los negocios coligados están destinados a producir singularmente”.

Por lo tanto, resulta indiferente que la conexión existente entre uno y otro contrato derive de la voluntad de las partes o de la naturaleza y función de los propios convenios. La mera identidad del objeto de varios acuerdos no es suficiente para calificarlos como conexos,

⁷³ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 15, p. 81.

⁷⁴ López Vilas: *El subcontrato*; en Arce Gargollo, Javier, op. cit., nota 7, p. 133.

⁷⁵ Diez Picazo: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, en Arce Gargollo, Javier, ibidem, p. 133.

⁷⁶ Ditaso: *In contratti in generale*; en López Frías, Ana, op. cit., nota 16, p. 274.

⁷⁷ Di Nani: *Collegamento negoziale e funzione complessa*; en López Frías, Ana, ibidem, p. 275.

no hace jurídicamente relevante a lo que de común tienen los mismos, para que esto suceda en relación a contratos de igual objeto, es preciso que estos contratos presenten alguna forma de dependencia estructural, como el caso de la subcontratación,⁷⁸ o que estén informados por un propósito global común.

En este tipo de conexión contractual, el supuesto negocial es el de una pluralidad de contratos, dos o más. Quedando atrás el caso de un contrato único, aunque el mismo mostrara la mezcla de situaciones jurídicas o la combinación de varios tipos, como en caso del contrato mixto o los contratos combinados, respectivamente. Igualmente quedan fuera de este supuesto los contratos recíprocos⁷⁹ donde las partes de todos los acuerdos son las mismas en relación de dependencia mutua.

Francia ha dictado dos leyes que son pioneras en esta materia, en 1978 y 1979, relativas a la conexidad o dependencia entre los contratos de adquisición de bienes muebles e inmuebles y los de financiamiento de tales operaciones.

Son dos los requisitos para determinar cuando estamos ante contratos coaligados: la pluralidad de contratos y el vínculo funcional entre ellos. En una relación contractual determinada, se pueden identificar diversas prestaciones principales o accesorias que pueden formar parte de un solo contrato o de diversos contratos unidos entre sí.

3.2. Efectos de la conexidad contractual

La doctrina italiana⁸⁰, a pesar de que no ha llegado a agotar los efectos de la conexidad, ha tomado en cuenta, que en la conexión legítima, quien es parte de un contrato pueda cuestionar la validez de otro u otros; que la resolución de uno puede producir la resolución de otro, en consideración a la conexidad e inescindibilidad, desde el punto de vista económico, a la unidad del fin perseguido; que siendo varios coligados no puede plantearse el desistimiento de uno solo de ellos y; que el incumplimiento por una parte, de las prestaciones nacidas de un

⁷⁸ Mosset Iturraspe, Jorge, op. cit., nota 20, p. 28..

⁷⁹ Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, Ibidem, p. 24.

⁸⁰ G. Fernando, *I. contratti collegat. Struttura e funzione*; en Mosset Iturraspe, Jorge, Ibidem, p. 24.

contrato, puede ser alegado por la otra para no cumplir con otro contrato, conexo del primero.⁸¹

Las consecuencias de la unión de contratos abarcan aspectos de carácter sustantivo o material y de naturaleza adjetiva o procesal. Entre las cuestiones de orden sustantivo debe considerarse la propagación de la ineficacia de un contrato a los demás, los problemas relativos a la interpretación de un contrato considerando el contenido del resto y el tema de la responsabilidad civil contractual.⁸²

La materia de la ineficacia abarca la nulidad, la terminación, la resolución (o rescisión) y el desistimiento unilateral. Sobre el particular Díez Picazo opina que “la ineficacia de uno de los contratos solo origina la ineficacia del conjunto, cuando el resultado práctico proyectado únicamente pueda conseguirse mediante la vigencia de todo el conjunto negocial”.⁸³ De esta manera la ineficacia eventual de un contrato alcanzará a los demás: la nulidad o la resolución de uno, originará la nulidad o la resolución de los demás. No obstante dice López Frías, no puede afirmarse sin más, que un efecto de la conexión contractual es la repercusión de las vicisitudes de un contrato sobre los restantes celebrados” opuesto que ello dependerá de las circunstancias del caso. Solo se extenderá la ineficacia a otro coligado, si, tras la desaparición del primero el segundo pierde su razón de ser y se hace inalcanzable el propósito que vinculaban a ambos contenidos.

Al respecto habrá de atenderse al resultado o finalidad común que persiguen los dos o más contratos celebrados, punto que se inscribe en el tema de la causa,⁸⁴ para entender la existencia, además de la causa individual de cada contrato, otra de carácter supracontractual que se refiere a la relación compleja formada por todos los contratos. De esta manera se aprecia una causa común a todos los contratos, colocada en un plano general, y una causa singular, referente a cada contrato conexo en lo particular.⁸⁵

En materia de interpretación, las normas de interpretación de los contratos no contemplan la posibilidad de interpretar un contrato teniendo en cuenta el contenido y la finalidad de un contrato distinto pero vinculado a él, ni fueron concebidas dichas normas para la interpretación de varios contratos distintos y relacionados entre sí.⁸⁶

Dado que el objetivo primordial del intérprete ha de ser determinar la voluntad de los contratantes, no hay razón para rechazar, siempre que ese objetivo lo requiera, la información

⁸¹ Contarino, Silvia, op. cit., nota 14, pp. 293-299.

⁸² López Frías, Ana, op. cit., nota 25, p. 131.

⁸³ Díez Picazo: *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, citado por López Frías, op. cit., nota 30 p. 233.

⁸⁴ Contarino, Silvia, op. cit., nota 29, pp. 229-246.

⁸⁵ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 21, pp. 149-182.

⁸⁶ Gherzi, Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, Astrea, 1999. vol. 1, pp. 3-10.

que pueda proporcionar otro contrato (conexo), o el conjunto formado por dos o más convenios imbricados.

Desde el punto de vista procesal debe analizarse: el ejercicio de acciones directas, el carácter de las excepciones oponibles (entre ellas, la *exceptio non adimpleti contractus*, excepción de contrato no cumplido), el litisconsorcio pasivo necesario, las tercerías coadyuvantes y los efectos de la realidad de la cosa juzgada.

3.3. La presencia de contratos conexos en el tráfico jurídico

Es frecuente en nuestra sociedad que los particulares adquieran bienes o servicios gracias a préstamos otorgados por las entidades bancarias a tal efecto. Poseer dinero líquido no es ya requisito imprescindible para acceder a la propiedad de ciertos productos o para gozar de determinados servicios, pues las sociedades financieras pueden suplir la falta de liquidez que nos afecte en un momento determinado.⁸⁷

El desarrollo de los países capitalistas es lo que ha generado la realización de celebrar este tipo de contratos. Los modernos sistemas de producción exigen nuevas fórmulas para colocar en el mercado el ingente número de bienes y servicios proporcionados por las empresas.⁸⁸ La proliferación de este tipo de contratación es un hecho conocido y fácilmente constatable en nuestros días que se ha manifestado en la creación de diversos tipos de operaciones, como el arrendamiento financiero, en donde suele ser característica la conclusión de dos contratos -la compra venta o prestación de servicios y el préstamo- con profesionales de distintos ámbitos: el vendedor y la entidad financiera. En este supuesto no solo cambia la estructura del intercambio, sino también los sujetos del mismo, sustituye al binomio: vendedor-adquirente, el triángulo: vendedor-adquirente-financiador. Ya no es el proveedor quien otorga, por su cuenta, facilidades de pago a ciertos clientes, sino que aparece un tercer sujeto- el banco- y satisface el precio, que posteriormente deberá rembolsar a plazos el adquirente. De tal manera que entre los contratos celebrados existe un nexo o ligamen en sentido amplio, dado que es precisa la concurrencia de ambos para realizar la operación.

En México, el arrendamiento financiero alcanzó su mayor auge a finales de los años setenta y principios de los ochenta, sin embargo estando en su mejor momento se vio afectado por la crisis de 1982, en la que se interrumpió el financiamiento en moneda extranjera. Para hacer frente a este problema, las arrendadoras financieras sufrieron una reestructuración, llegando a convertirse en organizaciones auxiliares de crédito reguladas por la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito y necesitando a su vez, la

⁸⁷ Ibidem, pp. 29-35.

⁸⁸ Barreira Delfino, Eduardo A., op. cit., nota 10, pp. 77-96.

autorización para funcionar como tales por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; restringiendo de esta manera su operatividad.

Esta medida se tomó para tener un control sobre las arrendadoras financieras por parte de las autoridades; a través de todas estas regulaciones y requerimientos tanto en su Ley de Origen como en las Leyes Fiscales.⁸⁹ Con el paso del tiempo, esto se convirtió en un obstáculo para la competitividad eficiente, lo que trajo consigo una disminución considerable de las arrendadoras financieras a partir de 1997, y desde entonces hasta nuestros días la cartera de las arrendadoras se ha mantenido con una

proporción constante del PIB cercana al dos por ciento.

En la actualidad, el grupo principal de intermediarios financieros no bancarios, se encuentra constituido por las SOFOLES,⁹⁰ empresas de factoraje financiero y arrendadoras financieras. Por todos estos inconvenientes, nuestros legisladores vieron necesaria una reforma a nuestras leyes en materia de financiamiento, el pasado 18 de julio del presente año, el Diario Oficial de la Federación publicó una nueva reforma jurídica-fiscal que adiciona, modifica y deroga diversas disposiciones de La Ley General de Título y Operaciones de Crédito, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, Ley de Instituciones de Crédito, Ley del Impuesto Sobre La Renta, Ley del Impuesto al Valor Agregado, Código Fiscal de la Federación, entre otras.⁹¹ El objetivo principal de la citada reforma es el de promover el crecimiento de las intermediarias financieras –las Arrendadoras- y ampliar sus operaciones activas a diversos sectores, eliminando la autorización y la regulación por parte de las autoridades financieras, logrando así, una mayor facilidad y accesibilidad para la obtención de créditos.

A través de esta reforma, las arrendadoras financieras dejan de ser consideradas como Organizaciones Auxiliares de Crédito, pues se encontraban contempladas en esta ley, para ser consideradas como una actividad auxiliar de crédito, modificándose y derogándose diversos artículos.

La base principal de esta nueva reforma, es principalmente la modificación que se dio a los Artículos 2 y 103 de La Ley de Instituciones de Crédito, mediante la cual se permite que cualquier empresa mercantil pueda obtener fondos de la banca regulada,

así como del mercado de valores y poder estar en condiciones de otorgar créditos.⁹²

Esto no causa ningún riesgo para el sector financiero, ya que las citadas empresas no captan depósitos del público y no están conectadas al sistema de pagos. Con esta liberación, el

⁸⁹ Siu Villanueva, Carlos, op. cit., nota 2, pp. 65-82, 137-155.

⁹⁰

http://www.shf.gob.mx/clientes/2_1directororio_intfinancieros_admin/2_1_2_sofoles_hipotecarias.html

⁹¹ <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145.pdf>

⁹² <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/43.pdf>

Congreso consideró que ya no existe motivo alguno para mantener la regulación de las autoridades financieras a las SOFOLES, empresas de factoraje y arrendadoras financieras, por lo que otorga dicho beneficio en esta reforma estableciendo que todas aquellas sociedades anónimas que se dediquen preponderantemente a otorgar crédito, y/o arrendamiento, y/o factoraje puedan llevar a cabo estas operaciones sin autorización ni supervisión de las autoridades financieras, bajo el esquema de una nueva figura jurídica denominada Sociedades Financieras de Objeto Múltiple (SOFOME).⁹³

La SOFOME representa un beneficio tanto para las empresas de nueva creación como para las arrendadoras ya existentes, ya que las de nueva creación que se constituyan como SOFOMES tendrán las mismas ventajas procesales y fiscales que actualmente tienen las arrendadoras, las SOFOLES y empresas de factoraje; en tanto que el beneficio para las arrendadoras ya existentes radica en otorgarles un periodo de siete años de transición para que puedan operar bajo el esquema de una SOFOME.⁹⁴

5. CAPITULO 4.

LA OPERACIÓN DE LEASING FINANCIERO

Desde el punto de vista de su finalidad económica, se considera al leasing o arrendamiento financiero, como una forma de financiación de la incorporación de bienes de capital al patrimonio del tomador, para lo cual un banco o compañía de leasing (dador) compra el bien o los bienes de capital y los entrega al tomador, quien paga un canon mensual, normalmente calculado teniendo en consideración el valor y el tiempo de amortización de la cosa, confiriendo al tomador una serie de operaciones: comprar el bien al final de un cierto periodo, renovar el bien constituyendo otro leasing, restituir la cosa financista, etcétera.⁹⁵

4.1. Contratos que la integran.

⁹³ http://portal.imcp.org.mx/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3246

⁹⁴

http://www.shf.gob.mx/clientes/2_1directorio_intfinancieros_admin/2_1_2_sofoles_hipotecarias.html

⁹⁵ Mosset Iturraspe, Jorge, Contratos, Santa Fe Argentina, Rubinzal Culzoni, 2003, p. 184.

La operación de leasing financiero requiere que se celebren dos contratos distintos, la compra venta⁹⁶ de un bien determinado y el arrendamiento financiero propiamente dicho. Pues bien, numerosas conjeturas, tanto de hecho como jurídicas, manifiestan la imbricación existente entre dichos acuerdos, como veremos más adelante. Nos enfocaremos más al leasing financiero mobiliario por ser más frecuente en la práctica que el leasing inmobiliario,⁹⁷ sin embargo son iguales las soluciones que pudieran darse en uno u otro tipo, así como la problemática que se suscita en uno u otro caso.

Partiendo de la definición antes dada, el intercambio de las prestaciones a que da lugar la operación de leasing financiero, exige que la sociedad arrendadora adquiera en propiedad el objeto del leasing, por lo que la sociedad compra de un determinado fabricante o proveedor el material elegido, el cual es entregado directamente al arrendatario. Una vez vencido el plazo de duración del contrato, el arrendatario puede concluir otro contrato de la misma naturaleza, puede restituir el material a la sociedad o bien, ejercitar el derecho de opción de compra del mismo.

Por tanto son dos los convenios suscritos por las partes:

a) La compra venta, se caracteriza por la relevante intervención que tiene en ella un tercero, el usuario –quien designa la persona del vendedor, escoge el bien que se va a comprar y lo recibe de manos del proveedor- y por su carácter mercantil, que le atribuye la mayoría de la doctrina.

b) El arrendamiento financiero, que tiene por objeto la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas acordadas. El contrato de arrendamiento financiero incluye necesariamente una opción de compra a su término, a favor del usuario. Aquí podemos destacar la mención del destino empresarial o profesional que debe dar el usuario al objeto del leasing, lo que no es posible el arrendamiento financiero de bienes de consumo. Al igual que la compraventa en que se apoya, recordemos que el leasing financiero también es un contrato mercantil, carácter que se determina según el criterio que se adopte para tal fin.⁹⁸

Respecto a su naturaleza jurídica, existe un punto de vista que lo considera como un arrendamiento⁹⁹. Sin embargo hay ciertos autores que lo consideran que se trata de contrato de crédito, desde el punto de vista de la actividad financiera que realiza la sociedad de leasing, en virtud de la cual este contrato es una modalidad del mutuo o préstamo, asimismo el

⁹⁶ Gherzi, Carlos Alberto, op. cit., nota 34, pp. 445-567.

⁹⁷ Arce Gargollo, Javier, op cit., nota 23, p. 191.

⁹⁸ Martorell, Ernesto Eduardo, op. cit., nota 6, pp. 351-437.

⁹⁹ Illecas Ortiz, citado por López Frías, Ana, op. cit., nota 31, p. 112.

carácter de crédito emana de un esquema negocial mas amplio, esquema que incluye una venta a plazos con reserva de dominio, o un negocio fiduciario.

Desde esta perspectiva, existen posturas en contra de la asimilación del leasing como una venta a plazos¹⁰⁰, debido a que no se puede tratar de una venta con tales características, toda vez que, no hay transmisión automática de la propiedad al usuario del bien cuando paga la última cuota, dado que esta adquisición solo se produce mediante el ejercicio de la opción de compra; además, las cuotas dadas no constituyen fracciones del precio del bien, sino que tienen a remunerar a la sociedad de leasing la depreciación mas los costos que su adquisición genera, asimismo, el usuario no tiene como propósito esencial obtener su propiedad, pues lo que pretende es conseguir su goce durante un tiempo determinado, pudiendo a su término ejercitarse o no la acción a compra.

También se ha considerado al leasing como un negocio fiduciario¹⁰¹, esta tendencia atiende a la función de garantía que tiene el hecho de permanecer la propiedad del bien en manos de la entidad financiera. En esta modalidad el leasing es una modalidad de la fiducia con crédito, de forma que, frente a terceros, la sociedad de leasing ostenta la condición de propietaria del bien, mientras que, frente al usuario, detenta el dominio del mismo con garantía del cumplimiento de la obligación de restituir las cantidades adelantadas para adquirirlo.

Esta postura también ha tenido sus críticas¹⁰², debido a que tiene como inconvenientes, que, el usuario, que debe cumplir la obligación asegurada, no es quien transmite a la sociedad financiera la propiedad del bien, sino que esta sociedad lo adquiere del proveedor, asimismo el hecho de pagar la última cuota, no da derecho al usuario a que le confiera el dominio del material, ya que para ello es necesario que se satisfaga la cantidad adicional pactada en el concepto de opción a compra, situación que el usuario puede hacer o no efectiva.

En mérito de lo anterior, podemos darnos cuenta que el leasing es de carácter atípico, con lo que surge la problemática de determinar la regulación de este acuerdo de voluntades.¹⁰³

En este sentido, la principal fuente de regulación del arrendamiento financiero es lo dispuesto por las mismas partes contratantes.¹⁰⁴ Son las condiciones generales que redacta la sociedad de leasing y que suscribe el usuario las que determinan las obligaciones y los

¹⁰⁰ Jimenez de Parga y Gispert Pastor, citados por *Ibidem*, p. 113

¹⁰¹ Giovanoli, Sanchez-Parodi Pascua, *Idem*.

¹⁰² López Frías Ana, *Ibidem*, p. 119.

¹⁰³ Contarino, Silvia, *op. cit.* nota 32, p. 250.

¹⁰⁴ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 15ª ed., México, Porrúa, 2006, pp. 364-365.

derechos derivados del contrato, por este hecho, a ellas deben someterse los contratantes, siempre que no contravengan los límites de la autonomía privada, condiciones generales, tales como: se trata de un bien determinado, por el hecho de existir una cesión de derechos participa el arrendamiento y elementos característicos de los contratos de financiación.

4.2. La conexión contractual en el leasing.

Encontramos la conexidad contractual en este tipo de contrato, por el hecho de que la entidad crediticia compra el objeto para ceder su uso, el usuario se adhiere al contrato de leasing porque su contraparte ha adquirido o va a adquirir el material que necesita, el proveedor conoce las circunstancias de la operación, entre otras.

La superposición contractual, es existente en este tipo de contrato, hasta el punto de que la realización de uno constituye prácticamente la condición de la conclusión del otro, ya que el arrendador no compra el bien más que si está seguro de poderlo dar en leasing al arrendatario e inversamente, el contrato de leasing solo podrá concluirse si las negociaciones relativas a la adquisición del bien elegido por el futuro arrendatario tienen éxito¹⁰⁵, es decir, estamos ante la presencia de una operación que constituye un complemento de dos contratos coaligados con causas distintas, pero funcionalmente dependientes.

Por otro lado, las relaciones de hecho existentes entre el usuario y el vendedor son relevantes, debido a que es aquél quien indica el bien concreto que la sociedad va a comprar y el establecimiento o persona que se lo va a vender. Además, el usuario discute con el proveedor las condiciones de entrega del material, y es él quien lo recibe a pesar de no ser el comprador.

Tanto la exoneración como la subrogación se encuentran en todo arrendamiento financiero, en este aspecto, la sociedad se exonera de responsabilidad por los vicios ocultos del bien cuyo uso cede, exoneración que va de la mano de la subrogación del usuario en los derechos de la entidad arrendadora frente al vendedor. Esta exoneración solo se considera válida: si la sociedad no actúa con dolo, desconociendo los desperfectos de la cosa, en tanto cuanto vaya acompañada de la transmisión al usuario de las acciones que frente al proveedor tendría la entidad crediticia, como compradora, por los defectos del material, por tanto con la cesión de acciones se le permite al usuario actuar en relación a un contrato en el que formalmente no es parte, de donde resulta que, en el aspecto de la reclamación por vicios, puede existir una suerte de conexión convenida.

¹⁰⁵ Giovanoli, citado por López Frías, Ana, op. cit., nota 50, p. 117.

4.3. Efectos jurídicos.

El establecimiento de algunos de los efectos que puede producir en la operación de leasing el nexo funcional entre contratos es uno de los objetivos de nuestro estudio.

Debido a que este tipo de contrato está formado por dos tipos de contratos y tres sujetos, es frecuente que uno de aquéllos, como la compra venta, se vea afectada por algún problema de ineficacia¹⁰⁶ o que, una de las partes intervinientes como el proveedor, incurra en responsabilidad, toda vez que si el contrato de compra venta no llega a cumplirse o se cumple defectuoso, surgen problemáticas tales como, qué protección puede otorgarse a los que no son responsables de la falta de ejecución de las obligaciones contraídas, y en particular al usuario, o la relevancia jurídica que puede tener la conexión contractual en estos casos.

Debido a que serían múltiples las patologías negociales que se pueden suscitar en la operación de leasing, analizaremos dos supuestos:

El primero es el referente a la falta de entrega del bien objeto del leasing, en este caso hay que determinar las acciones que el usuario deberá ejercitar para tutelar sus derechos. En tal supuesto hay que recordar que, en ocasiones en el contrato de leasing puede acordarse que la sociedad crediticia no responda del posible incumplimiento de la obligación de entrega que corre a cargo del vendedor.

En la hipótesis de que exista la cláusula de exoneración de la sociedad por la ausencia de entrega del bien, la doctrina española¹⁰⁷ señala que, esta cláusula será nula y ha de tenerse por no puesta, por la aplicación de la regla prohibitiva del abuso de derecho, pero sí será válida, siempre que no haya dolo o culpa grave de la sociedad de leasing y ésta ceda al usuario sus acciones frente al proveedor, es decir, aunque el vendedor no entregue el material, el arrendatario deberá pagar la cuota a la entidad arrendadora, sin perjuicio de que pueda ejercitar (el usuario) frente al sujeto que ha incumplido las acciones pertinentes la acción de resolución de la compra venta. En este caso la sociedad debe transmitir todas las acciones derivadas de la venta, incluyendo la de resolución, en tanto, el usuario está obligado a pagar las cuotas de leasing, aunque los bienes no le hayan sido entregados, en caso de que la sociedad no haya hecho esta cesión, no podrá evadir su responsabilidad ante la eventualidad de que la resolución sea necesaria

Es evidente que le arrendatario puede ejercitar frente al proveedor por subrogación, la acción de cumplimiento, y en su caso, la de indemnización por daños y perjuicios, pero en cuanto a la resolución del contrato de compra venta, tenemos que:

¹⁰⁶106 Barreira Delfino, Eduardo A., op. cit., nota 10, pp. 101-125.

¹⁰⁷ León Tovar, Soyla H, El arrendamiento financiero (leasing) en el derecho mexicano una opción para el desarrollo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, p. 119.

La doctrina francesa¹⁰⁸ considera que esta acción es inherente al crédito, mientras que los italianos tienen dos posturas¹⁰⁹, la primera, determina que el usuario está legitimado para interponer tal acción, pero otra postura considera que no se produce la transmisión de semejante forma de tutela y por consecuencia el cesionario no puede valerse de ella.

Por último tenemos la postura de Ana López Frías, investigadora española¹¹⁰, con la cual coincido y se expone de la siguiente manera: en un primer plano tenemos el supuesto de que las partes hayan acordado la cesión de la acción resolutoria, por lo que debe estarse a lo así establecido y admitir que el cesionario puede ejercitar dicha acción, lo cual me parece bastante razonable.

El segundo supuesto, consiste en que las partes no hayan previsto dicha posibilidad y dado que no parece existir inconveniente dogmático para afirmar la transmisibilidad negocial de la acción resolutoria, nos encontramos ante un problema de interpretación del acto de subrogación, situación en la que debe considerarse, incluida en el acuerdo de subrogación el ejercicio de la acción resolutoria, presumiéndose que las partes han querido hacerlo, por ser lo más acorde con la naturaleza y el objeto de la operación de leasing.

Asimismo se presenta aún más problemático, el caso de la legitimación del arrendatario para resolver en forma directa, por derecho propio, el contrato incumplido. Este supuesto es difícil de resolver. El único argumento que puede plantearse a favor de esta posibilidad es la conexión de los contratos celebrados. Debido a que, la compra venta en la operación de leasing, tiene como finalidad por parte de la empresa, la cesión del material adquirido a otro sujeto, encontramos la legitimación del usuario en este hecho, pues no cabe duda, que el verdadero interesado en la resolución de la venta si no hay entrega de la cosa es la persona que pretende utilizarla.

Se considera que el sujeto es parte principal tanto en el plano económico como jurídico, no pudiendo ser considerado como extraño en el contrato de compra venta inicial.

En el supuesto de no existir cláusula de exoneración de la sociedad de leasing por la falta de entrega del material, lo indicado es que el usuario deje de pagar las cuotas debidas a la sociedad de leasing e incluso puede resolver el contrato de arrendamiento financiero, ya que la disposición por parte del usuario del bien es un elemento natural del contrato. En el leasing internacional el artículo 121 del Convenio UNIDROIT determina que, en defecto de entrega, entrega tardía o de entrega de material no conforme al contrato de compra venta, el arrendatario tiene derecho respecto al arrendador, a rechazar el material o a resolver el contrato de leasing.

Otra hipótesis a considerar, lo es, cuando existen vicios ocultos en la cosa arrendada. En este caso, el usuario debe demandar conjuntamente al proveedor y a la sociedad de

¹⁰⁸ Sancho Rebullida, citado por López Frías, Ana, op. cit., nota 53, p. 121.

¹⁰⁹ Sacco, Perlingieri citado por Idem.

¹¹⁰ Idem, p. 122

leasing, ya que esta última debe ser oída en el juicio porque la resolución le afectaría por ser propietaria de los bienes defectuosos, la acción ejercitada por el arrendatario se legitima en la subrogación de los derechos del comprador y no en el derecho propio del arrendatario.

Un supuesto mas, puede ocurrir en la operación de leasing cuando la venta resulte nula o se resuelva, ya sea por petición del usuario o de la empresa, repercutiendo en la validez y eficacia del contrato de arrendamiento financiero. El primer efecto de este caso será la restitución de las prestaciones realizadas por las partes, así el proveedor recibirá el material y la sociedad arrendada el dinero por él. En cuanto a la repercusión que traería la resolución de la compra venta sobre el contrato de leasing, y la situación que debe guardar el usuario por haber cesado en el uso del objeto de leasing, la jurisprudencia francesa se ha pronunciado en diversos sentidos:

1.- Existen sentencias que declaran la eficacia del contrato de leasing a pesar de la resolución de la compra venta, por el principio del efecto relativo de los contratos que impide que las vicisitudes de un contrato incidan en otro distinto en tanto la obligación del usuario de pagar las cuotas no queda carente de causa pues la contrapartida de esa obligación no es el uso de los bienes, sino la entrega al proveedor, realizada por la sociedad crediticia del importe de los bienes.

2.- Otro sentido, lo amparan las sentencias que admiten la repercusión de la resolución de la compra venta sobre el leasing, anulación por excepción al principio del efecto relativo del contrato, por defecto de causa del contrato de leasing relativo al bien objeto del contrato de compra venta resuelto

Por lo tanto, podemos entender que, cuando se resuelve la compra venta en una operación de leasing podría estar justificada la resolución del contrato de arrendamiento financiero por desaparición sobrevenida de la base del negocio, lo que ocasiona una destrucción de la equivalencia entre las prestaciones de las partes como consecuencia de un hecho no imputable a ellas. Esta solución es la más acertada, toda vez que hablamos de una figura jurídica compuesta por dos contratos diferentes cuya conexión contractual acarrea consecuencias jurídicas para ambos contratos al perderse la base del negocio de uno de ellos.

De todo lo analizado, existen un sin fin de hipótesis que podrían ocurrir en nuestra operación de leasing financiero, lo importante es prever los efectos jurídicos que traería a las partes contratantes, la ineficacia de uno de los contratos en cualquiera de sus elementos por la unión contractual que lleva implícita una operación de este tipo. Para ello debemos tomar en cuenta al momento de establecer las consecuencias jurídicas que ocasionarían estas deficiencias, el nexo funcional que existe en nuestro contrato, la finalidad que persigue y las cláusulas establecidas, siempre que no contradigan nuestras disposiciones vigentes.

6. CONCLUSIONES

Como habremos observado, el arrendamiento financiero es un acuerdo de voluntades por el cual se crean y se transfieren derechos y obligaciones de diversa naturaleza, razón por la cual no podemos encuadrar esta figura contractual en las estipuladas por nuestra legislación vigente.

Asimismo pudimos darnos cuenta, que tampoco es posible asimilar el arrendamiento financiero, a la compra venta o al arrendamiento propiamente dicho, ya que las prestaciones a cargo de las partes resultan excesivas y mínimas respecto a las previstas en estos contratos. Cabe aclarar, que mucho menos se trata de un préstamo y es que, aunque no puede negarse que el leasing tiene una función de financiación, no puede ocultarse que semejante finalidad no es la única, sino que va acompañada de otras, como la obtención del uso de un bien a cambio de unas cuotas periódicas y, mientras en el préstamo el objeto lo es el dinero u otras cosas fungibles cuya propiedad adquiere el prestatario, obligándose a restituir el bien, en el arrendamiento financiero el objeto es un bien no fungible, cuya propiedad la mantiene la entidad financiera y no hay obligación de devolver otro tanto de la misma especie y cantidad.

Por estas razones concluimos que la figura estudiada no es una venta ni arrendamiento, ni préstamo, es más que eso, se trata de una nueva figura jurídica, que va mas allá de los viejos moldes jurídicos, caracterizada por cada una de las prestaciones y contraprestaciones que determinen las partes, de las cuales derivan su carácter tan peculiar.

Quizás no sea tan novedoso este enfoque que he querido dar a la figura de arrendamiento financiero, lo que si puedo asegurar, es que se trata de un tema en el cual existe muy poca bibliografía y por lo mismo hace difícil su estudio. Siempre he tenido inquietud por estudiar los contratos, ya que mi escasa experiencia profesional se ha desarrollado en el ámbito contractual, es decir, en el área notarial, donde es frecuente el uso de las figuras típicas contractuales encuadradas a las necesidades de los particulares.

Este tema requiere de un estudio mas amplio, comparando diversas figuras jurídicas tales como el arrendamiento financiero, el factoring o el joint venture, ya que todas ellas han surgido en los últimos tiempos por las necesidades económicas de las empresas y los particulares.

Espero haber sido lo mas explícita posible y haber logrado dejar la inquietud sobre este tema en los lectores. Inquietud que me surgió por un artículo que tuve la suerte de ver en Internet, de un pequeño reportaje que realizó un estudiante de postgrado de la Universidad de Sinaloa

Asimismo considero que nuestra legislación debería de tener un apartado especial para este tipo de contratos que la doctrina denomina "atípicos", ya que carecemos de un sustento jurídico al cual remitirnos en caso de alguna controversia, o bien, para determinar los efectos jurídicos que ocasionarían este tipos de figuras en un momento dado y, como mencionaba, nos vemos en la necesidad de remitirnos a las disposiciones legales de los contratos en general para afrontar y determinar las consecuencias jurídicas en la celebración de contratos conexos.

7. BIBLIOGRAFÍA

I. LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Código Civil para el Distrito Federal, México, Berbera Editores, S.A., 2006.

Código de Comercio, Leyes y Reglamentos Complementarios, México, Berbera Editores, S.A., 2006.

II. PUBLICACIONES PERIODICAS

Revista de Derecho Privado y Comunitario, Contratos Modernos; Argentina, Rubinzal Culzoni, N° 3, 1992.

Revista de Derecho Privado y Comunitario, responsabilidad contractual II, Argentina, Rubinzal Culzoni, N°18, 1998.

III. OBRAS CONSULTADAS

ARCE GARGOLLO, JAVIER, Contratos civiles y mercantiles atípicos, 6ª. ed., México, Porrúa, 2004.

BARBIERI, PABLO, Contratos de empresa, Buenos Aires, Universidad SRL, 1998.

BARREIRA DELFINO, EDUARDO A., Empresas, La Contratación, Buenos Aires, Depalma, 2000.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO y KELLY, JULIO ALBERTO, Contratos de colaboración empresaria: agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas y joint ventures, Buenos Aires, Heliastra, 1987.

CONTARINO, SILVIA, Contratos Civiles y Comerciales, Argentina, Depalma, 2000.

E. CHULIA, VICENT y T. BELTRAN ALANDETE, Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, España, Bosch, 1999, vol. 1.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO, Teoría General de los Contratos, México, Porrúa, 1996.

GHERSI, CARLOS ALBERTO, Contratos civiles y comerciales, Buenos Aires, Astrea, 1999. vol. 1

_____ : Contratos: problemática moderna, Argentina, Ediciones jurídicas Cuyo, 1996. vol.2.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, Derecho de las Obligaciones, 15ª ed., México, Porrúa, 2006.

LEON TOVAR, SOYLA H, El arrendamiento financiero (leasing) en el derecho mexicano una opción para el desarrollo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.

LOPEZ FRIAS, ANA, Los contratos conexos: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción dogmática, Barcelona, Bosch, 1994.

MARTORELL, ERNESTO EDUARDO, Tratado de los contratos de empresa, Buenos Aires, Depalma, 1998.

MOSSET ITURRASPE, JORGE, Contratos, Santa Fe Argentina, Rubinzal Culzoni, 2003.

_____, Contratos Conexos: grupos y redes de contratos, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1999, pp. 13-35, 51-65, 183-197.

SIU VILLANUEVA, CARLOS, et al., Arrendamiento Financiero. Estudio contable, fiscal y financiero, México, IMCP, Instituto Mexicano de Contadores Públicos, A.C., 1999.

ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL ANGEL, Contratos Civiles, 6ª. Ed., México, Porrúa, 1997.

IV. ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, Driskill, 1979

Tratado de Derecho Civil (Código Civil Aleman) BGB, Bosch, Barcelona, 1994.

V. PAGINAS DE INTERNET

<http://www.banobras.gob.mx/BANOBRAS/ServiciosFinancieros/ArrendamientoFinanciero/>

<http://www.bibliojuridica.org/revistas/resulart.htm>

www.jurisint.org/es/ins/121.html

http://www.shf.gob.mx/clientes/2_1directorio_intfinancieros_admin/2_1_2_sofoles_hipotecarias.html

http://www.shf.gob.mx/clientes/2_1directorio_intfinancieros_admin/2_1_2_sofoles_hipotecarias.html

http://portal.imcp.org.mx/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3246

http://www.robertexto.com/archivo1/fuentes_financiam.htm

<http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145.pdf>

[http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Leyes/14011985\(2\).pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Leyes/14011985(2).pdf)

http://www.banamex.com/esp/empresarial/financiamiento/leasing_puro.html

<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=872>

AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN, ÓRGANO FISCALIZADOR FEDERAL

*Gustavo Ivan Ayala Zavala

1. INTRODUCCION; 2. EL ESTADO FISCALIZADOR MEXICANO; 3. ANTECEDENTES INSTITUCIONES FISCALIZADORAS MEXICANAS; 4. COMPETENCIA, OBJETIVOS Y ATRIBUCIONES ASF; 5. ORGANIZACIÓN DE LA AUDITORIA SUPERIRO DE LA FEDERACION; 6. NORMAS Y PRINCIPIOS DE ACTUACION; 7. METODOLOGIA PARA LA FISCALIZACION SUPERIOR; 8. ESTRUCTURA DEL INFORME DEL RESULTADO DE LA REVISION Y FISCALIZACION SUPERIOR DE LA CUENTA PUBLICA; 9. RESULTADOS DEL PROCESO DE FISCALIZACION; 10. CONCLUSIONES; 11. BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUCCIÓN.

Dentro de la actividad financiera del estado resulta de gran importancia el control sobre las finanzas públicas y patrimonio del Estado, de manera que así como existen mecanismos de control y recaudación de los tributos, deben existir mecanismos de control y fiscalización para el estado sobre la administración de dichos productos.

Derivado de lo anterior, la creación de mecanismos de control y fiscalización de los recursos del estado son en la actualidad, y por supuesto desde siempre lo han sido, una figura y empuje que el estado tiene que consolidar, así por ejemplo, en la actualidad no se podría conceptualizar un estado que vive inmerso en un ámbito de corrupción sin un órgano independiente fiscalizador de las finanzas públicas federales.

Los mecanismos del estado han efectuado y constituido los organismos para combatir las causas que propician la corrupción, por lo que es necesario impulsar prácticas gubernamentales que involucren a los Poderes de la Unión y a los servidores públicos de todos los niveles de gobierno.

En los últimos años la transparencia y rendición de cuentas han tomado una importancia en el ejercicio de las funciones del estado, por ello el presente trabajo presentara como los organismos de fiscalización toman un papel importante en la actual sociedad democrática.

En términos de las ideas anteriores, el presente trabajo presentara al lector los antecedentes que remontan el nacimiento en nuestro país de los organismos de fiscalización y control de las finanzas públicas, para lo cual mostraremos la evolución histórica de la actual Auditoría Superior de la Federación.

* Alumno de la Maestría en Derecho Empresarial y Fiscal Universidad Iberoamericana Puebla

2. EL ESTADO FISCALIZADOR MEXICANO.

La economía, las finanzas y el derecho son tres ciencias que confluyen entre si en busca de un mismo objetivo: satisfacer determinadas necesidades de la persona; así encontramos que desde los inicios de la actividad humana estas tres ciencias han existido con diferentes fines y acepciones: como mecanismo de pago, como satisfactor de necesidades y como controlador de la actividad humana, en vías de erigirse como ordenador de las relaciones personales.

El derecho económico se ha manifestado en la vida del ser humano desde que se dictaron las primeras disposiciones legales sobre el tema, conceptualizándose como el derecho de la economía organizada para la satisfacción de las necesidades humanas y sociales¹¹¹. La organización de la economía en una sociedad es obligación que el estado requiere y cumple para allegarse de recursos públicos, los cuales en el ámbito del derecho financiero se les conoce como finanzas públicas.

Pensar en una actividad económica del estado es remontarse a los inicios mismos de la sociedad, el momento en que el hombre decidió agruparse como una sociedad y renunciar a una parte de si para constituir un ente superior, concebido este acto por algunos tratadistas como pacto social, con ello las necesidades del hombre invariablemente se vieron reflejadas en las necesidades de ese Estado, por consiguiente nace el inicio de la actividad económica y financiera del Estado, fincándose las primeras bases del estudio del derecho financiero.

La economía, las finanzas y el derecho son tres ciencias que confluyen entre si en busca de un mismo objetivo: *satisfacer determinadas necesidades de la persona*; el derecho financiero del estado busca regular la actividad económica-financiera que le da vida al Estado, de manera tal que primero integra, determina e inventaría los recursos que tiene, para posteriormente poder

¹¹¹ De la Cueva, Arturo, Derecho Fiscal. Editorial Porrúa, México 1999, p.14.

definir las líneas y estrategias a seguir para obtener aquellos recursos que adolece para el ejercicio de su función y, finalmente, se dedique a administrarlos e invertirlos en funciones propias; estas 3 grandes funciones del estado son las que confluyen en torno al Derecho Financiero del Estado y que actualmente se conocen como Derecho Patrimonial, Derecho Fiscal y Derecho Presupuestal, respectivamente.

El Dr. De la Garza identifica que en esta actividad financiera del estado confluyen diversos factores, como por ejemplo: i) El económico, en su calidad de proveedor y/o organizador del mercado para la comercialización de bienes y servicios; ii) Político, que por la naturaleza propia del estado representa una actividad política de organización, iii) Jurídico, para fijar y regular las bases legales de la administración, recaudación y manejo de los recursos y, iv) sociológico, el resultado de la actividad económica-financiera del estado tiene como fin último el bien común de una sociedad.

Ahora bien, si bien es cierto que las tres funciones de la actividad financiera de un estado tienen que ver con el Derecho patrimonial, fiscal y presupuestal, para el Dr. De la Garza la única de las ramas que tiene autonomía dogmática es el Derecho tributario, ya que las demás son satélites que se relacionan directamente con ella.

Otra de los fines del Derecho Financiero es que cuyo fin último se convierte en la prosecución y cumplimiento de que regula la actividad económica del Estado, para ello es jurídicamente necesario que exista un derecho que lo controle desde la perspectiva económica y de política impositiva¹¹²

Dentro del derecho tributario confluyen diversos “derechos” llamados; derecho tributario constitucional, derecho tributario procesal, derecho penal tributario, entre otros, sin embargo, a nuestro parecer, son ramas del derecho interrelacionadas con el Derecho tributario y, finalmente, la naturaleza misma de éste, radica en la legalidad que le dota al Estado para darle certeza jurídica en la a la recaudación de los tributos (sentido formal y material), existiendo por si y utilizando únicamente a las otras ramas el derecho como auxiliares en el ejercicio de su propia naturaleza.

¹¹² Mabarak Cercedo, Doricela. Derecho financiero Público, Editorial Mac Graw Hill, México 1995, p.8.

De tal suerte a lo anterior, el derecho financiero “es el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad financiera del estado en sus tres momentos”, los cuales han quedado precisados y explicados anteriormente.

Las fuentes del derecho financiero son las mismas que rigen al derecho positivo, es decir: la Ley, partiendo de Constitución como ley suprema hasta llegar a las leyes que regulan o “reglamentan”; el decreto ley (facultad discrecional del ejecutivo), Reglamentos, circulares, jurisprudencia, costumbre, tratados internacionales, principios generales del derecho y la doctrina; por lo que rigen las mismas fuentes del derecho común.

El fisco, la hacienda pública y el erario son conceptos y elementos que constituyen el ámbito de aplicación del derecho financiero, dicho de otra manera, son los aspectos materiales sobre los que se sitúa para su ejercicio el estado, de ahí que se requieran organismos o entidades que realicen las funciones que les compete a cada uno.

Tradicionalmente los ingresos del Estado se han clasificado en cuatro grupos¹¹³:

1. Impuestos.
2. Derechos.
3. Contribuciones especiales.
4. Aprovechamientos.

Analizando cada uno de los factores que intervienen en el Derecho financiero, entendemos por “**Fisco**” a la parte de la hacienda pública que se forma de las contribuciones, impuestos, derechos, entre otros. “**Hacienda Pública**” son los elementos de administración de las riquezas y patrimonio del estado, finalmente, “**Erario**”, es la riqueza y patrimonio del estado, coincidiendo nuevamente a los principios generales de administrar, recaudar e invertir (Derecho patrimonial, Derecho fiscal y Derecho presupuestal).

En nuestro derecho positivo mexicano el principio constitucional para que los mexicanos aporten al gasto público y se constituyan las finanzas públicas del estado es el artículo 31, fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece que: son obligaciones de los mexicanos contribuir al gasto público de la federación, del Distrito Federal, de los Estados y Municipios en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes¹¹⁴, así las cosas, para el estado mexicano las contribuciones son los

¹¹³ Boeta Vea, Alejandro. Derecho Fiscal, primer curso. 2ª ed. Ediciones contables y administrativas, México 1992, p. 6.

¹¹⁴ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ingresos que el Estado Mexicano recibe y, en su caso, exige en su carácter de persona moral de derecho público¹¹⁵.

Con el desarrollo del Derecho Financiero en nuestro país, se fueron creando diversos organismos o dependencias gubernamentales que concentraban las 3 funciones financieras del estado, la administración y planeación del presupuesto, la recaudación de los impuestos y la planeación económica y de inversión, muchos fueron los nombres y las instituciones que se utilizaron en el último siglo, como por ejemplo: “Secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa (1947)”, “Secretaría del patrimonio Nacional (1976)”, “Secretaría de la presidencia (1957)”, “Secretaría de programación y Presupuesto”, para finalmente concentrarse en la actual Secretaría de Hacienda y Crédito Público que concentra las funciones de gestionar el ingreso público y manejar el crédito público, en un principio estas dependencias realizaban labores de fiscalización, pero con la profesionalización y separación de poderes se fueron constituyendo órganos fiscalizadores independientes al poder ejecutivo.

La distribución administrativa de los órganos encargados de las finanzas públicas, partiendo del nivel federal ya mencionado en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y descendiendo a nivel estatal en las dependencias encargadas de las finanzas y recaudación estatales¹¹⁶.

A últimas fechas, las actividades financieras de los órdenes de gobierno federal, estatal y municipal se han visto delimitadas y reguladas por las normas de coordinación fiscal que permiten la delegación de ciertas funciones a cargo de la federación a los Estados, formando mecanismos autónomos de control sobre el erario público en vías de redistribuir e invertir regionalmente el erario público.

En nuestro país, la autoridad fiscal es “el Servicio de Administración Tributaria (SAT), que es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que tiene la responsabilidad de aplicar la legislación fiscal y aduanera, con el fin de que las personas físicas y morales contribuyan proporcional y equitativamente al gasto público; de fiscalizar a los contribuyentes para que cumplan con las disposiciones tributarias y aduaneras; de facilitar e incentivar el cumplimiento voluntario, y de generar y proporcionar la información necesaria para el diseño y la evaluación de la política tributaria”¹¹⁷.

¹¹⁵ Mabarak Cercedo, Doricela, Op Cit p 59.

¹¹⁶ De la garza, Sergio Francisco, Derecho Financiero México, 26ª ed., Editorial Porrúa, México 2005, p 83.

¹¹⁷ <http://www.sat.gob.mx/nuevo.html>, en relación con los artículos 1 y 2 de la Ley del Servicio de Administración Tributaria.

Al existir estructurada la administración pública federal para el manejo de los recursos, nace la obligación de crear los mecanismos de control y fiscalización, para ello en los siguientes apartados analizaremos los antecedentes y estructura del órgano fiscalizador mexicano.

3. ANTECEDENTES INSTITUCIONES FISCALIZADORAS MEXICANAS.

En nuestro país las actividades de la fiscalización superior están firmemente vinculadas a la historia del México Independiente. Desde nuestra primera Constitución, en 1824, se crea la Contaduría Mayor de Hacienda, la cual corresponde al antecedente institucional de la actual Auditoría Superior de la Federación, y cuyas principales funciones quedaron delineadas desde entonces: realizar el examen y la glosa de la contabilidad de los ramos de Hacienda y Crédito Público del presupuesto federal.

Respecto a la evolución de esta institución, su organización y atribuciones se alternaron con las del Tribunal de Cuentas. Como se mencionó, la Contaduría Mayor de Hacienda se creó el 16 de noviembre de 1824, y continuó así hasta la promulgación de la ley del 14 de marzo de 1838 en que pasó a formar parte del Tribunal de Cuentas, que se extinguió por decreto del 2 de septiembre en 1846, restableciéndose nuevamente la Contaduría Mayor de Hacienda, la que, con sus facultades anteriores, desarrolló su actividad hasta el año de 1853. Esta última fecha marcó el retorno del Tribunal de Cuentas, el cual tuvo vigencia hasta el 10 de octubre de 1855, año en que se emitió otro decreto que la regresó a su figura de Contaduría Mayor de Hacienda, la cual operó hasta el año de 1865 en que se dio la Emisión Provincial del Imperio Mexicano que reconstituyó una vez más al Tribunal de Cuentas. Éste, por última ocasión, funcionó hasta la Restauración de la República en 1867. El 20 de agosto de dicho año, la institución retornó a su nombre y concepción original de Contaduría Mayor de Hacienda.

A partir de 1867 y hasta el año 2000, la Contaduría Mayor de Hacienda no sufrió cambios en su denominación, habiendo operado durante ese periodo bajo un proceso más estable en su regulación jurídica, el cual contrastó con la etapa anterior, en la que fue sujeta a decretos que respondían, en la mayoría de las ocasiones, a situaciones de coyuntura principalmente de orden político, así como a necesidades apremiantes y circunstanciales de ese tiempo¹¹⁸.

A lo largo de todo el siglo XX, la sociedad se estratificó y creció la población. La modernización del transporte, las comunicaciones, el sistema financiero, la economía, la política y la sociedad marcaron el camino para la transformación de la legislación nacional. Y es así que, para finales de dicho siglo, y como producto de varias reformas electorales, la Cámara de Diputados

¹¹⁸ <http://www.asf.gob.mx/>

presentó una nueva composición de fuerzas políticas, y con ello, una pluralidad que fue la pauta y la constante en la toma de decisiones y en los debates parlamentarios como una importante aportación en beneficio de un ámbito más amplio de la población.

Con base en su pluralidad, la Cámara de Diputados dio inicio a los trabajos legislativos, realizando diversas reformas a su Ley Orgánica con el propósito de cambiar la composición de sus órganos internos de gobierno, y procediendo, simultáneamente, a la integración de sus diferentes comisiones y a la discusión sobre la Ley de Ingresos y del Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación para 1998. Con esta nueva composición, la LVII legislatura logró una independencia e intensidad de discusión nunca antes registrada en el Poder Legislativo.

El tema de la fiscalización superior en México tomó destacada importancia, y fue, durante la LVII Legislatura, y bajo su responsabilidad, que se continuaron los trabajos previos para la construcción de una nueva y fortalecida entidad de fiscalización superior, dando cuenta de ese cambio dos ordenamientos fundamentales que constituyeron una revolución legislativa, y que son, hoy en día, el cuerpo de la fiscalización del siglo XXI en nuestro país: las reformas constitucionales de los artículos 73, 74, 78 y 79 de julio de 1999 y la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, de diciembre de 2000.

La finalidad de las reformas propuestas tuvo como premisa principal buscar instrumentos más efectivos de fiscalización del uso honesto y eficiente de los recursos federales, creando, para tal efecto, una entidad de fiscalización superior que, como órgano adscrito a la Cámara de Diputados, contara con atribuciones específicas en materia de control gubernamental¹¹⁹.

Con la aprobación de esas reformas por parte del Constituyente Permanente, se logró integrar las reformas a la ley reglamentaria que le daría creación a la actual Auditoría Superior de la Federación, concretándose la reforma constitucional y reglamentaria para el año 2000, dando origen a la Ley de Fiscalización Superior de la Federación.¹²⁰

Esta ley, a diferencia de las leyes orgánicas anteriores y los decretos que privaron en el siglo XIX, marcó una moderna concepción de la fiscalización superior, dotando a la institución de una nueva organización interna con renovados procedimientos para la realización de auditorías, visitas e inspecciones que la misma ley le encomienda.

¹¹⁹ www.diputados.gob.mx

¹²⁰ www.asf.gob.mx

4. COMPETENCIA, OBJETIVOS Y ATRIBUCIONES ASF.

El control del patrimonio público se realizó, inicialmente, por parte de un soberano depositario de potestades absolutas, con episodios de gran trascendencia en los que se fue gestando el principio de soberanía popular, reconocido finalmente en los gobiernos democráticos como el origen de la legitimidad del Estado.

La evolución de los mecanismos de control ha sido parte fundamental de la historia. El control gubernamental nació como resultado lógico de la responsabilidad de los ciudadanos de contribuir a los gastos del Estado y de su derecho a vigilar el patrimonio común.

De igual forma, hoy en día, la transparencia y la rendición de cuentas, encuentra su esencia en los mecanismos institucionales de control gubernamental, correspondiendo éstos, tanto a las funciones de control interno como a las de control externo.

Respecto al control interno, ha sido el Poder Ejecutivo el que ha estructurado los espacios de vigilancia de la Gestión Pública Federal, para garantizar el cumplimiento de las políticas públicas y de la normatividad establecida. Bajo las mismas características, se establecieron los mecanismos de control interno en las entidades del país, y con muchas menores posibilidades, en el nivel de la gestión municipal.

Las raíces del control interno emergen al crearse el Departamento de Cuenta y Razón y al asignarse a la Tesorería, atribuciones de normatividad en materia de presupuesto y cuenta.

Durante el siglo XIX y hasta el año de 1917, con diversas variantes, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público concentró las funciones de recaudación y distribución de los recursos, además de las de control preventivo.

En diciembre de 1917, se creó el Departamento de Contraloría Interna. Su objetivo era realizar una inspección eficaz sobre los fondos y bienes de la Nación a través del control previo, contribuir a la regularización de todos los servicios de las oficinas, la rendición de cuentas y la reorganización de la contabilidad general de la Hacienda Pública.

A partir de entonces, las atribuciones de control preventivo sufren diversas reformas para, sucesivamente, asignarse a diversas dependencias del Poder Ejecutivo: Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa, Secretaría de la Presidencia y Secretaría de Programación y Presupuesto, que asumió funciones de planeación y control.

En México, la fiscalización superior, entendida como el control externo del gasto público, surge, como se mencionó en el apartado anterior, en la primera Constitución de la República, cuando se crea la Contaduría Mayor de Hacienda, órgano antecesor de la actual Auditoría Superior de la Federación con facultades para examinar y glosar la Cuenta Pública.

A partir de 1867, la Contaduría Mayor de Hacienda operó en forma permanente, con un perfil institucional asignado por un sistema político que giraba básicamente en torno a un solo eje de poder y representación política: la Presidencia de la República.

Fue por ello, que el H. Congreso de la Unión, decidió establecer un nuevo marco jurídico para la entidad de fiscalización superior de la Federación, dotándola de nuevas atribuciones contenidas en la reforma constitucional del 30 de julio de 1999, y en la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, en diciembre del año 2000.

La parte institucionalizada del sistema de control gubernamental, lo constituyen los órganos de control interno que actúan en todas las entidades y dependencias de la Administración Pública, y los órganos de control externo, representados por las entidades de fiscalización superior de los Congresos estatales y por la Auditoría Superior de la Federación, en el caso de fondos federales.

Es así, que la Secretaría de la Función Pública ejerce sus atribuciones de control interno antes, durante y después de realizada la gestión gubernamental, y es, desde el Poder Ejecutivo, la responsable de vigilar la aplicación del gasto federal y de las políticas y programas públicos, supervisando la actuación de las dependencias y entidades de gobierno.

Por su parte, la Auditoría Superior de la Federación, órgano técnico del Poder Legislativo, ejerce su función fiscalizadora de carácter externo a los tres Poderes de la Unión, a los órganos constitucionalmente autónomos, a los estados y municipios, y a los particulares, cuando ejercen recursos federales.

La Auditoría Superior de la Federación, fue creada para apoyar a la Cámara de Diputados en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales relativas a la revisión de la Cuenta de la Hacienda Pública Federal, con el propósito de conocer los resultados de la gestión financiera, comprobar si ésta se ajustó a los lineamientos señalados en el Presupuesto de Egresos de la Federación y

en la Ley de Ingresos correspondiente, y constatar la forma y grado del cumplimiento de los objetivos y metas contenidos en los programas de gobierno¹²¹.

El nuevo marco jurídico que norma la actuación de la Auditoría Superior de la Federación, contiene importantes líneas estratégicas, cuya trascendencia es necesario destacar:

La Institución tiene como misión la de informar veraz y oportunamente a la Cámara de Diputados, a través de la Comisión de Vigilancia de la Auditoría Superior de la Federación, sobre el resultado de la revisión del origen y aplicación de los recursos públicos y del cumplimiento de los objetivos y metas de gobierno; inducir el manejo eficaz, productivo y honesto de los recursos; y promover la transparencia y la rendición de cuentas por parte de los tres Poderes de la Unión, los entes públicos federales autónomos, los estados y municipios, así como los particulares cuando hagan uso de recursos federales.

Una rendición de cuentas clara, oportuna y transparente es condición indispensable para el ejercicio pleno, por parte de la sociedad, de su derecho de vigilar la honesta y eficiente utilización de los recursos públicos, por lo que el fortalecimiento de las facultades de la entidad de fiscalización superior de la Federación ha resultado fundamental en la reforma del Estado mexicano. Puede decirse, respecto a ello, que los avances en este sentido han sido significativos, habiéndose conferido a la Auditoría Superior de la Federación, garante de ese derecho de la sociedad, mayores atribuciones para cumplir con su misión, entre las que destacan las siguientes:

- a) Otorga a la Auditoría Superior de la Federación autonomía técnica y de gestión para decidir sobre su organización interna, funcionamiento, resoluciones y manejo de los recursos presupuestales que le son asignados.
- b) Concede nuevas atribuciones para fincar directamente responsabilidades resarcitorias y aplicar multas y sanciones cuando se determinen daños patrimoniales a la Hacienda Pública Federal.
- c) Ordena que las revisiones se lleven a cabo con mayor oportunidad, reduciendo los plazos para la entrega de los informes.
- d) Admite la revisión anticipada de la Cuenta de la Hacienda Pública Federal, a través de la evaluación de un Informe de Avance de Gestión Financiera que rinde el Poder Ejecutivo por el primer semestre del año en que se ejerce el presupuesto respectivo.
- e) Establece el carácter público de los informes, una vez que éstos son entregados a la Cámara de Diputados.

¹²¹ www.asf.gob.mx

f) Faculta al órgano fiscalizador para solicitar, en situaciones excepcionales, información a los distintos Poderes y entes auditados, revisando los conceptos que estime pertinentes y rendir el informe respectivo.

g) Permite fiscalizar los subsidios que con cargo al presupuesto se otorguen a entidades federativas o particulares.

h) Amplía las facultades de la Auditoría Superior de la Federación para llevar a cabo auditorías de desempeño que permitan determinar si la gestión gubernamental cumplió con los objetivos y metas previstos, en términos de su eficacia, eficiencia y economía.

Otras atribuciones que la Ley de Fiscalización Superior de la Federación le otorga a la Auditoría Superior de la Federación son las de establecer las normas, procedimientos, métodos y sistemas necesarios para la revisión y fiscalización superior de la Cuenta de la Hacienda Pública Federal y del Informe de Avance de Gestión Financiera, así como determinar las normas y sistemas de contabilidad y archivo de documentos justificativos y comprobatorios del ingreso y del gasto público¹²².

Para cumplir eficazmente las responsabilidades que se derivan de su marco jurídico renovado, la Auditoría Superior de la Federación se ha fijado como principales objetivos de su gestión los siguientes:

1. Revisar la Cuenta de la Hacienda Pública Federal de manera objetiva, imparcial y oportuna para merecer la confianza y credibilidad de la Cámara de Diputados y de la sociedad.
2. Fomentar gestiones públicas responsables, orientadas a la obtención de los resultados previstos y a la satisfacción de las necesidades de la población.
3. Apoyar al H. Congreso de la Unión y al Gobierno Federal en la solución de problemas estructurales y en la identificación de áreas de oportunidad para mejorar el desempeño de las instituciones públicas y de las acciones de gobierno.
4. Consolidar la transición de la entidad de fiscalización superior de la Federación, maximizar el valor de sus servicios a la Cámara de Diputados y convertirla en una institución modelo.
5. Establecer programas de aseguramiento de calidad al interior de la Auditoría Superior de la Federación, con el fin de constatar que se apliquen las técnicas de auditoría apropiadas; que el tamaño de las muestras seleccionadas para cada caso asegure la representatividad y los niveles de confianza requeridos; que el contenido de los informes sea acorde con los objetivos

¹²² www.diputados.gob.mx

previstos; y que el sistema automatizado para el seguimiento y control de las acciones promovidas permita conocer su impacto económico y social.

Las facultades asignadas en la Constitución y en su Ley reglamentaria, así como los objetivos que orientan su gestión, conforman el marco rector de la organización y de los procesos internos de trabajo y de actuación de los servidores públicos de la Auditoría Superior de la Federación, la cual se encuentra, hoy en día, en una posición estratégica para contribuir a la consolidación de las instituciones que México requiere para impulsar su desarrollo democrático.

5. ORGANIZACIÓN DE LA AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN.

La organización actual de la Auditoría Superior de la Federación tiene como antecedente cercano la profunda reforma que tuvieron sus niveles de mando y autoridad, así como la reubicación de las Direcciones Generales de la ahora extinta Contaduría Mayor de Hacienda. Durante todo el proceso de análisis de la reforma constitucional y la integración del proyecto de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, se hicieron los estudios correspondientes para ajustar estructuras, proponer modelos de organización, adecuar métodos y procedimientos de trabajo, e inducir el cambio en las mentalidades, actitudes y prácticas de los servidores públicos de la institución.

Este amplio proceso de revisión administrativa de la Contaduría Mayor de Hacienda, produjo la primera reorganización que se concretó en el Reglamento Interior que se promulgó en el Diario Oficial del 10 de agosto de 2000. En este esquema se indujeron las figuras actuales de los Auditores Especiales y se incorporó, en las atribuciones de las diferentes unidades administrativas, los principales propósitos y mandatos que se derivaron de la reforma constitucional y su ley reglamentaria.

El 5 de septiembre de 2001, la Comisión de Vigilancia de la aprobó el Reglamento Interior que se encuentra vigente, el cual tuvo adecuaciones respecto al anterior, básicamente en lo referente a la denominación de la Auditoría Superior de la Federación, y a otros ajustes menores respecto de sus atribuciones. El cuerpo de este ordenamiento está dividido en 8 capítulos, en los que se detalla lo siguiente:

En el capítulo I, "Del ámbito de Competencia y Organización de la Auditoría Superior de la Federación".

El Capítulo II, "De las Atribuciones del Auditor Superior de la Federación".

El Capítulo III, "De las Atribuciones de los Auditores Especiales".

El capítulo IV, "De las Atribuciones de los Titulares de las Unidades".

Capítulos V, "De las Atribuciones de los Directores Generales".

Capítulo VI "De las Atribuciones de los Directores y Subdirectores".

Capítulo VII "De las Atribuciones de los Servidores Públicos Auxiliares".

Capítulo VIII "De las Suplencia de los Funcionarios de la Auditoría Superior de la Federación".

6. NORMAS Y PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN.

Para cumplir cabalmente su mandato y misión institucional, la Auditoría Superior de la Federación ejerce sus atribuciones de acuerdo al marco de las normas jurídicas que lo rigen y conforme a las reglas y criterios propios de auditoría que tiene establecidos, para lo cual depende, para su desempeño, de los valores éticos de quienes realizan la actividad fiscalizadora, por lo que debe subordinar su actuación a los principios de profesionalismo competente, integridad, objetividad, imparcialidad, confidencialidad, actitud constructiva e independencia, reglas de conducta tales que presuponen valores éticos generalmente aceptados. Por tanto, los profesionales a cargo de las actividades sustantivas están obligados a ajustar su conducta a esos principios y valores de acuerdo a un Código de Ética Profesional con que cuenta la institución, el cual impulsa, fortalece y consolida una cultura de respeto hacia los más altos valores éticos en que se debe sustentar la gestión gubernamental, a fin de anteponer el interés general al particular y de asumir plenamente las responsabilidades que establecen las leyes.

Dado que los profesionales al servicio de la Auditoría Superior de la Federación están obligados a cumplir y observar diversas normas de carácter general, la fiscalización de los recursos públicos les impone responsabilidades concretas a las que deben corresponder normas éticas específicas, por lo que la autoridad moral de la Auditoría Superior de la Federación ha de sustentarse en la conducta intachable de sus auditores y en la competencia reflejada en la calidad de sus informes que propicie la credibilidad institucional.

Es así, que el Código de Ética Profesional de la Auditoría Superior de la Federación declara la intención de la institución de servir a la sociedad con eficacia y lealtad, para lo cual asume incondicionalmente los siguientes compromisos:

Primero: Ejercer su autonomía técnica y de gestión con visión prospectiva, responsabilidad, profesionalismo y capacidad auditora.

Segundo: Impulsar la cultura de la rendición de cuentas para lograr la mayor transparencia en el uso de los recursos públicos, sin incurrir en actitudes prepotentes u hostiles hacia los auditados.

Tercero: Predicar con el ejemplo, mediante la utilización honrada, racional y clara de los recursos presupuestales que le sean asignados.

El Código de Ética Profesional de la Auditoría Superior de la Federación, dividido en siete apartados, expone y explica cada uno de los principios éticos y reglas de conducta que rigen la actuación de la institución fiscalizadora y sus representantes.

El desempeño de la función de la fiscalización superior por parte de los servidores públicos de la Auditoría Superior de la Federación, además de ajustarse a los principios rectores de su Código de Ética Profesional, cuenta con normas de fiscalización que representan el conjunto de reglas que deben ser observadas en el desarrollo de las tareas de fiscalización superior de la gestión gubernamental. Estas normas se clasifican en: personales, de planeación, del desarrollo de la revisión, de los resultados de los informes de auditoría, del seguimiento sobre las observaciones-acciones promovidas, del fincamiento de responsabilidades y del control de calidad de la fiscalización superior.

Las normas personales, corresponden a los lineamientos y principios que han de observar los servidores públicos que realizan o participan en las tareas de fiscalización superior, y están referidas a la independencia, conocimiento técnico y capacidad profesional, cuidado y diligencia profesionales y capacitación y actualización.

Las normas relativas a la planeación, corresponden a los procedimientos que deben desarrollarse para seleccionar a la entidad fiscalizada y el objeto por revisar, y comprenden la planeación, examen y evaluación de los sistemas de control interno.

Las normas referidas al desarrollo de la revisión, señalan que todo trabajo de auditoría debe documentarse con la evidencia suficiente, competente, relevante y pertinente, y debe ser supervisado para orientar su desarrollo. Estas normas, que son fundamentales en la ejecución del programa de auditorías, señalan lo relativo a la obtención de evidencia, la supervisión del trabajo de fiscalización superior, los papeles de trabajo, los datos e información en medios magnéticos y ópticos, y el tratamiento, aclaración y confirmación de los resultados.

Las normas sobre los resultados de los informes de auditoría, corresponden a las características que deben tener los informes respecto de las revisiones practicadas.

Las normas en relación al seguimiento sobre la atención de las observaciones-acciones promovidas, corresponde al procedimiento y/o tipo de revisión (auditoría de seguimiento) que debe realizarse para constatar que las observaciones-acciones promovidas por la Auditoría Superior de la Federación han sido solventadas por parte de las entidades fiscalizadas, en tiempo y forma.

Las normas referidas al fincamiento de responsabilidades, corresponden al procedimiento mediante el cual la Auditoría Superior de la Federación determina cuándo el servidor público de la entidad fiscalizada en el desempeño de su cargo o comisión infringió la normatividad que regula su gestión, o bien, que causó un daño o perjuicio al Estado en su hacienda pública o al patrimonio de los entes públicos federales.

Las normas sobre el control de calidad de la fiscalización superior en la gestión gubernamental, enuncian los procedimientos mediante los cuales se asegura que el contenido del Informe del Resultado sobre la Revisión y Fiscalización Superior de la Cuenta Pública y de los Informes de Observaciones sobre la Revisión del Informe de Avance de Gestión Financiera cubren los requisitos establecidos en este conjunto de normas de fiscalización.

Con la disposición y observancia de estos dos importantes códigos normativos, el relativo a la ética profesional y el referido a la fiscalización superior, la Auditoría Superior de la Federación establece las bases sobre las cuales debe conducirse el desarrollo personal y profesional de sus servidores públicos, y que son la guía para alcanzar las metas de calidad y excelencia en la realización de su Programa Anual de Auditorías, Visitas e Inspecciones que le establece la ley.

7. METODOLOGÍA PARA LA FISCALIZACIÓN SUPERIOR.

Para efectuar el proceso sustantivo de fiscalización superior, el seguimiento sobre la atención de las observaciones-acciones y el fincamiento de responsabilidades que en su caso corresponda, la Auditoría Superior de la Federación, con base en la estructura de organización que le ha sido conferida, utiliza un esquema metodológico que incluye normas, lineamientos y guías específicas para el desarrollo de sus funciones, así como para la conformación y ejecución de su Programa Anual de Actividades y de su Programa Anual de Auditorías, Visitas e Inspecciones respectivo.

Este proceso metodológico inicia con la etapa de planeación, la cual, parte de una fase de planeación genérica, que comprende un análisis macroeconómico, presupuestal, financiero y programático que permite reconocer los sectores, ramos, funciones, subfunciones y programas estratégicos y/o prioritarios.

Entre los principales insumos que son considerados para la realización del análisis referido, se encuentra el Plan Nacional de Desarrollo¹²³, los Programas Regionales, Especiales, Sectoriales e Institucionales, los Programas Operativos Anuales, la Ley de Ingresos y el Presupuesto de Egresos de la Federación, así como los resultados que se derivan de la ejecución de estos dos últimos instrumentos.

Por su parte, además de las funciones, ramos, subfunciones y programas enmarcados dentro de las prioridades nacionales, se consideran también las líneas de acción institucionales que incorpora la Visión Estratégica de la Auditoría Superior de la Federación que se expone en apartado posterior.

Como fase siguiente, se desarrolla una planeación específica que tiene como propósito identificar los entes públicos que ejecutaron los programas determinados como prioritarios y/o estratégicos, los cuales resulta pertinente auditar en virtud de los logros alcanzados en su gestión y de otros factores que se consideran relevantes. Paralelamente, se lleva a cabo la ponderación de las áreas, actividades, proyectos y rubros de ingreso y gasto más significativos.

Las fases de planeación mencionadas, se desarrollan a partir del análisis de la Cuenta de la Hacienda Pública Federal y de otras fuentes de información, entre las que destacan:

- a) Los Informes de Gobierno que, por disposiciones legales debe rendir el Ejecutivo Federal al Poder Legislativo, relacionados principalmente con las finanzas públicas, la situación económica y la deuda pública.
- b) Los estudios técnicos elaborados por la Auditoría Superior de la Federación y por el Centro de Estudios de Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados, relacionados con el comportamiento del ingreso-gasto, la evolución y tendencia de los principales indicadores económicos, y las variaciones presupuestales, programáticas y financieras, entre otros. Adicionalmente, se examinan diversas publicaciones sobre el entorno financiero y económico del país, elaboradas por firmas consultoras y organizaciones tanto del sector privado como gubernamentales.
- c) Los resultados de auditorías anteriores realizadas por la Auditoría Superior de la Federación y el seguimiento sobre la atención de sus observaciones, toda vez que éstas aportan elementos de la problemática que se presenta en cada ente público federal, los cuales permiten evaluar los esfuerzos y avances para resolverla.

¹²³ www.presidencia.gob.mx

- d) Los rubros considerados en los programas anuales de trabajo de los Órganos Internos de Control de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.
- e) Los estados financieros dictaminados por profesionales contratados por la Secretaría de la Función Pública.
- f) Las peticiones de revisión provenientes de las Cámaras de Diputados y de Senadores.
- g) Los señalamientos de problemas e irregularidades expresados por la opinión pública a través de los distintos medios de comunicación.

El análisis estructurado y metódico de esta información, posibilita la formulación de indicadores que permiten identificar los sujetos y objetos de la revisión, los cuales son ponderados mediante la aplicación de los criterios de selección siguientes: a) el interés camaral; b) la evaluación financiera, programática y presupuestal; c) la importancia relativa de la acción institucional; d) los antecedentes de revisiones anteriores y e) la identificación de áreas de riesgo.

Como fase última en esta etapa de planeación, la Auditoría Superior de la Federación utiliza ciertas reglas de decisión respecto del conjunto jerarquizado de los sujetos y objetos de revisión, conformando así su Programa Anual de Auditorías, Visitas e Inspecciones. Tales reglas de decisión consideran los tres elementos siguientes: importancia, pertinencia y factibilidad.

El rigor en el análisis que de esta forma se efectúa, asegura que los entes públicos y rubros de auditoría cumplan con las dos primeras reglas de decisión mencionadas. Sin embargo, es conveniente resaltar que la acción de la Auditoría Superior de la Federación queda en última instancia acotada por el número de técnicos que conforman su fuerza laboral y por el monto de los recursos presupuestales que le son asignados.

Tanto en el caso de la revisión del Informe de Avance de Gestión Financiera como en el de la Cuenta de la Hacienda Pública Federal, una vez seleccionados los entes públicos e identificado el objeto de la revisión, los datos e información que sustentan cada propuesta de auditoría, visita e inspección, se registran en el Sistema de Control y Seguimiento de Auditoría (SICSA), donde se consignan, además del título y tipo de revisión, los objetivos de la misma, su justificación y los criterios de selección aplicados. Con la información registrada en el referido sistema, se integra el Programa Anual de Auditorías, Visitas e Inspecciones correspondiente, a partir del cual, y una vez aprobado por el Auditor Superior de la Federación con la opinión favorable del Consejo de Dirección de la Institución, se informa a la Cámara de Diputados a través de la Comisión de Vigilancia y se procede a la ejecución de los trabajos inherentes al desarrollo de las revisiones programadas.

Cubiertas las etapas anteriores, y practicadas y concluidas las revisiones programadas, se procede a la integración del Informe del Resultado de la Revisión y Fiscalización Superior de la Cuenta Pública. En el caso del Informe de Avance de la Gestión Financiera, se elaboran los

informes de las observaciones que son notificadas a los entes auditados, tal como lo establece el artículo 18 de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, mismas que se integran, en su oportunidad, al Informe del Resultado referido.

8. ESTRUCTURA DEL INFORME DEL RESULTADO DE LA REVISIÓN Y FISCALIZACIÓN SUPERIOR DE LA CUENTA PÚBLICA.

De acuerdo con la ley, el ejercicio de las atribuciones de la Auditoría Superior de la Federación se expresa en el Informe del Resultado de la Revisión y Fiscalización Superior de la Cuenta Pública Federal. Este documento resume el trabajo anual y los resultados de las auditorías, visitas e inspecciones practicadas, y se concreta en un Tomo Ejecutivo, en diversos Tomos Sectoriales y en uno más relativo a los resultados de la revisión de los Ramos Generales 33 y 39, a través de los cuales se transfieren recursos federales a los diferentes estados y municipios.

De acuerdo con la clasificación administrativa sectorial del gobierno federal bajo la cual se estructura el documento, las entidades fiscalizadas son agrupadas dentro del Poder y Sector al cual pertenecen, no así las entidades no coordinadas sectorialmente y los órganos constitucionalmente autónomos, los cuales se ubican por separado. En el tomo respectivo a los Ramos Generales 33 y 39, los resultados alcanzados de la revisión se desagregan por entidad federativa y fondo de aportación revisado.

Por su parte, los resultados de la fiscalización se presentan, para cada uno de los entes públicos auditados, de la siguiente forma: un apartado de "Información General de la Entidad Fiscalizada", otro que contiene los "Informes de Auditoría" de las revisiones realizadas a los diferentes entes públicos y un último apartado de "Seguimiento de Observaciones-Acciones" que se derivan de la fiscalización del ejercicio respectivo y, en su caso, de ejercicios anteriores.

Los elementos que conforman cada uno de los Informes de Auditoría que se formulan son los siguientes:

1. Nombre de la auditoría.- Título de la revisión practicada.
2. Criterio de selección.- Factores que se consideraron para la selección del sujeto y objeto de la auditoría.
3. Objetivo.- Breve descripción del propósito de la revisión.
4. Alcance.- Relación cuantitativa entre la muestra analizada y el universo objeto de la auditoría. En la revisión de programas, sistemas, funciones o proyectos, se indican, además, las fases o componentes que fueron evaluados para delimitar y ubicar en contexto los resultados obtenidos.

5. Áreas revisadas.- Denominación de las unidades administrativas de la entidad fiscalizada responsables de la ejecución de las actividades o programas objeto de la revisión.

6. Procedimientos de auditoría aplicados.- Descripción de los principales procedimientos y pruebas de auditoría aplicados en la revisión.

7. Resultados.- Síntesis de los hechos, evidencias y conclusiones resultantes de la aplicación de los procedimientos y pruebas de auditoría.

8. Observaciones.- Derivan de los resultados de las revisiones practicadas y se refieren a los señalamientos puntuales de las deficiencias, debilidades o irregularidades detectadas.

9. Acciones promovidas.- Consecuencia y complemento inseparable de las observaciones de auditoría. Se clasifican genéricamente en preventivas y correctivas, las que, para la Auditoría Superior de la Federación, tienen la siguiente connotación:

a) Correctivas:

b) Formulación de pliegos de observaciones a servidores públicos, por la presunción de daños o perjuicios al erario federal.

c) Fincamiento de responsabilidades resarcitorias a servidores públicos y particulares, por daños y perjuicios estimables en dinero causados a la Hacienda Pública Federal o al patrimonio de los entes públicos federales.

d) Presentación de denuncias o querellas ante las autoridades competentes por la presunta comisión de ilícitos.

e) Promoción para el fincamiento de responsabilidades administrativas ante los Órganos Internos de Control de los entes fiscalizados o ante la propia Secretaría de la Función Pública, para la aplicación de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

f) Solicitud de intervención del Órgano Interno de Control por el posible incumplimiento de disposiciones normativas. Los Órganos Internos de Control respectivos deben informar de sus actuaciones a la Auditoría Superior de la Federación.

g) Solicitud de intervención de la instancia recaudadora de la autoridad fiscal, por probables errores u omisiones en las declaraciones fiscales de las entidades auditadas, en relación con el cobro de impuestos, derechos, productos, aprovechamientos y aportaciones de seguridad social. Asimismo, ante las autoridades responsables de la administración tributaria, por presuntos actos de evasión o elusión fiscal por parte de proveedores de bienes y servicios del sector público.

h) Solicitudes de aclaración-recuperación a los entes públicos auditados por operaciones no justificadas o no comprobadas, toda vez que al momento de la revisión no se dispuso de los elementos necesarios para solventar lo observado o para promover otro tipo de acción.

i) Multa o sanción pecuniaria que la ASF impone a los servidores públicos responsables, en los términos de los artículos 37 y 40 de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, cuando la

entidad fiscalizada, sin causa justificada, omite presentar dentro del plazo de 75 días hábiles, el informe del resultado derivado de la revisión de una situación excepcional.

j) Preventivas:

k) Recomendaciones. En el caso de las auditorías de regularidad o especiales, las recomendaciones que se formulan corresponden a sugerencias generalmente relacionadas con deficiencias y debilidades en el control interno de las entidades auditadas. Estas recomendaciones se emiten con el fin de evitar la recurrencia de errores y omisiones, fortalecer la operación y los sistemas administrativos, atenuar la discrecionalidad en la toma de decisiones, promover el cabal cumplimiento de la normatividad y desalentar la comisión de irregularidades.

10. Dictamen de la Auditoría Superior de la Federación.- Opinión de la Auditoría Superior de la Federación sobre los resultados obtenidos en las revisiones practicadas, en función del objetivo y alcance de las mismas.

11. Impacto de la fiscalización.- Efectos administrativos, contables, económicos y sociales de los resultados determinados en las revisiones.

12. Efectos estratégicos.- Repercusión, cambio o beneficio esperado como resultado de las acciones promovidas por la Auditoría Superior de la Federación.

13. Comentarios del ente auditado.- Descripción de los planteamientos presentados por el ente público auditado ante la Auditoría Superior de la Federación, respecto a los resultados y observaciones que ésta determinó en las revisiones practicadas.

9. RESULTADOS DEL PROCESO DE FISCALIZACIÓN.

El producto final del trabajo de la Auditoría Superior de la Federación es el Informe del Resultado de la Revisión y Fiscalización Superior de la Cuenta Pública, que contiene los resultados de la revisión del cumplimiento de los programas públicos, el análisis de las desviaciones presupuestarias y la comprobación de que los Poderes de la Unión y los entes públicos federales autónomos llevaron a cabo sus operaciones financieras de acuerdo a la Ley de Ingresos y al Presupuesto de Egresos de la Federación. Dicho Informe es entregado a la Cámara de Diputados a más tardar el 31 de marzo de cada ejercicio, a través de la Comisión de Vigilancia de la Auditoría Superior de la Federación, la cual constituye la instancia formal de enlace entre dicha Cámara y la institución.

La Auditoría Superior de la Federación, por ley, está obligada a mantener reserva y secrecía sobre los resultados y contenido del Informe, el que a partir de su entrega a la Cámara de Diputados, pasa a ser de carácter público.

Existe todo un proceso de análisis y evaluación de la información que involucra tanto a los entes auditados como a las áreas sustantivas de la Auditoría Superior de la Federación, existiendo una diferencia de un año tres meses entre la terminación del ejercicio que se fiscaliza y la rendición de los resultados de las auditorías practicadas por la Auditoría Superior de la Federación, de acuerdo a lo siguiente:

El ejercicio fiscal tiene una duración de un año calendario (del 1° de enero al 31 de diciembre). Durante el mes de marzo del siguiente año, las dependencias y entidades entregan sus respectivas cuentas públicas a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), la que a su vez, las integra durante los meses de marzo, abril y mayo. Posteriormente, el 10 de junio, el Ejecutivo Federal, a través de la SHCP, entrega la Cuenta de la Hacienda Pública Federal a la Cámara de Diputados, y es a partir de esta fecha cuando la Auditoría Superior de la Federación inicia el proceso de su fiscalización para concluirlo a más tardar el 31 de marzo posterior, fecha, en la cual, la Auditoría Superior de la Federación rinde su Informe del Resultado de la Revisión y Fiscalización Superior de la Cuenta Pública a la Cámara de Diputados.

Debe destacarse, que en las últimas etapas del proceso de fiscalización que desarrolla la Auditoría Superior de la Federación, se llevan a cabo reuniones de Preconfronta y Confronta con los entes auditados para darles a conocer los resultados y observaciones determinadas en las auditorías realizadas. Durante estas reuniones, las entidades fiscalizadas tienen la oportunidad de presentar las aclaraciones e información complementarias pertinentes para solventar las observaciones. Las observaciones no aclaradas son incluidas en el Informe del Resultado, las que son notificadas a los entes auditados inmediatamente después de la entrega de dicho Informe a la Cámara de Diputados, disponiendo los entes públicos de 45 días hábiles para dar respuesta a las observaciones determinadas por la Auditoría Superior de la Federación.

Una vez cumplido el plazo de 45 días hábiles y recibida la información y documentación comprobatoria por parte de los entes fiscalizados, la Auditoría Superior de la Federación, previo análisis de procedencia que realiza de dicha información, procede, según sea el caso, a la solventación de dichas acciones, o bien, a la promoción del fincamiento de las responsabilidades, las sanciones resarcitorias o las denuncias de hechos que en cada caso correspondan.

La Auditoría Superior de la Federación se encuentra empeñada en un esfuerzo por contribuir al desarrollo institucional del país, al impulso de la transparencia y la rendición de cuentas, y a la realización de las acciones de fiscalización superior que promuevan el buen gobierno.

De esta forma, con base en su Visión Estratégica, y como consecuencia del proceso de fiscalización que ha llevado a cabo durante los últimos años, la Auditoría Superior de la Federación ha identificado, como prioritarias, las siguientes áreas de opacidad y riesgo, sobre las cuales resulta indispensable la instrumentación de acciones puntuales para avanzar en los procesos de transparencia y rendición de cuentas.

10.CONCLUSIONES.

Podemos concluir que la creación de mecanismos de control y fiscalización derivan del constante crecimiento de la corrupción como síntoma de un funcionamiento incorrecto del aparato gubernamental. Entre las causas que la originan se pueden mencionar las siguientes: falta de estabilidad laboral de los servidores públicos, bajos riesgos e impunidad para quienes incurrir en prácticas corruptas, altos incentivos al soborno, discrecionalidad en la actuación de los servidores públicos, exceso de burocracia y tramitología y visión patrimonialista de los cargos públicos.

Para combatir las grandes causas que propician la corrupción, es necesario impulsar mejores prácticas gubernamentales, señalando a los Poderes de la Unión y a los servidores públicos de todos los niveles de gobierno, las fortalezas, debilidades y áreas de oportunidad para que actúen en el ámbito de sus respectivas competencias.

Del mismo modo, es indispensable impulsar la rendición de cuentas como una constante de la actividad pública en México. De no hacerlo, todo el entramado institucional de nuestro país quedará en entredicho y en una situación de extrema fragilidad.

Para estos propósitos, la rendición de cuentas y la fiscalización superior revisten una importancia estratégica, cuyos procesos deben estar sustentados en los grandes postulados siguientes:

El compromiso con la sociedad debe ser honrado como premisa fundamental de la oferta y de la acción política, reflejo de una verdadera visión de Estado, sin ceder a tentaciones con fines de acumulación de poder o de riqueza.

El verdadero sustento de la autoridad lo constituye la confianza ciudadana, y ésta encuentra su mejor soporte, en un sistema sólido y transparente de rendición de cuentas impulsado por las tareas de la fiscalización superior, cuya estructura institucional la integran las entidades de fiscalización de los Congresos Estatales, y la Auditoría Superior de la Federación, en el caso de los fondos públicos federales.

Los temas centrales del debate nacional, se han modificado radicalmente, surgiendo los de la transparencia y la rendición de cuentas como parte esencial de la discusión pública, y el de la fiscalización superior para promover el mejoramiento del quehacer gubernamental.

La transparencia y la rendición de cuentas no son una concesión graciosa de los gobernantes, son sí, una responsabilidad ineludible y un derecho fundamental del ciudadano en una sociedad democrática.

En este contexto, la transparencia, la rendición de cuentas y la fiscalización superior constituyen un trinomio inseparable que debemos promover para arraigarlo en la cultura democrática de nuestro país, en beneficio de la sociedad a la que todos nos debemos.

Los requisitos fundamentales de un sistema integral de rendición de cuentas deben estar sustentados en la apertura de la información, en el respeto a las leyes y en las sanciones a las conductas indebidas.

Con esa perspectiva, evaluar la actividad gubernamental constituye una tarea prioritaria de la Auditoría Superior de la Federación, la cual compromete toda su capacidad, decisión y voluntad, asumiendo su obligación de neutralidad como condición para ganar la credibilidad de la sociedad.

Es importante que las entidades fiscalizadoras actúen con neutralidad al margen de intereses partidistas. La actuación independiente de las entidades de fiscalización superior, es una de las garantías fundamentales que fortalece la confianza de la sociedad en las instituciones, en las acciones de gobierno y en el desempeño de los servidores públicos.

La lucha contra la corrupción y la impunidad, la cultura de la legalidad y el impulso a los valores en el ejercicio público, deben ser el eje fundamental para potenciar la confianza de la sociedad. Por ello, la Auditoría Superior de la Federación está consciente del papel fundamental que le corresponde desempeñar, como espejo y conciencia de la sociedad que hacen viable el mejoramiento del Estado.

Nuestra historia nos ha legado leyes que han servido para regular la convivencia social y el desarrollo de nuestro país. Muchos cambios hemos vivido y muchos más deberemos realizar, modificando las leyes para fortalecer nuestras instituciones. En un país democrático, el Derecho debe ser el camino para el cambio de las realidades.

Reforzar y fortalecer el marco jurídico de la Auditoría Superior de la Federación, resulta de la mayor importancia para contar con atribuciones y facultades suficientes que le permitan cumplir cabalmente con sus funciones, y hacer posible, que las resoluciones que se deriven de su actuación, sean vinculatorias con la obligación de cumplirlas.

11. BIBLIOGRAFÍA

- Boeta Veá, Alejandro. Derecho Fiscal, Primer curso. 2ª ed. Ediciones contables y administrativas, México 1992.
- De la Cueva, Arturo, Derecho Fiscal. Editorial Porrúa, México 1999, p.14.
- De la Garza, Sergio Francisco, Derecho Financiero México, 26ª ed., Editorial Porrúa, México 2005
- Mabarak Cercedo, Doricela. Derecho financiero Público, Editorial Mac Graw Hill, México 1995.
- <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>
- <http://www.sat.gob.mx/nuevo.html>, en relación con los artículos 1 y 2 de la Ley del Servicio de Administración Tributaria.
- <http://www.asf.gob.mx>.
- <http://www.presidencia.gob.mx>

DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO.

*Alonso Robles Cuétara.

1. INDICE, 2. INTRODUCCIÓN, 3. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO Y DERECHO COMPARADO, 4. EL PATRIMONIO. CONCEPTO Y TEORÍAS ADOPTADAS, 5 TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO. 6. LA TITULARIDAD DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO, 7.CONCLUSIONES

2. INTRODUCCION

En esta tesina nos proponemos demostrar que dentro del contrato de fideicomiso en verdad existe una transmisión de bienes del fideicomitente al fiduciario, pero que no se confundirán con el patrimonio de la última de las figuras mencionadas, sino que será el titular de un patrimonio autónomo.

Así, para lograr la demostración de nuestra hipótesis, en un primer lugar acudiremos a los antecedentes históricos que determinaron la composición legislativa que respecto del fideicomiso actualmente guarda la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, especialmente el *fideicommissum* romano y el *trust* anglo-sajón.

A continuación, abordaremos brevemente a las teorías que en materia civil existen sobre el patrimonio, a fin de determinar si en nuestro sistema jurídico es permisible la existencia de un patrimonio sin titular, como propone la teoría moderna, y finalmente si una misma persona puede ser titular de dos patrimonios distintos, en clara contravención a los postulados de la teoría clásica.

* Alumno de la Maestría en Derecho Privado en la Universidad Iberoamericana Puebla

Finalmente, y siguiendo el método sintético señalado, analizaremos las distintas teorías que respecto a la titularidad del patrimonio fideicomitido se han elaborado y, en base a ello, arribar a un criterio que permita comprobar nuestro dicho.

3. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO Y DERECHO COMPARADO.

Los antecedentes primarios de la institución que distrae en este trabajo nuestro estudio debemos buscarlos, al igual que la mayoría de los fundamentos contractuales de los sistemas jurídicos romano germánicos como el nuestro, en el derecho romano. En efecto, fueron los pretores quienes en su tarea de escapar de los viejos rigorismos del derecho antiguo, propusieron en su edicto la existencia del fideicommissum como un

*Alumno de la Maestría en Derecho Privado, en la Universidad Iberoamericana Puebla.

encargo de confianza que una persona (fideicomitente) hacía como última voluntad para transmitir bienes a otra llamada fideicomisario, quien se encontraba impedida para adquirir en términos de las leyes romanas por medio de legado o de ser heredero, a través de alguien que sí contaba con capacidad legal para recibir dichos bienes, bien un heredero, legatario o donatario *mortis causa*. Así, como indica Héctor Gordillo Montesinos¹²⁴, la forma normal adoptada por el derecho romano para la actualización de la naciente figura jurídica fue *mortis causa* y no *inter vivos*, a la inversa de como sucede actualmente.

Como puede desprenderse de la naturaleza jurídica del fideicomiso, al no estar sancionada por el *ius civile* y consistir, en pocas palabras, en un acto que podría ser calificado como de fraude a la ley, el cumplimiento de la voluntad del testador no estaba sancionado por medio de acción alguna, de ahí que el mismo dependía enteramente de la voluntad del fiduciario, tal y como ilustra Ventura Silva¹²⁵:

“...en efecto, cuando el testador quería favorecer con su herencia a una persona que carecía de capacidad para recibir bienes por legado o por institución de hereditaria no le quedaba otro recurso que rogar a quien tenía confianza, que podía ser el heredero o cualquier otra persona que entregase al incapaz su sucesión, una cuota parte de ella o un objeto determinado. En un principio el fideicomiso no era obligatorio, se reducía a una súplica que el causante hacía a la persona que designaba para la ejecución del mismo. Descansaba, pues, en la honradez y lealtad (FIDES) de aquél a quien se encomendaba...”

En efecto, y como puede colegirse de lo antes anotado, el nombre del fideicomiso (del latín *fides* – *fidei*, confianza, y *commissio* – *commissionis*, comisión o encargo), deriva precisamente de la confianza que el testador ponía en el fiduciario respecto al cumplimiento de su última voluntad, que no era otra que la transmisión de bienes a un tercero ante la existencia de capacidad de recibir por herencia o legado del fideicomisario, todo esto ante la falta de forma exigida por ejemplo respecto de los legados (que debían contenerse en el propio testamento)¹²⁶ de una acción dentro del sistema de las *legis actiones* e incluso dentro del procedimiento formulario para lograr la ejecución forzosa de la transmisión, pues no sería sino hasta la instauración del procedimiento *extra ordinem* cuando se otorgaría acción, una vez llegado Augusto al poder, cuando encomendó a los cónsules el cumplimiento del

¹²⁴ Gordillo Montesinos, Roberto Héctor, *Derecho Privado Romano*, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 395.

¹²⁵ Ventura Silva, Sabino, *Derecho Romano*, México, Editorial Porrúa, 2000, p. 457.

¹²⁶ Margadant S., Guillermo F., *Derecho Privado Romano*, México, Editorial Esfinge, 2004, p. 507.

fideicomiso¹²⁷ (que en efecto y contrario a nuestros días revestía la forma de un acto unilateral de voluntad).

Si bien como puede apreciarse de lo anteriormente señalado, el fideicomiso romano no guarda gran relación con la figura homónima vigente en nuestra ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por haberse basado el legislador en la figura anglosajona del *trust*, guarda relevancia para nuestro estudio la adquisición por parte de nuestro sistema jurídico tanto del nombre de la institución como de la titularidad del patrimonio fideicomitado, objeto de nuestro análisis.

En efecto, el derecho romano antiguo desconocía la existencia de un patrimonio sin titular, por lo que se ofrecieron varias teorías respecto de la herencia vacante y la yacente (en la primera los bienes se transmitían desde la muerte del *de ciuis* al fisco y en la época post clásica a la Iglesia, y en caso de la segunda se ofrecían tres posibilidades, a saber: el autor de la herencia continuaba siendo su propietario hasta la aceptación del heredero; el heredero era titular de la herencia desde el momento de la muerte del *de ciuis*¹²⁸ y; la equiparación a una fundación). En dichos términos, el patrimonio debía de ser transmitido forzosamente al fiduciario a través de una venta imaginaria para que éste se encontrara en posibilidades de hacer lo propio respecto del fideicomisario, siguiendo los rígidos requisitos establecidos por el *ius civile* para la transmisión de bienes. Ventura Silva¹²⁹ al respecto nos dice:

“Para transmitir fideicomisariamente una herencia, se recurría a una venta fingida del patrimonio hereditario *mancipatio nummo uno*. Sin embargo, para lograr la actualización del fideicomiso se requería de la transmisión particular de cada objeto singular. Por otra parte, las relaciones entre comprador y vendedor se regulaban mediante *stipulationes emptae et venditiae hereditatis* (reglas de compraventa de herencia), que se añadían a la venta. El *heres fiduciarius* se obligaba a transmitir el activo, en tanto que el fideicomisario quedaba constreñido a liberar de las deudas al heredero. Además, el fideicomisario debía intervenir, llegado el caso, como *procurator in rem suam* en los procesos dirigidos contra el heredero originados por la herencia, en tanto el *heres fiduciarius* facilitaba al fideicomisario el ejercicio de las acciones de la herencia.”

¹²⁷ Ventura; Op. Cit.; p. 457.

¹²⁸ Doctrina que al efecto sigue el Código Civil de Puebla, estableciendo efectos retroactivos entre la declaratoria de heredero y la muerte del autor de la herencia.

¹²⁹ Ventura; Op. Cit.; p. 458.

Ergo, es indiscutible que el patrimonio fideicomitado debía de ser transmitido forzosamente al fiduciario para que éste a su vez pudiera legalmente entregarlos al dominio del fideicomisario.

El fideicomiso perdió su importancia en el derecho pos clásico, y por ello los compiladores del emperador Justiniano, al considerarlo un legado oneroso, lo equipararon a éste último a pesar de las diferencias en cuanto a la forma de su constitución que hemos anotado, razón por la cual no llegó a nuestros códigos sino a través del derecho estadounidense, adoptando únicamente las formas de la figura romana mas no su esencia.

Así es, aunque como señala Dávalos Mejía¹³⁰ el *trust* estadounidense tuvo fuerte influencia, al menos en un principio, en legislación inglesa tal como el *Statute of Uses* y el *Statute of Willis*, atendiendo a que el segundo cuerpo de normas establecía el derecho a transmitir por medio del *trust* o de testamento el patrimonio de una persona *mortis causa*. Por ello, por lo menos en un principio, la institución sajona referida tiene sus bases en la legislación romana, lo que resulta por demás curioso si tenemos en consideración las múltiples prohibiciones emanadas de los reyes ingleses para prohibir la enseñanza del derecho romano en algunas universidades, como la de Oxford. Sin embargo, y dado el desenvolvimiento que goza el derecho estadounidense a través del *case law* (tan parecido en cierta forma al edicto del pretor y que nosotros hemos rechazado ante la seducción de la racionalidad de la codificación), ha permitido el desarrollo del fideicomiso atendiendo a las necesidades actuales. Así, y siguiendo a nuestro autor, quien a su vez basa su estudio en los realizados por el profesor Halbach de la Universidad de Berkeley¹³¹, los requisitos elementales que el fideicomiso debe reunir en base a la multiplicidad de sentencias contenidas en el sistema del *stare decisis* o jurisprudencial del vecino del norte, son los siguientes:

- a) Una expresión de multad expresa del fideicomitente, llamado *settlor* estableciéndose con toda precisión la fecha en que se hizo;
- b) La aceptación por parte del *trustee* (fiduciario): “Respecto de la formación del fideicomiso es necesario tener presente lo siguiente: a pesar de que para su creación en suficiente que el fideicomitente manifieste su voluntad, la aceptación del fiduciario se presume hasta que, en su caso, se demuestre lo contrario; a partir de que haga expresa su aceptación, sus derechos y deberes se retrotraen (relates back) a la fecha en que se creó el fideicomiso. Si expresa su voluntad en el sentido de que no acepta ser fiduciario, el fideicomiso simplemente nunca existió...”¹³²;

¹³⁰ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Títulos y Operaciones de Crédito*, México, Editorial Oxford, 2002, p. 533.

¹³¹ Ídem; p. 533.

¹³² Ídem; p. 534.

- c) Que el objeto del fideicomiso exista, sea propiedad del settlor, estar determinado y ser transferible, "...porque a partir de la formación del fideicomiso el bien o cosa se transmite al haber del fiduciario. No obstante, en este derecho, como en el alemán, se permite que el bien fideicomitado no se transmita en su totalidad sino que quede sometido a la voluntad del fideicomitente..."¹³³;
- d) Se requiere forzosamente de la designación de un fideicomisario o *beneficiary* (también llamado *cestui que trust*¹³⁴); y
- e) El fin o propósito del *trust*.

Como podemos observar del inciso c) de los elementos del *trust* referidos, para Dávalos Mejía en el derecho anglosajón sí existe una transmisión del patrimonio fideicomitado por parte del *settlor* al *trustee*, quien no solamente será el administrador de los bienes sino propietario de los mismos en los términos que haya indicado el propio fideicomitente, aunque señala Domínguez Martínez¹³⁵ que la existencia de la transmisión de la cosa fideicomitada no ha estado exenta de debate en el país del norte:

"La transmisión que a favor del *trustee* tiene lugar con motivo del *trust*, plenamente reconocida por el *Common Law*, así como el derecho que el mismo *trust* confiere al *cestui que trust*, hecho prevalecer por la Equito, ha originado que algunos autores, como CLARET y MARTÍ, pugnen por la presencia de una dualidad de derechos de propiedad, a saber: un derecho de propiedad formal, exterior, correspondiente al *trustee* y un derecho de propiedad sustancial o económica. Otros, en cambio, no ven tal dualidad de propiedades, sino mas bien, 'una sola institución de propiedad *ownership*, en la que la titularidad puede recaer en persona diferente de la que goce, disfrute o reciba sus beneficios', por la complementación que realiza el equito *on common law*..."

Así, parece que en opinión de los segundos comentaristas citados por nuestro autor, en virtud del fideicomiso se constituiría una especie de usufructo, dentro del cual la titularidad de los bienes (la nuda propiedad) sería transmitida a la fiduciaria, para corresponder los beneficios de la cosa al beneficiario del fideicomiso. Cabe calificar, sin embargo, la existencia de una transmisión de derechos reales en el derecho estadounidense al fiduciario, que como indica Dávalos¹³⁶ será en términos absolutos tanto en el derecho italiano como en el suizo, que al pertenecer a la familia jurídica románica, no pueden aceptar la posibilidad de la existencia

¹³³ Íbidem.

¹³⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso*, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 145.

¹³⁵ Ídem; p. 147.

¹³⁶ Dávalos; Op. Cit.; p. 531.

de un patrimonio autónomo o de la titularidad de dos patrimonios por una sola persona, de acuerdo a la teoría del patrimonio-personalidad o clásica, que sigue tan vigente en la Francia que la dio a conocer a través de la Escuela de la Exégesis, que en la ley y la jurisprudencia del país galo no se regula en forma alguna a la institución sujeta a estudio:

“Respecto a la titularidad de los bienes fiduciarios cabe señalar que, en opinión del autor citado (Witz), la regla de indivisibilidad del patrimonio, caracterizada por la teoría del patrimonio personalidad, impide que los bienes fideicomitidos puedan escindirse del patrimonio del fideicomitente; simplemente se desprende de él para formar parte del patrimonio del fiduciario, y por la misma razón teórica, el bien transferido queda sometido al régimen jurídico de los otros bienes del fiduciario...”¹³⁷

Así, podemos llegar a la conclusión de que en los países de tradición romano germánica (inclusive Alemania), es indudable que el patrimonio fideicomitado se trasmite al fiduciario sobre el cual el fideicomitente no tendrá derecho real alguno, sino únicamente personal en contra del fiduciario en caso de incumplimiento del contrato de fideicomiso, atento a la naturaleza negocio jurídico de éste; esto a pesar de que algunos de estos países hayan firmado la Convención de la Haya del 1 de julio de 1985, que dispone que el patrimonio fideicomitado constituyen una masa distinta y no hacen patrimonio del fiduciario.¹³⁸

Finalmente, en este apartado nos limitamos a seguir a Rodríguez y Rodríguez¹³⁹ en cuanto a los antecedentes legislativos del fideicomiso en nuestro país, previa su inserción en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, lo que hace en esta forma:

“Con evidentes conexiones lógicas con la fiducia y el fideicomiso romanos y con el fideicomiso testamentario del derecho español y mexicano, históricamente, el fideicomiso mexicano deriva del trust anglo-sajón, hijo a su vez, del fideicomiso romano o de ciertas instituciones romanas. La Ley de Instituciones de Crédito, de 1924, introdujo el concepto de bancos de fideicomiso. La ley de 30 de junio de 1926 estableció la reglamentación de los bancos de fideicomiso, que se incorporó a la Ley de Instituciones de Crédito de 1926. Los artículos relativos (97 a 141) estaban divididos en tres secciones. La primera trataba del objeto y constitución de los bancos de fideicomiso; la segunda del fideicomiso propiamente dicho; la tercera con otras

¹³⁷ Ídem; p. 532.

¹³⁸ Íbidem; p. 522.

¹³⁹ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Derecho Mercantil*, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 623.

operaciones de los bancos de fideicomiso, por cuenta ajena. Con alguna modificación importante pasaron los artículos relativos a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y a la Ley de Instituciones de Crédito de 1932, y ésta de 1940 y ahora a la nueva Ley de Instituciones de Crédito, sin mayores modificaciones.”

4. El Patrimonio. Concepto y teorías adoptadas.

La palabra patrimonio deriva de la voz latina *patrimonium*, que originalmente significaba los bienes pertenecientes a un *paterfamilias* y que se transmitían de generación en generación¹⁴⁰. Para Rojina Villegas¹⁴¹, y siguiendo a Planiol, debemos entender por el concepto en cita: “... un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valorización precuniaria, que constituyen una universalidad de derecho (*universitas iuris*)...” En voz de Ibarrola, debemos entender “...el conjunto de los derechos y compromisos de una persona, apreciables en dinero. Si se desea reducir el patrimonio a números, tendrá que deducirse el pasivo del activo, y ello nos lo dice claramente la vieja máxima latina: *Bona non intelligentur nisi deducto aere alieno.*”

En las definiciones indicadas se refieren claramente al patrimonio al de carácter económico, mas no al patrimonio moral constituido por los derechos de la personalidad, que como claramente afirma Gutiérrez y González¹⁴² se encuentran deficientemente regulados tanto por el Código Civil para el Distrito Federal como por el Código Civil Federal, no siendo el caso respecto al poblano, en donde se encuentran expresamente regulados. En los términos aludidos es definido en primera instancia el patrimonio por el Legislador poblano dentro del artículo 943 del Código Civil, que a la letra dice: “El conjunto de bienes pertenecientes a una persona y las obligaciones a cargo de la misma se llama patrimonio económico,” los cuales forzosamente deberán ser valorables en dinero, pues los derechos que no lo sean, de acuerdo al artículo 344 del ordenamiento en cita, serán parte del patrimonio moral de una persona.

Dada la definición señalada, el patrimonio económico de una persona se integra por dos elementos: el activo y el pasivo. El primero se compone de de todo aquello de contenido económico que favorecen a su titular, esto es, el conjunto de bienes y derechos pertenecientes a una persona, compuesta por derechos reales y de crédito. El segundo elemento, pasivo del

¹⁴⁰ Ibarrola, Antonio. *Cosas y sucesiones*, México, Editorial Porrúa, 2006, p. 41.

¹⁴¹ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo III Bienes, Derechos Reales y Posesión, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 67.

¹⁴² Gutiérrez y González, Ernesto, *El Patrimonio*, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 67.

patrimonio, esta integrado por todo lo de contenido económico a cargo de un mismo titular, o sea, obligaciones o débitos cuyo conjunto componen su aspecto negativo.

Ahora bien, fundamentalmente existen dos teorías respecto del patrimonio, la de la escuela clásica francesa también llamada del patrimonio personalidad, y la teoría moderna o del patrimonio afectación. Analizaremos brevemente cada una de ellas.

1. Teoría Clásica o del Patrimonio Personalidad.

Para la escuela clásica francesa, el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas que integran el patrimonio, constituyen una entidad abstracta, una universalidad de derecho, que se mantiene siempre constante con la persona jurídica. El patrimonio se manifiesta como una emanación de la personalidad, y la expresión del poder jurídico de que una persona se haya investida como tal. Sus principales características, que tomamos de Ibarrola¹⁴³, son:

- a) Sólo las personas pueden tener un patrimonio.
- b) Todas las personas necesariamente deben tener un patrimonio.
- c) Cada persona sólo tendrá un patrimonio, es decir, el patrimonio como la personalidad es única e indivisible. Al respecto aclara Rojina Villegas¹⁴⁴: “Por ser el patrimonio una emanación de la misma persona, participa de los atributos de unidad e indivisibilidad que caracterizan a ésta. Por consiguiente, no pueden existir dos o más masas autónomas de bienes y de obligaciones con relación a una misma persona. Siempre esas masas tendrían que referirse y agruparse en una universalidad, es decir, quedarán comprendidas en un patrimonio único...”
- d) El patrimonio es inseparable de la persona.
- e) El patrimonio constituye una prenda común y tácita que garantiza las deudas contraídas por una persona.

Estos puntos, que constituyen la doctrina de los doctrinistas exegéticos Aubry et Rau, fueron ya calificados por Planiol¹⁴⁵ como artificiales y ficticias, ajenos a la realidad social, sobre todo en los puntos referentes a la indivisibilidad del patrimonio y al carácter unitario del mismo, aunque la principal crítica se dirija respecto a la confusión del patrimonio con la personalidad jurídica, atribuyéndoles las referidas características aludidas, situación que el ser ajena a nuestro estudio, no abordaremos.

¹⁴³ Ibarrola; Op. Cit.; pp. 49 y 50.

¹⁴⁴ Rojina Villegas; Op. Cit.; p. 69.

¹⁴⁵ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Derecho Civil*, México, Editorial Oxford, 1999, p. 355.

En efecto, señala Gutiérrez y González¹⁴⁶ sobre la unicidad del patrimonio, lo siguiente:

“...Otra crítica a la tesis clásica es la que hace ver que es un error considerar que la persona sólo puede tener un patrimonio. Ya expuse en el apartado anterior que en el mismo Derecho Francés que es en donde opera y se crea la tesis clásica, es posible que en un momento la persona tenga dos patrimonios, tal y como sucede en el caso del heredero que tiene el patrimonio propio y tiene además el patrimonio heredado, que no se confunden durante el procedimiento o trámite sucesorio, en virtud del llamado beneficio de inventario.”

Otros ejemplos al efecto citados por Ibarrola, constituyen el patrimonio familiar, la sociedad conyugal, el patrimonio del ausente o del quebrado.

2. Teoría Moderna o del Patrimonio Afectación.

Señala Rojina Villegas¹⁴⁷ que acorde a ésta doctrina, “...la noción del patrimonio ya no se confunde con la personalidad, ni se le atribuyen las mismas características de indivisibilidad e inalienabilidad propias de la persona...” El patrimonio de afectación es una universalidad reposando sobre la común destinación de los bienes que la componen, o más exactamente, un conjunto de bienes y deudas afectos a un fin económico. En efecto, señala Ibarrola:

“La teoría moderna se define tomando en consideración el destino que en un momento dado tengan determinados bienes, derechos y obligaciones, con relación a un fin jurídico o económico. Bienes y deudas están inseparablemente ligados a un fin económico y, en tanto no se haga una liquidación, no apreciará el activo neto...”

De acuerdo a las definiciones dadas, señala Rojina Villegas¹⁴⁸ que como la persona puede tener diversos fines jurídico-económicos por realizar, o el derecho puede afectar en determinado momento dado un conjunto de bienes para proteger ciertos intereses (patrimonio de familia, o la reserva de ley en las sociedades mercantiles), o lograr la continuidad jurídica de la personalidad y el patrimonio (casos de ausencia y sucesión), pueden

¹⁴⁶ Gutiérrez y González; Op. Cit.; p. 59.

¹⁴⁷ Rojina Villegas; Op. Cit.; pp. 79 y 80.

¹⁴⁸ Ídem; p. 80.

existir y de hecho existen diversos patrimonios en una misma persona, como masas autónomas de bienes, derechos y obligaciones, y puede transmitirse ese patrimonio por actos inter vivos, especialmente por contratos.

La teoría en comento, elaborada por juriconsultos alemanes, en lo referente a la mutiplicidad de patrimonios ha sido aceptada por el derecho mexicano, especialmente en lo relativo a la herencia aceptada a beneficio de inventario que impide la confusión del pasivo de la masa heredada con el patrimonio del causahabiente. Sin embargo, y como señala el maestro Rojina Villegas¹⁴⁹, no todos los principios de esta teoría han sido aceptados, en especial la existencia de patrimonios sin titular:

“No se admite, como en el derecho alemán, que puedan existir patrimonios sin dueño, porque este sistema es tan ficticio como el de la doctrina clásica. Afirmar que pueda existir un patrimonio sin dueño, es formular un concepto contrario a la realidad misma. Es necesario que el conjunto de bienes tenga siempre como soporte un titular que debe ser una persona física o moral. Principalmente esto en el campo de las personas morales donde alcanza mayor amplitud la posibilidad de afectar un conjunto de bienes a la realización de fines concretos...”

Nos parece necesario citar el egregio maestro Eduardo García Máynez¹⁵⁰ a fin de reforzar el criterio que en nuestro sistema jurídico no se permite la existencia de un patrimonio sin titular:

“El primer argumento que debe esgrimirse contra la doctrina del patrimonio de destino, es que no pueden existir derechos sin sujeto. Todo derecho es, *a fortiori*, facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derechos sin titular es contradecirse. La noción de deber encuéntrase ligada inseparablemente al concepto de persona; entre ellos hay una relación del mismo tipo que la que existe entre las ideas de substancia y de atributo. Es cierta la afirmación de Windscheid de que los derechos pueden transmitirse, es decir, para sin alteración de un sujeto al otro. Pero esto no quiere decir que la noción de derecho subjetivo sea separable de la persona. ‘El derecho –dice Windscheid– permanece, sólo la persona cambia; por consiguiente, la persona es accidental, el derecho substancial. El derecho es un poder de voluntad, no de una determinada

¹⁴⁹ Íbidem.

¹⁵⁰ García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 1999, pp. 283 y 284.

persona, sino de un determinado género. Si, pues, al derecho no le es esencial un determinado sujeto, no le será tampoco en general esencial algún sujeto. Pero en esta última consecuencia es donde anida el sofisma. De no ser esencial un determinado sujeto, no se puede deducir que no sea esencial, en absoluto, el sujeto: de la indiferencia de la individualidad del ente, la superfluidad del ente mismo. Sería, como dice Unger, querer argumentar que como es indiferente cuál sea el actor que desempeña una parte secundaria en un drama, de aquí se siga que no hace falta ningún actor. Y Bohlau dice en forma asaz viva: la boca bronceada de la artillería habla palabras de muerte, ya sean Hinz o Kuntz los cañoneros. Pero, ¿quién vio jamás disparar un cañón sin que un artillero desaparece?...”

En los aludidos términos, podemos concluir que en el derecho mexicano no se permite la existencia de un patrimonio sin titular, sin que puedan incluirse en el estudio los bienes mostrencos y vacantes, ya que estos no se encuentran afectados a un fin económico o jurídico y no integran patrimonio alguno, al ser *res nullius*.

5. Teorías sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso. La titularidad del Patrimonio Fideicomitado.

La redacción original del artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito era la siguiente: “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.” La interpretación de dicha disposición normativa ha traído a efecto una multiplicidad de teorías respecto a la naturaleza jurídica y a la titularidad de los bienes fideicomitados, que ahora analizaremos.

1. El fideicomiso mandato.

Ésta fue la primera teoría seguida por el legislador mexicano en la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926¹⁵¹, donde dio a dicha institución jurídica en forma expresa el carácter de mandato irrevocable, negando así la transmisión de los derechos de propiedad respecto de los bienes afectos al fideicomiso, acorde con la tradición románica de nuestro sistema jurídico y de la teoría clásica del patrimonio.

¹⁵¹ Dávalos; Op. Cit.; p. 537.

Así, indica Domínguez Martínez¹⁵² que para Alfaro, quien intentó por primera vez conciliar el *trust* anglosajón en los sistemas jurídicos latinoamericanos, el fideicomiso es un contrato sui generis cuya esencia es el mandato, definiéndolo como “un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario...”

La propia acepción anotada se contradice, dado que dentro del mandato, aún en el caso del mandato irrevocable para actos de dominio (que sí se encuentra consignado en nuestra legislación estatal, a distinción a lo que sucede en el Código Civil Federal, legislación supletoria al Código de Comercio en materia común de conformidad a su artículo 2), nunca importa la transmisión de la propiedad de la cosa objeto del contrato al mandatario, sino en su caso, al tercero con el que éste deba contratar. Otras consideraciones que al respecto indica nuestro autor¹⁵³, son las siguientes:

“...En esas condiciones, con tener en cuenta que la afectación o transmisión de que son objeto los bienes fideicomitidos sin que lo sean aquellos sobre los que recaerán los actos objeto del mandato, es suficiente para determinar que si bien no es ésta la única diferencia entre el primero y el segundo sí que es suficiente para determinar que ambas figuras son diversas desde sus cimientos... debido a lo anterior, otra diferencia entre ambas figuras es que el mandante no obstante haber sido aceptado el mandato por el mandatario, puede realizar los actos encargados a éste, situación que se descarta de plano en el fideicomiso, pues por su otorgamiento, el fideicomitente pierde el derecho a ejecutar los actos con los que se pretenda lograr los fines señalados por él mismo...”

2. El Fideicomiso como patrimonio sin titular.

Como hemos indicado en líneas precedentes, la existencia de un patrimonio sin titular es rechazada por diversos autores. Es necesario que una persona sea titular de los bienes, y si en verdad es cierto que los bienes fideicomitidos salen del patrimonio de el fideicomitente para formar uno diverso autónomo, resulta absolutamente necesario que una persona, sea física o moral, sea el titular de dicho patrimonio, y así en efecto, poder disponer de los bienes por los

¹⁵² Domínguez Martínez; Op. Cit.; p. 148.

¹⁵³ Ídem; p. 151.

que se integra y defenderlos respecto de terceros. En consecuencia, se rechaza en todo caso que no exista un titular respecto de los bienes fideicomitidos en los términos que lo hace Domínguez Martínez¹⁵⁴: “Sin embargo, la afectación de bienes que tuvo lugar en el fideicomiso antes de las reformas de dos mil tres no implicó una autonomía tal del patrimonio correspondiente, que se traduzca en una masa de relaciones carentes de titular, según los fundamentos de la teoría sustentada por Landerreche Obregón... Menos ahora con el señalamiento expreso de efectos traslativos fideicomitente-fiduciario...”

3. La teoría del desdoblamiento de la propiedad.

En efecto, algunos doctrinistas, siguiendo a los juristas norteamericanos que hemos señalado en el capítulo de antecedentes, han señalado que el fideicomiso constituye un verdadero desdoblamiento del derecho de propiedad, en virtud del cual la titularidad del derecho jurídico será la fiduciaria, pero en términos económicos lo seguirá siendo el fideicomitente y, en su caso, el fideicomisario. Tesis esta que también resulta contraria a nuestro sistema jurídico, dado que el derecho de propiedad es absoluto, y como tal sólo puede existir un propietario respecto de una misma cosa, mención aparte del derecho de copropiedad, al que claramente no se refiere la teoría dictada. En dicho sentido, el ya citado Domínguez Martínez¹⁵⁵ dice: “Es jurídicamente insostenible la afirmación de que el derecho de propiedad admite desdoblarse; aseverar tal cosa va en contra de la esencia misma de este derecho real, al tratarse de ‘un derecho absoluto que excluye la posibilidad de dos titulares diferentes, entre otras razones, porque la existencia de uno necesariamente elimina al otro.’ Además, ya en páginas anteriores hemos considerado que el fideicomisario es titular sólo de derechos de crédito...”

4. El fideicomiso como una transmisión de derechos de los que es titular el fiduciario.

La totalidad de los autores coinciden al definir al fideicomiso como un negocio jurídico en virtud del cual el fideicomitente destinaba ciertos bienes a la consecución de un fin, encargando aquella a un fiduciario. Sin embargo, las opiniones se bifurcan cuando se habla sobre la titularidad del patrimonio fideicomitado, y en ocasiones incluso omiten pronunciarse al respecto. Repasemos algunos criterios.

¹⁵⁴ Íbidem; p. 157.

¹⁵⁵ Íbidem; p. 159.

Para el maestro Cervantes Ahumada¹⁵⁶:

“Por patrimonio autónomo entendemos un patrimonio distinto de otros, y distinto, sobre todo, de los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso... A ninguno de los tres elementos personales, puede ser atribuible el patrimonio constituido por los bienes fideicomitidos; sino que debe entenderse que se trata de un patrimonio afectado a un fin determinado, que se encuentra, por tanto, fuera de la situación normal en que los patrimonios se encuentran colocados... El fiduciario es titular, no propietario. Por titularidad se entiende ‘la cualidad jurídica que determina la entidad de poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica.’ El poder del fiduciario sobre el patrimonio fideicomitado estará determinado por el acto constitutivo del fideicomiso, y si no lo estuviere, por la naturaleza del fin a que los bienes fideicomitados se destinan...”

Dávalos Mejía¹⁵⁷ sostiene lo siguiente:

“Entonces, el patrimonio se creó voluntariamente cuando el fideicomitente se desprendió de parte del suyo, implica una transmisión de propiedad, pero no en términos civiles, sino fiduciarios, lo que significa que el interés de esta transmisión no es la transmisión en sí, sino la consecución de un fin ulterior,, para el que debe aceptarse que el legislador consideró indispensable desembarazar al fideicomitente de su propiedad civil directa y, al mismo tiempo, transmitirla a una fiduciaria para que lo sostenga, defienda y desahogue, pero sólo en los términos de las órdenes dictadas por el fideicomitente en el acto de creación. Así, el patrimonio de un fideicomiso es autónomo..., es decir, en el aspecto jurídico, independiente de cualquier otro – incluidos en primer lugar, el del fideicomitente y el de la fiduciaria-; pero están bajo la titularidad y dirección exclusiva de la última, que es a la que se le transmitió su propiedad, sólo con el interés de llegar a un fin ulterior. La transmisión de propiedad es un medio para conseguir un objetivo. Estudiar un medio en sí, como manera de entender la totalidad del fenómeno, es un afán incumplido. La fiduciaria es titular del patrimonio autónomo conformado por el objeto –los bienes- del fideicomiso...”

Víctor Castrillón y Luna¹⁵⁸ señala en forma por demás pobre al respecto, lo siguiente: “El fideicomiso implica siempre la existencia de un patrimonio que es transmitido por el

¹⁵⁶ Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y Operaciones de Crédito*, México, Editorial Porrúa, 2002, pp. 289 y 290.

¹⁵⁷ Dávalos; Op. Cit.; p. 563.

fideicomitente. Los bienes fideicomitados salen del patrimonio del fideicomitente para formar un patrimonio autónomo y lo único que el fideicomitente tendrá en relación con dichos bienes serán aquellos derechos que expresamente se haya reservado.”

Finalmente, escucharemos la opinión de Rodríguez y Rodríguez, precursor en el estudio del fideicomiso en nuestro país, al hablar sobre la transmisión de los bienes fideicomitados:

“El artículo 387 (sic) de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito señala claramente que el fideicomiso implica una transmisión de dominio (cesión de derechos o transmisión de dominio) a favor del fiduciario... La traslación de dominio produce efectos frente a terceros, lo que quiere decir que el fiduciario aparece como dueño. Este dominio tiene características especiales. En efecto, el fiduciario no tiene el libre uso, disfrute y dominio de los bienes, pues estas facultades dominicales tienen las siguientes limitaciones: 1) Todas ellas se ejercen en función del fin a realizar, no en interés del fiduciario. 2) El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el fideicomisario. 3) El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites establecidos. 4) Extinguido el fideicomiso los bienes deben volver al fideicomitente, con excepción de los fideicomisos constituidos a favor de personas de orden público, instituciones de beneficencia o culturales. Quiere decir todo esto que los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio separado, un patrimonio fin o de afectación. Bien entendiendo que un patrimonio separado o un patrimonio fin o de afectación no son patrimonios sin titular... Por eso, es evidente que el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan...”

Como podemos colegir de las anteriores definiciones en una síntesis de criterios, el patrimonio fideicomitado en verdad constituye un patrimonio afectación cuya titularidad corresponde exclusivamente al fiduciario pero limitado por las instrucciones dadas por el fideicomitente en cuanto a los límites de los derechos derivados del de propiedad. En efecto, el negocio fiduciario constituye una perfecta síntesis entre las teorías clásica y moderna del patrimonio, en que los bienes fideicomitados pertenecerán a una persona (la institución fiduciaria) pero no ingresarán en el patrimonio de ésta, sino que se constituirá en un patrimonio diverso, de la que se insiste, será titular.

¹⁵⁸ Castrillón y Luna, Víctor M., *Contratos Mercantiles*, México, Editorial Porrúa, 2003, pp. 344 y 345.

Dicho criterio fue adoptado por la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis visible en la página cuarenta y tres, del tomo 121-126 Cuarta Parte, de los de la Séptima Época del Semanario Judicial de la Federación, bajo el rubro “FIDEICOMISO. NATURALEZA” y que a la letra dice:

“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 a los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario. Es un patrimonio autónomo, afectado a un cierto fin, bajo la titularidad y ejecución del fiduciario, quien se halla provisto de todos los derechos 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 demandado, así como vender, alquilar, ceder, etcétera.”

A pesar de lo anterior, el criterio del Alto Tribunal no zanjó en forma definitiva la controversia sobre la titularidad de los bienes fideicomitados, por lo que por Decreto de fecha trece de junio del año dos mil tres, se reformó el texto del artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, para quedar en los siguientes términos: “El virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.”

No consideramos afortunada la distinción que implica la conjunción disyuntiva “o” entre las voces propiedad y titularidad, pues parecería implicar que a contrario de lo ya sostenido por la Corte, podría llegarse a confundir el patrimonio fideicomitado con el de la fiduciaria cuando se habla de propiedad y no de titularidad, si se trata de bienes distintos, por supuesto, a numerario, dado que en éste caso no existiría necesidad de transmisión por medio

de un patrimonio de afectación. Reforma ésta que, en todo caso, inclusive el crítico Juan Suayfeta Ozaeta¹⁵⁹ celebra, en los siguientes términos:

“Si bien es verdad que ese desconcierto no llegó a afectar significativamente el cada vez más amplio abanico de utilización del fideicomiso, era aconsejable imprimirle mayor precisión y claridad al texto del precepto... Debe acreditárseles a los reformistas el que hayan tenido la sugerencia, pues la redacción considerada ahora en la iniciativa tiene de positivo que, en caso de ser aprobada, dejará consignadas varias precisiones, a saber: que el fideicomiso es un contrato, que tiene efectos traslativos sobre la propiedad de los bienes que afectan al mismo, y que la ejecución de los fines, que es uno de los elementos esenciales de ese acto jurídico, constituye una obligación cuyo cumplimiento queda a cargo del fiduciario...”

En efecto, sin determinar la confusión patrimonial de los bienes fideicomitidos con los propiedad de la fiduciaria, rechaza la nueva definición todo posible acercamiento a la falta de titularidad del mismo, tesis esta para la cual consideramos necesario copiar en lo que nos interesa, la exposición de motivos de la citada reforma¹⁶⁰:

“El fideicomiso ha sido desde hace varios años una figura de enorme trascendencia en las relaciones jurídicas. En México, su expansión ha sido extraordinaria. Por su flexibilidad y potencialidad para coadyuvar en diversas formas al desarrollo de múltiples áreas y actividades, debido al beneficio que esta figura permite otorgar con un patrimonio fideicomitado, por cualquier persona, es fundamental que la ley exprese con nitidez los alcances y límites de este concepto. Por tal motivo, esta iniciativa propone establecer una definición de fideicomiso. En primer término, al fideicomiso se le define como un contrato, lo cual pretende revalorar y consolidar la importancia de un acuerdo de voluntades y de la libre convencionalidad de las partes para alcanzar ciertos fines en los términos y condiciones que a su elección consideren más convenientes. Asimismo, el hecho claro de que esta figura sea un contrato permite anticipar los alcances y consecuencias que pudiese tener cuando se presentan situaciones que vicien el consentimiento de las partes. En conclusión, al definir al fideicomiso como un contrato, se alcanza un equilibrio entre la enorme potencialidad que el propio libre consentimiento de las partes puede otorgar a dicha figura, en virtud de su flexibilidad, con la seguridad jurídica que se respalda desde el momento en que

¹⁵⁹ Suayfeta Ozaeta, Juan, “La Institución Jurídica del Fideicomiso en Caída Libre. En proceso nuevas reformas a las leyes que lo regulan”, *Revista de Derecho Privado*, México, nueva época, año II, número 6, septiembre a diciembre de 2003, UNAM, p. 90.

¹⁶⁰ Texto consultado en la página de Internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: www.scjn.gob.mx.

todo contrato se encuentra sujeto a los principios generales de derecho. En la propia definición que se propone establecer en el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se adicionará que por virtud de este contrato el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o titularidad de uno o más bienes o derechos. Este punto resulta también fundamental para propiciar que el fideicomiso pueda tener el máximo provecho, en beneficio de las partes. Si la propiedad o titularidad de los bienes o derechos se transmite, la institución fiduciaria puede a plenitud disponer de los mismos. Es entonces que el objeto del contrato puede ser destinado hacia su mayor valor. La convicción de que el contrato de fideicomiso es de transmisión de propiedad o de titularidad de bienes se sustenta también en algunas tesis jurisprudenciales, como la emitida en 1997 por el Sexto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, en 1998, cuando estableció respecto del fideicomiso de garantía que el judicialario es el propietario de los bienes fideicomitados afectos al fin que se destinan. Por supuesto que la disposición plena de dichos bienes o derechos tiene un destino establecido en forma precisa en el propio contrato; el fideicomitente transmite la propiedad o titularidad de bienes o derechos a la institución fiduciaria, sólo para que aquellos sean destinados a fines lícitos y determinados...”

Como podemos observar de la exposición de motivos, la reforma en cita en forma alguna altera la naturaleza jurídica que respecto del patrimonio fideicomitado ya habían formulado los diversos autores citados así como la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, por que en verdad podemos concluir que los bienes destinados por el fideicomitente a la obtención o realización del fin lícito a que se contrae el contrato se transmitirán a la fiduciaria, quien será el titular de los mismos, pero en forma alguna se confundirán con el patrimonio de ésta, sino que constituirán un patrimonio afectado al fin relatado, pues se insiste, es inadmisibles señalar en nuestro sistema jurídico la no titularidad de un patrimonio.

6. CONCLUSIONES.

1. Los antecedentes del fideicomiso mexicano los encontramos en el *fideicommissium* romano así como en el *trust* anglo-sajón.

2.- En nuestro país en materia de patrimonio, se sigue a la teoría clásica de la escuela de la exégesis francesa, con la excepción de la existencia de dos patrimonios con un mismo titular, como lo son los casos del heredero que acepta la herencia a beneficio de inventario y del fideicomiso, en que la fiduciaria es titular tanto de su patrimonio como persona moral, como de uno autónomo constituido por los bienes fideicomitados.

3.- En nuestro sistema jurídico es inadmisibles la existencia de un patrimonio sin titular.

4.- El patrimonio fideicomitido constituye un patrimonio afectación cuya titularidad corresponde exclusivamente al fiduciario pero limitado por las instrucciones dadas por el fideicomitente en cuanto a los límites de los derechos derivados del de propiedad.

5.- El negocio fiduciario constituye una perfecta síntesis entre las teorías clásica y moderna del patrimonio, en que los bienes fideicomitados pertenecerán a una persona (la institución fiduciaria) pero no ingresarán en el patrimonio de ésta, sino que se constituirá en un patrimonio diverso, de la que se insiste, será titular.

7.- BIBLIOGRAFÍA.

- a) Castrillón y Luna, Víctor M., *Contratos Mercantiles*, México, Editorial Porrúa, 2003.
- b) Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y Operaciones de Crédito*, México, Editorial Porrúa, 2002.
- c) Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *Títulos y Operaciones de Crédito*, México, Editorial Oxford, 2002.
- d) Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso*, México, Editorial Porrúa, 2004.
- e) García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 1999.
- f) Gordillo Montesinos, Roberto Héctor, *Derecho Privado Romano*, México, Editorial Porrúa, 2004.
- g) Gutiérrez y González, Ernesto, *El Patrimonio*, México, Editorial Porrúa, 2004.
- h) Ibarrola, Antonio. *Cosas y sucesiones*, México, Editorial Porrúa, 2006.
- i) Margadant S., Guillermo F., *Derecho Privado Romano*, México, Editorial Esfinge, 2004.
- j) Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Derecho Civil*, México, Editorial Oxford, 1999.
- k) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Derecho Mercantil*, México, Editorial Porrúa, 2004.
- l) Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo III Bienes, Derechos Reales y Posesión, México, Editorial Porrúa, 2005.
- m) Semanario Judicial de la Federación.
- n) Suayfeta Ozaeta, Juan, "La Institución Jurídica del Fideicomiso en Caída Libre. En proceso nuevas reformas a las leyes que lo regulan", *Revista de Derecho Privado*, México, nueva época, año II, número 6, septiembre a diciembre de 2003, UNAM.
- o) Ventura Silva, Sabino, *Derecho Romano*, México, Editorial Porrúa, 2000.

Teoría General de la Acción Penal

* Oscar León Valle

La obra Teoría General de la Acción Penal, del Dr. Marco Antonio Díaz de León¹⁶¹, presentada el día 3 de mayo del años mil seis en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, se considera de suma importancia y trascendencia, la cual contiene temas de gran interés que sin duda será de gran utilidad para todos aquellos estudiosos del Derecho Procesal y profesionistas afines, quienes podrán consultar esta magnífica obra en la cual el autor describe de manera sustancial y metodológica las diferentes figuras jurídicas de esta área. En palabras del autor afirma que se acabo la cenicienta del Derecho, manifestando que hoy por hoy, la vieja concepción que se tenia del Derecho Procesal Penal, de ser la hermana pobre y débil del Derecho Procesal, ha concluido; no niega que en etapas anteriores esta Rama del Derecho estaba circunscrita al estudio, mas que en el proceso. En gran parte a ello se debió que los tratadistas del Derecho Procesal Penal casi nada novedoso le aporten en lo sustancial, como todos sabemos que fue en el campo del Derecho Procesal Civil donde surgieron las ideas y bases en que se asientan no solo el científico saber de este, sino, incluso, del mismo Derecho Procesal Penal que ha sabido capitalizar sus enseñanzas; a los estudiosos del Proceso Civil se debe el gran avance del concepto de acción: cabe mencionar algunos a Chiovenda, Carnelutti, o Courture; es importante destacar que no es fácil escribir en temas tan especializados y sobre todo complejos, sobre todo por la pugna permanente entre lo dogmáticos del Derecho Penal y los Procesalistas que ya que existe una contradicción constante entre estas dos disciplinas que si bien deben caminar untas los criterios de diversos tratadistas nos llevan a este divorcio jurídico.

* Maestro en Derecho y Profesor de tiempo completo de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Iberoamericana Puebla.

¹⁶¹ Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Docente e Investigador y Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales

Para aquellos que pretendemos de alguna manera incursionar en esta disciplina del Derecho Público que ha evolucionado vertiginosamente en los últimos años, no obstante lo anterior el autor de la obra lleva a cabo esta tarea en forma clara, precisa y profunda, situación que sin duda contribuye a cumplir con el objetivo fundamental de proporcionar al lector un estudio completo y novedoso de esta Teoría General de la Acción Penal.

La obra está editada en un tomo, en la primera parte de la obra que lleva por título La Teoría General del Proceso, el autor nos narra en su capítulo primero denominado los Fundamentos del Proceso aborda sin duda temas de interés como son la relación del Estado y Derecho Procesal, así como también la importancia que tiene el poder del Estado, la división de poderes y sobre todo nos explica claramente la jurisdicción como poder del estado y lo más importante el tema de la Acción, primero en general, posteriormente a sus modalidades de acuerdo a lo catalogado en materia penal. Así mismo se realiza un profundo análisis de las diversas teorías de la acción dentro de las que destacan la teoría de la acción concreta de Wach, la abstracta Degenkolb entre otras y la opinión del propio autor, así como también se analiza los Fundamentos de la Acción Procesal a través de sus nociones generales, acepciones y diversas teorías, se hace referencia también a los Fundamentos de la Acción Penal, desde las consideraciones generales, problemáticas y caracteres comunes en las definiciones de la acción penal.

En la segunda parte de la obra el autor aborda la Teoría General de la Acción Penal, desarrollando su contexto de su evolución histórica, haciendo una referencia o consideraciones generales desde la venganza privada, el tabú, el talión, pasando por el Derecho Romano, aborda también el Derecho Procesal Germano, el Italiano canónico, el Español en sus diversas legislaciones y hasta nuestro Derecho Procesal Mexicano, aborda un capítulo sobre la Investigación del Delito excepcionalmente detallado. Por otra parte contempla también la Averiguación Precia, nos desarrolla claramente desde su definición, los sujetos y objeto, etc., así mismo nos habla del sistema de accionar Penalmente esto nos explica el autor que corresponde al sistema de accionar por el particular ofendido, del Ministerio Público, el sistema mixto, el de acción popular y describe el ejercicio de la acción penal de México. Nos habla también del Ministerio Público lo define, nos da sus orígenes y evolución y su desarrollo en México hasta nuestros días y finalmente contempla a las Formas de extinguir los efectos de la acción intentada en lo penal, esto consiste en darnos a conocer las posibles formas de extinguirse los efectos de la acción en su ejercicio penal con un análisis a fondo en sus diversas etapas.

Resulta por tanto una obra muy completa, de gran utilidad y de consulta obligada para los estudiosos del Derecho Procesal, a las academias, los postulantes y a los servidores públicos vinculados con esta asignatura, por lo que me permito recomendar ampliamente su lectura.

Revista Electrónica de Posgrados en Derecho No. 1

Otoño 2007

Índice

Modelos de Enseñanza y Didáctica del Derecho

Laura Rodrigues Matamoros

Reformas a la Regulación de las Organizaciones Auxiliares del Crédito

José Fernando Garcia Villanueva

La Formación de Abogados para un Mundo Globalizado

Ana Ma. Ramirez Santibañez

Argumentación y Seguridad Jurídicas (Primera Parte)

José Adalberto Barrales Arias

La Nulidad y la Rescisión de las Particiones en el Procedimientos Sucesorio

Alfonso Robles Cuétara

El Derecho de Representación Sucesoria como excepción a la Regla de Grado

Silvia Asminda Vázquez

El Sistema de Ahorro y Crédito Popular

Yubani Ramirez Amayo

Protección de los Derechos Fundamentales frente a Particulares (Amparo contra Particulares)

Amado Falcón Inda

Los Organismos Constitucionales Autónomos en la Clásica división de poderes, crisis o evolución

Loreto Verdejo Villasis

Reflexión Filosófica del Derecho humano de Igualdad

Marisol Balandra Perez

Investigacion Sociojurídica en la Enseñanza del Derecho

Felipe M. Carrasco Fernández

Enlace gratuito a la Revista Electrónica de Posgrados en Derecho.

http://www.iberopuebla.edu.mx/micro_sitios/DCSH/derecho/

Criterios Generales

para la publicación de trabajos en la Revista Electrónica de Posgrados en Derecho de la Universidad Iberoamericana Puebla

1. Los trabajos deberán referirse al derecho, podrán publicarse colaboraciones sobre otras disciplinas siempre y cuando el artículo las vincule con el derecho.

2. Los trabajos deberán ajustarse a las siguientes normas:

- El trabajo se presentará en CD, Word para Windows acompañado de dos ejemplares impresos en tamaño carta por un solo lado, el original en el papel grueso y una fotocopia de buena calidad en papel bond.
- Las palabras en idioma extranjero deberán subrayarse o escribirse en la letra cursiva.
- Se deberán incluir datos curriculares, introducción, contenido, conclusiones y bibliografía general, mismas que deberán listarse en orden alfabético conforme a las técnicas convencionales.
- Las referencias bibliográficas deberán anotarse al final del artículo consignado con exactitud sus elementos: nombre del autor o autores, título completo, país, editorial y año de publicación.
- La primera vez que emplee una sigla en el texto o en los cuadros o graficas irá acompañada de su equivalencia completa.
- La extensión de los trabajos; artículos mínimo 10 cuartillas, máximo ilimitado a doble espacio con letras Arial 12.

3.- Cada colaboración vendrá precedida de una hoja que contenga:

- Título del trabajo
- Nombre del autor o autores, con una concisa referencia académica o de trabajo relacionado con la colaboración a fin de acreditarlo en la publicación
- Indicación del domicilio, teléfono, correo electrónico u otros datos que permitan a la redacción de la revista localizar fácilmente al autor o los autores, con el objeto de aclarar eventualmente dudas sobre el contenido del artículo.
-

4. Se podrá enviar el artículo, si lo prefiere vía correo electrónico a la siguiente dirección: felipe.carrasco@iberopuebla.edu.mx

5.- los autores responden por sus opiniones sustentadas en los artículos. El hecho de su publicación no implica de manera alguna que esta Revista de las Maestrías en Derecho de la Universidad Iberoamericana Puebla se solidarice con su contenido.

El idioma de la revista puede enviarse en español o inglés.