



FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE POSGRADO EN DERECHO

TESIS

“EL GOBIERNO CORPORATIVO,
EL CONSEJO DE VIGILANCIA Y MANUAL DEL GOBIERNO CORPORATIVO
COMO FORMAS DE ELIMINAR EL FRAUDE FISCAL”

POR:

Margarita Gómez Montes de Oca

Grado a obtener: Maestría en Derecho Fiscal

DIRECTOR: Doctor Salomón Vargas García

México, Distrito Federal, Enero 2010.

INDICE

Introducción

<u>1. CAPITULO 1 EL FRAUDE FISCAL</u>	20
1.1. <u>El Derecho Penal Fiscal</u>	32
1.2. <u>La responsabilidad en materia fiscal</u>	35
1.3. <u>Responsables fiscales</u>	36
1.4. <u>La capacidad en materia fiscal</u>	37
1.4.1. <u>Obligaciones derivadas de la responsabilidad fiscal</u>	38
1.5. <u>La ilicitud</u>	39
1.6. <u>Infracciones y delitos fiscales</u>	39
1.7. <u>Clasificación de los ilícitos fiscales</u>	43
1.8. <u>Fraude fiscal e incumplimiento fiscal</u>	44
1.8.1. <u>Maquillaje de balances</u>	47
1.8.2. <u>Evasión fiscal contable</u>	50
1.8.3. <u>Manipulación de utilidades</u>	52
1.8.4. <u>Violación de normas contables</u>	55
1.9. <u>El fraude fiscal y el gobierno corporativo</u>	61
1.9.1. <u>Ingeniería fiscal y fraude en el ámbito internacional</u>	68
1.9.2. <u>Medidas del gobierno corporativo para la detección del fraude fiscal</u>	74
1.9.3. <u>Información y actuaciones preventivas</u>	76
1.9.4. <u>Información para el control del fraude fiscal</u>	77
1.9.5. <u>Comunicación externa específica sobre la detección del fraude fiscal</u>	77

1.9.6. Acuerdos de colaboración	78
1.10. La prevención del fraude fiscal	80
1.10.1. Medidas de apoyo para la aplicación del gobierno corporativo en la prevención del fraude fiscal	84
1.11. La prevención del fraude fiscal en el mundo	85
1.12. Cultura corporativa	86
2. CAPITULO 2 FRAUDES CORPORATIVOS Y FISCALES	89
2.1. El escenario mundial	90
2.2. Los comportamientos corporativos	99
2.3. Los fraudes fiscales y las empresas corporativas	103
2.3.1. Comportamiento de las empresas corporativas	106
2.3.2. El caso Enron	108
2.3.2.1 El escándalo	109
2.3.2.2. La trama	110
2.3.3. World Com	112
2.3.3.1. La maniobra	114
2.3.3.2. El fraude contable	115
2.3.3.3. La mayor quiebra de la historia y la reestructuración	117
2.3.4. Kamin vs. American Express Company	118
2.3.4.1 La trama	119
2.3.5. Brehm vs. Eisner	120
2.3.5.1. La trama	120
2.3.6. El caso Bernard Madoff	122
2.3.7. El caso Allen Stanford	129

3. CAPITULO 3 GOBIERNO CORPORATIVO	135
3.1. <u>Definición</u>	135
3.2. <u>Historia</u>	140
3.3. <u>Impacto del gobierno corporativo</u>	144
3.4. <u>El papel de inversionistas institucionales</u>	147
3.5. <u>Partes del gobierno corporativo</u>	152
3.6. <u>Principios del gobierno corporativo</u>	153
3.7. <u>Mecanismos y controles del gobierno corporativo</u>	156
3.7.1. <u>Controles internos del gobierno corporativo</u>	157
3.7.2. <u>Controles externos del gobierno corporativo</u>	158
3.8. <u>Dificultades en el sistema de gobierno corporativo</u>	161
3.9. <u>El abogado y el contable en el gobierno corporativo</u>	165
3.9.1. <u>Comprensión e investigación de las formas más comunes de llevar a cabo actos ilícitos</u>	167
3.10. <u>Reglas contra principios</u>	170
3.10.1. <u>Acción y obligación</u>	171
3.11. <u>Gobiernos corporativos en el mundo</u>	172
3.11.1. <u>Modelo angloamericano</u>	175
3.11.2. <u>Modelo alemán</u>	181
3.11.3. <u>Modelo japonés</u>	183
3.11.4. <u>Algunos otro modelos</u>	185
3.12. <u>Códigos y directrices</u>	187
3.12.1. <u>Consejo Empresarial Mundial para el desarrollo sostenible (WBCSD)..</u>	191
3.13. <u>Rendimiento y desarrollo del gobierno corporativo</u>	196

3.13.1. <u>Composición del equipo de directivos</u>	197
3.13.2. <u>Remuneración y/o compensación</u>	197
<u>4. CAPITULO 4 LEY SARBANES OXLEY</u>	<u>203</u>
4.1. <u>Análisis de la Ley Sarbanes Oxley</u>	204
4.2. <u>Requerimientos que establece la Ley Sarbanes Oxley</u>	208
4.3. <u>Controles Internos</u>	209
4.4. <u>Coste de implementación</u>	213
4.4.1. <u>Pequeñas y grandes compañías</u>	215
4.4.2. <u>Causas fundamentales que afectan los costes de implementación</u>	219
4.5. <u>Valoración crítica</u>	220
<u>5. CAPITULO 5 LA NUEVA LEY DEL MERCADO DE VALORES</u>	<u>223</u>
5.1. <u>Antecedentes</u>	223
5.2. <u>Importancia del mercado bursátil</u>	225
5.3. <u>Ley del mercado de valores</u>	227
5.3.1. <u>Código de Mejores Práctica Corporativas</u>	230
5.3.2. <u>Normas de gobierno corporativo de aplicación general derivadas de la reforma a la ley del mercado de valores en 2001</u>	231
5.3.3. <u>Ley del Mercado de Valores y el Gobierno Corporativo</u>	233
<u>6. CAPITULO 6 CREACIÓN DEL COMITÉ DE AUDITORÍA</u>	<u>248</u>
6.1. <u>El auditor externo</u>	254
6.2. <u>Evaluación de los auditores externos</u>	260
6.2.1. <u>Capacidad de la firma de auditores externos</u>	262
6.2.2. <u>Procesos de calidad</u>	262
6.2.3. <u>Equipo de auditoría</u>	263

6.2.4. Alcance de la auditoría	263
6.2.5. Honorarios de la auditoría	264
6.2.6. Comunicaciones de auditoría	264
6.2.7. Administración e independencia de la auditoría externa	265
6.3. Objetivos del comité de auditoría	267
6.4. Beneficios de contar con un sistema de auditoría	272
7. CAPITULO 7 PROPUESTA DE CREACION DEL CONSEJO DE VIGILANCIA CORPORATIVO Y EL MANUAL DE GOBIERNO CORPORATIVO	274
7.1. Ley General de Sociedades Mercantiles	275
7.2. Ley del Mercado de Valores	277
7.2.1. Funciones del Consejo de Administración y Directivos	279
7.3. Estructura de mejora para el Código de Mejores Prácticas Corporativas	281
7.4. Ley General de Organizaciones y Actividades auxiliares del crédito y Reglamento de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros en materia de inspección, vigilancia y contabilidad.	286
7.5. Consejo de Vigilancia Corporativo	290
7.5.1. Constitución y miembros	291
7.5.2. Presidente y Vicepresidente del Consejo de Vigilancia Corporativo	292
7.5.3. Funciones del Consejo de Vigilancia Corporativo	292
7.5.4. Auditoría Interna	292
7.5.5. Requerimientos al Consejo de Vigilancia Fiscal y Corporativo	293
7.5.6. Acuerdos del Consejo de Vigilancia Fiscal y Corporativo.	294

7.6 Manual de gobierno corporativo	295
7.7. Educación	327
Conclusiones	329
Bibliografía	338

INTRODUCCION

El fraude fiscal es una forma de incumplimiento consciente de la obligación fiscal, que supone la obtención de un beneficio, generalmente económico, para el transgresor, en perjuicio del Estado; restando recursos que se destinarían para cubrir las necesidades sociales.

Esta transgresión de la norma se produce fundamentalmente en dos órdenes: en el campo de los ingresos, a través del fraude fiscal y de las cotizaciones para el sector social, y en el campo de los gastos, a través de la percepción indebida de subvenciones y del abuso de prestaciones.

El fraude fiscal se ha intensificado en los últimos tiempos, debido a la “maquinación” que realizan los órganos de dirección y gobierno, de ciertas empresas y en algunas ocasiones con el consentimiento del órgano de vigilancia y con el apoyo de los dueños de la entidad anónima; esta forma de defraudación va desde la doble facturación hasta formas muy sofisticadas, como la creación de empresas fantasmas que sirven para este propósito.

Las funciones del órgano de control y vigilancia en la administración y regulación de las sociedades anónimas, se han venido realizando dentro del siglo XIX al XXI de muy diferentes maneras; principalmente a través de la figura del comisario dentro de las sociedades mercantiles; *“los comisarios son los órganos encargados de vigilar*

permanentemente la gestión social, con independencia de la administración y en interés exclusivo de la sociedad¹". La figura del COMISARIO dentro de las sociedades mercantiles, como está prevista actualmente, está muy lejos de esta concepción teórica, ya que los comisarios apenas si tienen la menor significación en la vida cotidiana de las sociedades anónimas y esto se debe a factores muy complejos que han determinado que esta institución quede muy lejos del ideal legislativo y no cumple la función de prevenir y evitar inconsistencias fiscales, por lo que debe modificarse y ampliarse la legislación mercantil para crear un organismo de control y fiscalización cuyos integrantes sean capaces de evitar, prevenir y corregir los efectos fiscales y de operación negativos en los negocios. Dicho organismo gozará de autonomía, controlará, fiscalizará y supervisará las actividades y resultados de las Sociedades Anónimas, sean bursátiles o no.

La creación de este organismo fiscalizador estará contemplada en el derecho positivo correspondiente. Deberá ser un órgano colegiado impar y como ya se señaló anteriormente sus miembros no deberán tener la incapacidad que por parentesco señala el Código Civil para estos casos.

Es necesaria la creación de un organismo fiscalizador autónomo que sea designado por la totalidad del grupo de accionistas de cualquier sociedad mercantil, sin importar su calidad de accionistas mayoritarios o minoritarios; en el que sean auditores únicamente personas capacitadas para desempeñar el cargo que garanticen legalidad, veracidad y exactitud informativa.

Es necesario a su vez la aplicación y observancia de cada una de las obligaciones fiscales; que la empresa, no tenga opción alguna en la manera de cumplir con sus obligaciones, y

¹ Wieland, Hubert. (2005). *La negociación Internacional. Bilateral y multilateral*. Lima: Fondo de Cultura Económica.

que la sanción por incumplimiento llegue a ser incluso la disolución de la sociedad mercantil.

La propuesta que se presenta; pretende mejorar la eficacia de los órganos de control y vigilancia de la empresa, en la prevención del fraude fiscal.

Este objetivo es una necesidad, en la medida en que el fraude distorsiona la actividad de los distintos agentes y condiciona el nivel de calidad de los servicios públicos y las prestaciones sociales, y al tiempo una demanda de la sociedad. Por otra parte, los comportamientos defraudatorios suponen una merma para los ingresos públicos, lo que afecta a la presión fiscal que soportan los contribuyentes cumplidores, puesto que de otra forma no se podría mantener el gasto público.

En teoría, podríamos afirmar que la gran mayoría de los obligados tributarios deben cumplir con sus obligaciones fiscales, por lo que se les deben prestar servicios de ayuda al cumplimiento voluntario. Además, este trabajo se configura como una herramienta estratégica dirigida a vigilar la operación de los incumplidos, a los que faltan al cumplimiento de sus obligaciones fiscales, que con su comportamiento, no sólo perjudican los intereses de la Hacienda Pública y con ello los de la mayoría, que cumple sus obligaciones fiscales, sino que también introducen un factor de competencia desleal en el sector en que se mueven y, en resumen en la economía mexicana.

Además de proponer una mejora en las técnicas existentes para la prevención del fraude, que en la práctica no han sido todo lo operativos que sería deseable, esta propuesta se complementará con una revisión integral del gobierno corporativo dentro de las empresas; un gobierno que permita el seguimiento y la toma de decisiones en cada momento, y la

extensión de los objetivos a la organización tomando en consideración el ámbito de actuación concreto.

En este contexto, se hace imprescindible adecuar la organización a la estrategia que se plantea y se recoge la necesidad de implicar a toda la organización generando una cultura corporativa que permita la unidad de acción.

Las entidades financieras y las empresas públicas y privadas del país se hallan frente a un importante conjunto de oportunidades y desafíos tanto en los planos económico, fiscal, político y social; donde se exigen mayores niveles de calidad en la organización y creatividad, para el consenso en la generación y uso de la riqueza patria; como en los planos tecnológico y económico donde nos encontramos frente a importantes ofertas de la ciencia informática, control de datos y la necesidad de optar por propuestas de avanzada para el salvataje de nuestras empresas. Estos desafiantes escenarios impelen a todos los actores económicos hacia el gravitante ámbito de la toma de decisiones para construir aprovechando la diversidad de oportunidades.

Téngase entendido por entidad financiera aquellas sociedades cuya actividad principal consiste en obtener fondos de unos clientes y conceder financiación a otros generando con ello unos beneficios, que se complementan con las comisiones cobradas por otra serie de servicios de intermediación financiera y actividades afines. Es sinónimo de “entidad de crédito”, denominación que reciben estas sociedades en la legislación española.

En el Sistema Financiero Mexicano, las entidades financieras son instituciones especialmente autorizadas y reguladas por el Gobierno Federal para captar recursos financieros del público y otorgar a su vez créditos, destinados a mantener en operación las actividades económicas. Por estas transacciones de captación y financiamiento, la banca

comercial establece tasas de interés activo y pasivo; entre ellas la banca comercial, las casas de bolsa, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, etc.

Dentro de un sistema de Derecho; el Estado permite la creación de la empresa, a la que le confiere derechos y obligaciones, estas últimas son de importancia para el presente trabajo y se enfoca a la obligación tributaria, a su cumplimiento, a las causas de su incumplimiento, a las sanciones que trae consigo dicho incumplimiento y la propuesta para evitar la evasión y el fraude fiscal; es decir promover una cultura de participación para cubrir los cargos del Estado mismo.

La ley fiscal en especial, se refiere a vigilar el estricto cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que esta ordena, a las que la empresa está obligada a cumplir.

El sano desarrollo de las empresas mercantiles en su variedad de sociedad anónima, depende para su eficaz desarrollo de un adecuado cumplimiento de sus obligaciones fiscales, de un marco regulatorio; mismos que deben estar en constante actualización a fin de adaptarse a las necesidades de los socios y del público en general, mantener la capacidad del sistema para responder en forma oportuna los desafíos e innovaciones y promover al crecimiento de las economías.

Asimismo, a fin de garantizar la solidez y solvencia de las sociedades anónimas es importante que existan mecanismos adecuados de supervisión que coadyuven a la gestión eficiente y eficaz de las entidades que lo conforman. Promover y aplicar prácticas administrativas y fiscales adecuadas es tarea de los socios y de las autoridades. Los primeros deben establecer prácticas satisfactorias para ganarse la confianza de sus clientes

y de los mercados; los segundos desempeñan la labor esencial de vigilancia y supervisión en su operación.

Al respecto; tanto la teoría económica, como la experiencia demuestran que para lograr una regulación y supervisión en el marco antes descrito, es preciso que los organismos fiscalizadores gocen de absoluta autonomía. Entendiéndose por organismo fiscalizador el que vigila y previene fraudes corporativos y fiscales; haciendo especial énfasis en la inclusión de los deberes de lealtad y cuidado; también conocido como “*deber de diligencia*”² en la nueva Ley del Mercado de Valores, “*este organismo fiscalizador constituye la columna vertebral de las obligaciones de los directores frente a los accionistas y cuyo incumplimiento puede acarrear la imposición de sanciones económicas y, en casos extremos, penales*”³.

Precisamente, en los últimos años la independencia regulatoria y supervisora ha cobrado mayor importancia producto de las crisis ocurridas en la década de los 90’s, del incremento de fraudes fiscales y de la crisis vivida en el último año, en las cuales se evidenció la interferencia política en la regulación y supervisión del sector empresarial y financiero, así como el dolo y mal manejo de los capitales por parte de sus Directivos lo cual contribuyó a la profundización de las crisis y grandes fraudes al público inversionista.

Como consecuencia de esta interferencia se observaron:

- Regulaciones débiles e ineficientes.
- Supervisión débil y dispersa

² Ley del Mercado de Valores, *Diario Oficial de la Federación* del 30 de diciembre de 2005, actualizada al 6 de mayo de 2009.

³ Quintana, Elvia Arcelia. (2006). *Panorama Internacional de Derecho Mercantil*. (2 tomos) México: UNAM.

- Tolerancia al cumplimiento de la regulación prudencial, que no permitieron tomar acciones en entidades que debían ser intervenidas, afectando con esto la integridad del proceso de supervisión. La interferencia política en la regulación y el proceso de supervisión postergaron el reconocimiento de la severidad de las crisis.
- Dobles contabilidades y engaño en sus resultados.
 - Maquinación de declaraciones tributarias.
 - Doble o fraudulenta facturación.

En este sentido, un organismo fiscalizador independiente; al que propongo denominar “*CONSEJO DE VIGILANCIA CORPORATIVO*”, puede contribuir en la aplicación congruente y objetiva de las normas reglamentarias de supervisión a lo largo del tiempo; de modo tal que los administradores de las sociedades anónimas actúen con más prudencia si saben de antemano que las instituciones insolventes se cerrarán y que fracasarán las presiones para mantenerlas a flote, o que las obligaciones fiscales han sido omitidas o cumplidas de manera fraudulenta, reduciendo así la posibilidad de defraudar al fisco y de provocar una crisis total del sector. Propongo a su vez; la obligación para todas las sociedades mercantiles, de contar con un “*MANUAL DE GOBIERNO CORPORATIVO*”; que expresa la voluntad y el compromiso individual de la entidad para garantizarle a los Directivos, a los usuarios, contratantes, proveedores, contratistas y a la ciudadanía en general la probidad, la transparencia y la eficiencia en el desarrollo de la gestión empresarial así como el adecuado cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones fiscales que la Secretaria de Hacienda le imponga, ya sean de información, de tributación o de simple revisión.

El Manual de Gobierno Corporativo será la guía de actuación cuya implementación real, además de prevenir la crisis de confianza, permitirá preservar, mantener y promulgar la integridad ética empresarial, garantizará el correcto funcionamiento fiscal de la sociedad anónima, hará de ella una entidad confiable y obviamente será capaz de generar valor para quienes mantienen relaciones con la empresa y el Estado contará con entidades que cumplan cabalmente todas y cada una de sus obligaciones tributarias.

La autonomía a la que se hace referencia, no significa que los órganos supervisores no tengan que dar cuenta de sus actos y de la forma en la que están cumpliendo con la tarea que se les encomendó; por el contrario deben hacerlo a través de la constante rendición de cuentas, no sólo con las instancias de control gubernamental, sino con el público usuario del sistema empresarial, a través de la presentación de información periódica que debe reflejar con transparencia y veracidad el trabajo realizado; la operatividad de mecanismos de atención de reclamos, las contribuciones pagadas y las obligaciones fiscales cumplidas; así como servicios de atención de consultas tanto de los supervisados como del público, lo cual también permitirá a la sociedad escrutar con precisión y oportunidad su desempeño y el cumplimiento de su mandato.

Para ello, es necesario establecer una base legal para respaldar la labor de los órganos autónomos de control, además de objetivos precisos, relaciones bien definidas con los poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), y procedimientos para nombrar y destituir a la máxima autoridad ejecutiva con clara definición de sus responsabilidades y sus prerrogativas.

La falta de independencia de los organismos reguladores puede verse afectada cuando se verifican actos de intromisión en el proceso de adopción de políticas de control, destitución arbitraria de directivos, intención por parte de alguno de los miembros de no cumplir con las obligaciones fiscales; comúnmente la omisión de pagos y contribuciones o falta de independencia presupuestaria; en general, se puede afirmar que para que la tarea de supervisión y regulación sea eficaz y permita como objetivo último cumplir con el mandato establecido por Ley, los organismos fiscalizadores deben gozar de independencia en cuatro dimensiones: independencia regulatoria, independencia supervisora, independencia institucional, independencia presupuestaria.

La independencia regulatoria es esencial para un proceso de creación de normas eficaces y se traduce principalmente en que los organismos cuenten con un nivel apropiado de autonomía para aplicar principios prudenciales dentro del marco jurídico general existente, basados en sanas prácticas observadas en el ejercicio de su actividad de supervisión.

El órgano de control y supervisión, está mejor habilitado para responder con firmeza, prontitud y en algunos casos con flexibilidad ante nuevos desafíos derivados de la evolución del sistema operativo y financiero. Las leyes relacionadas con el área empresarial deben establecer los estándares mínimos que las entidades deben cumplir, de modo que el supervisor tenga la suficiente flexibilidad para establecer las normas específicas necesarias para velar por un sistema financiero sólido y estable.

La regulación debe considerar la heterogeneidad de situaciones que se presentan en el sector empresarial y al mismo tiempo la diversidad de cultura imperante en cada una de las entidades.

Por otra parte la regulación debe buscar la neutralidad de manera que no se impongan obstáculos al sano desarrollo de los negocios de los usuarios del sector regulado, ni tampoco se generen beneficios que creen incentivos inadecuados y distorsionen la asignación eficiente de los recursos.

La independencia supervisora es fundamental para hacer cumplir las normas y obligaciones de toda índole; sea fiscal, contable o de cualquier otra índole , imponer sanciones y gestionar las crisis. Los elementos claves relacionados con esta dimensión son tres:

- El órgano de control deberá gozar de protección legal en el ejercicio de sus facultades, de modo que no se le pueda demandar por el cumplimiento de su mandato ni paralizarse el proceso de supervisión. Dicha protección también coadyuva en la objetividad en el desempeño de sus funciones, a la focalización en la misión institucional y garantiza la autonomía e independencia en las decisiones para una supervisión eficiente.
- El órgano de control debe estar en la posibilidad de generar los incentivos necesarios para captar y mantener personal competente. La supervisión eficiente depende principalmente del capital humano calificado con el que cuenten estas instituciones; el generar incentivos parte de una retribución adecuada, capacitación permanente y proyección profesional.

- La existencia de sistemas de sanción e intervención claramente establecidos en la regulación deberá desalentar las intromisiones indebidas. Así como los supervisores deben ser capaces de establecer y diseñar las reglas y normas necesarias para cumplir con el mandato que la Ley les encomienda, deben gozar de los poderes necesarios para ejecutar sanciones aplicables cuando las sociedades anónimas incumplan con los requerimientos legales.

La independencia institucional depende de la existencia de mecanismos precisos para recomendar y sugerir políticas de organización supervisión y administración, dictaminar y sugerir acerca del comportamiento dentro de la empresa de funcionarios superiores y autonomía en la definición de la estructura administrativa, las funciones y responsabilidades de los funcionarios y en la adopción de decisiones.

En este sentido, se le debe otorgar al organismo fiscalizador, la independencia suficiente para diseñar su propia organización funcional, procedimientos operativos y régimen de personal. Esto último con el fin de poder reclutar, perfeccionar y mantener un equipo altamente especializado y con una estabilidad social-laboral que asegure su idoneidad, eficiencia y vocación de servicio.

La independencia presupuestaria permite al organismo supervisor proveerse de la logística necesaria y coadyuvar las otras dimensiones de la independencia. En muchos países la regulación se financia con un aporte de sus mismos regulados, lo cual fortalece la autonomía pues libera a los reguladores del control presupuestario directo del gobierno, permitiéndole además, una utilización más autónoma y ajustada a sus intereses, para la constitución de un organismo fiscalizador con alta capacidad técnica.

En muchos países, la mayoría de las empresas se han convencido de la ventaja implícita de realizar estos aportes para el financiamiento de los organismos reguladores, dado que la experiencia demostró que si bien el costo de una supervisión eficiente puede ser relativamente alto, el costo de una supervisión débil y del incumplimiento de las obligaciones fiscales y contables ha demostrado ser mucho mayor.

Dado que dicha labor demanda un trabajo laborioso con profunda capacidad técnica y fundamentalmente de neutralidad y autonomía frente a los supervisados, en forma sabia se propone otorgar autonomía administrativa y presupuestaria con el objeto de que la institución se nutra de buenos profesionales del sector y sobre todo mantenga independencia en el control y supervisión encomendada por Ley.

Evidentemente, la existencia del órgano fiscalizador legalmente independiente por si sola no es suficiente, para una regulación y supervisión efectiva, son también importantes los acuerdos institucionales y la cultura política prevaleciente.

El hecho de que hoy muchos países cuenten con un sistema de regulación conformado por órganos autárquicos e independientes es un derecho ciudadano que no debería estar en discusión y más bien ser fortalecido a fin de mantener la confianza de los usuarios en el sector empresarial.

1. CAPITULO 1 EL FRAUDE FISCAL

El artículo 31 fracción IV de la Constitución Mexicana establece que es obligación de los mexicanos contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Este es el mandato constitucional que a todos obliga. Pero, además, expresa lo que constituye una exigencia esencial en cualquier Estado democrático y social de derecho y uno de sus pilares básicos: la necesaria contribución de los miembros de una comunidad política a sufragar los gastos comunes de dicha comunidad. Para ello, se dota a sí misma de un sistema impositivo que debe estar informado por una serie de principios tales como la capacidad económica, justicia, igualdad, progresividad, no confiscatoriedad y que debe financiar la prestación de unos servicios públicos y el desarrollo de dotaciones e infraestructuras públicas suficientes y de calidad. De esta forma, los ciudadanos contribuyen y encuentran su retorno en forma de bienestar económico y social y de solidaridad.

Atrás quedaron, por tanto, aquellas concepciones del deber de contribuir puro y duro, simplemente legitimado por la mera supremacía del poder del Estado, donde los

administrados eran simplemente súbditos. O aquella otra concepción exclusivamente utilitarista donde el único fundamento y motivo de la imposición personal residía en la utilidad directa que luego podría retornar al contribuyente.

Sin embargo el fraude fiscal ha ido en crecimiento debido a la mala interpretación de la norma tributaria que existe en nuestro país; pues muchas veces la interpretación es en beneficio del contribuyente y en perjuicio del Estado; al respecto el Doctor Manuel Hallivis, señala lo siguiente: *“los criterios de interpretación que tradicionalmente se han utilizado en la materia son tres: in dubio contra fiscum, in dubio pro fiscum y criterio económico; el primero de ellos in dubio contra fiscum o in dubio pro contribuyente, consiste en que en caso de duda se debe interpretar en beneficio del contribuyente. Se justifica esta postura con una concepción contractualista del tributo, que establece que, en caso de oscuridad o duda las cláusulas de los contratos, se interpretan en contra de quien los redactó y como en este caso el Estado es el que redacta, en su interpretación se deben aplicar las mismas reglas que en los contratos, lo que implica que, en caso de duda, se debe optar por el resultado que le sea más favorable al contribuyente. El segundo criterio in dubio pro fiscum que postula que, en caso de duda, la norma tributaria debe de interpretarse en el sentido que sea más favorable al Estado para con ello poder mantener las necesidades del Estado y la igualdad en el reparto tributario, porque si se interpreta a favor de un contribuyente, se puede perjudicar a otro quien deberá pagar lo que dejó de pagar aquel, ya que de todas formas el Estado debe percibir las contribuciones hasta el monto necesario para cubrir sus necesidades.*

Este principio se origina en una vieja tesis de Saleilles, de origen romanista, que se basa en la premisa de que, en caso de duda, “debe prevalecer lo colectivo sobre lo individual”, por lo que se debe interpretar a favor del fisco.

Como solución a esas dos corrientes antagónicas, aunque se dice que es una continuación del criterio contra fiscum, surgió una tercera postura que considera que cuando se interprete una norma tributaria, debe hacerse en forma estricta, limitando la aplicación de todos los métodos de interpretación que existen para el resto de las normas.

Por otra parte tenemos al criterio económico, que persigue evitar que quienes obtienen los mismos resultados económicos sean gravados en forma distinta por utilizar “apariencias” o “formas jurídicas” no usuales, inapropiadas o pensadas con el único propósito de evitar el gravamen. Es decir, busca llegar a la comprensión de la norma según su sentido económico, fundándose en que ese es el carácter que tienen los hechos imponibles previstos en ella.”⁴

En la actualidad, los sistemas tributarios de las sociedades democráticas avanzadas se rigen por los principios ya mencionados que actúan como límites para el legislador, procuran un beneficio general y no particular o individual y, a su vez, actúan como instrumentos de redistribución de riqueza, incrementando la solidaridad y el bienestar conjunto.

En este contexto, todo sistema fiscal impone un deber de contribuir que no todos los ciudadanos cumplen. La existencia del fraude fiscal es un hecho real en todas las sociedades. Ello tiene efectos perniciosos en el funcionamiento de la economía y en la cohesión social ya que:

⁴ Hallivis, Pelayo. Manuel. (2003). *Interpretación de la materia tributaria en México*. México, Porrúa.

- Constituye un agravio para los cumplidores frente a los incumplidores, siendo una profunda muestra de inequidad.
- Incide en el nivel y en la calidad de los servicios públicos, pues afecta directamente a su financiación.
- Distorsiona la actividad económica y la leal competencia, produciendo agravios entre empresas.

Por tanto, la prevención y persecución del fraude fiscal y la mejora del cumplimiento tributario se muestra como una necesidad, una demanda social y una exigencia de los poderes públicos pues afecta directamente a los fundamentos de nuestra sociedad.

Intentar englobar todas las actuaciones fraudulentas en un único concepto de fraude fiscal es sumamente complejo y, además, seguramente un error de enfoque. Las diferentes formas de fraude varían, entre otros factores, según el perfil del contribuyente o el área económica en que se producen. Hay defraudaciones más graves y más leves, e incluso a veces es difícil distinguir lo que es un fraude de una opción legítima del contribuyente. El casuismo en esta materia es tan abundante que no es sencillo hacer una labor de síntesis.

Sin embargo, sí resulta muy útil analizar y calificar los comportamientos y actitudes del contribuyente respecto del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y los posibles orígenes o motivaciones de sus incumplimientos, ya que la valoración de las conductas defraudatorias no puede ser la misma en todos los casos y, por tanto, la reacción de la Administración tributaria tampoco.

Con ánimo de simplificar, podríamos establecer un esquema donde, por un lado, definamos la actitud del contribuyente ante el cumplimiento fiscal y, por otro, cuál debe

ser a nuestro juicio la respuesta de la Administración Tributaria para corregir los eventuales incumplimientos.

Los fraudes fiscales, que han llegado a los Tribunales, se han resuelto conforme a diversos precedentes judiciales en diversas épocas y como ejemplo se señalan algunas:

Registro No. 909139

Localización:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Apéndice 2000

Tomo II, Penal, P.R. TCC

Página: 2047

Tesis: 4198

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

DEFRAUDACIÓN FISCAL, DELITO DE TIPO GENÉRICO Y TIPOS ESPECÍFICOS. SU DIFERENCIA.-

Del texto de los artículos 108 y 109, fracción I, del Código **Fiscal** de la Federación, se desprende que el primero describe el delito de defraudación **fiscal** mediante una conducta que, con el uso de engaño o aprovechamiento de error, omite total o parcialmente el pago de alguna contribución o bien obtenga un beneficio indebido en perjuicio del fisco federal.

En cambio, en la descripción del tipo contenido en el artículo 109, fracción I, del propio ordenamiento, se alude al mismo delito de defraudación **fiscal**, cuando el medio de ejecución sea la declaración **fiscal** en la que presente ingresos menores a los realmente obtenidos o deducciones falsas. Luego, en ambos delitos el bien jurídico tutelado es el patrimonio del fisco, en ambos el sujeto activo es el causante o persona física o moral que omite total o parcialmente el pago de sus contribuciones. Las diferencias entre ambos tipos estriban en que para el previsto en el artículo 108 del Código **Fiscal** de la Federación, el medio de ejecución es el uso de engaños o aprovechamiento de errores, y en cambio el medio de ejecución del segundo tipo previsto en la fracción I del artículo 109 del Código **Fiscal** de la Federación, es consignar en las declaraciones que presente el causante para efectos fiscales, ingresos menores a los realmente obtenidos o deducciones falsas. Así, no hay un concurso aparente de leyes en que se presente confusión sobre la norma que debe regular la conducta tipificada, pues cuando el medio de ejecución sea el engaño o aprovechamiento de error no plasmado en una declaración **fiscal** ni se trate de las conductas establecidas en las fracciones II a V, del artículo 109 del Código **Fiscal** de la Federación, la conducta está descrita en el artículo 108 del Código **Fiscal** de la Federación y cuando la conducta consista en haber declarado para efectos fiscales ingresos menores a los realmente obtenidos o deducciones falsas, la norma aplicable será la contenida en la fracción I del artículo 109 del Código **Fiscal** de la Federación. Si el principio de subsidiariedad radica en que dos normas describan grados o estadios diversos de la violación del mismo bien jurídico, de modo que el descrito por la disposición subsidiaria, por ser menos grave que el descrito por la principal quede absorbida por ésta (M.E. Mayer, citado por Luis Jiménez de Asúa, en la obra Tratado de Derecho Penal, Tomo II, página 550), entonces de la comparación de los dos tipos delictivos a estudio no se advierte que

en el artículo 108 citado que contenga una norma principal y el 109, fracción I, del propio ordenamiento, una norma subsidiaria de menor gravedad, puesto que en ambos tipos el bien jurídico es el mismo pero la gravedad es idéntica como lo denota la igualdad de las penas. En cambio lo que existe es una relación de general a especial y esta razón de especialidad deriva precisamente de la naturaleza del medio de ejecución de tal manera que cuando ésta consista en una declaración **fiscal** en que se declaren ingresos menores de los obtenidos o deducciones falsas, entonces la norma aplicable es única y exclusivamente la tipificada en el artículo 109, fracción I, del Código **Fiscal** de la Federación.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Ambos delitos, perjudican al fisco y en ambos también se tiene plena conciencia de la manera en la que se está actuando; es el Estado a través de su autoridad tributaria, el que tiene que allegarse de los medios adecuados para detectar con eficacia el fraude fiscal; pues siempre el contribuyente o sujeto activo buscará la forma de no pagar o pagar menos.

Registro No. 906316

Localización:

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice 2000

Tomo II, Penal, P.R. SCJN

Página: 646

Tesis: 1375

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

FRAUDE FISCAL, MONTO DEL, PARA LA FIJACIÓN DE LA PENALIDAD.-

Para determinar el monto de un **fraude**, para efectos de fijar la penalidad, tratándose del caso de un empleado que a cambio de dinero entrega a un causante un documento **fiscal** sin que éste cubra el pago correspondiente, no es la cantidad por el empleado recibida la que se toma en cuenta en la ley para fijar el monto del **fraude**, sino la que en realidad dejó de percibir el fisco por esa indebida operación.

Amparo directo 5638/79.-Elvira Gutiérrez Guerra.-9 de enero de 1980.-Cinco votos.-

Ponente.- Mario G. Rebolledo F.

Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmenes 133-138, Segunda Parte, página 95, Primera Sala.

Siempre la sanción en materia de fraude fiscal será en proporción al daño que recibió el fisco; nunca atendiendo al beneficio del contribuyente sea persona física o moral sino a la obligación que se dejó de cumplir.

Registro No. 167420

Localización:

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIX, Abril de 2009

Página: 730

Tesis: 2a. XXX/2009

Tesis Aislada

Materia(s): Administrativa, Constitucional

PRESUNCIONES SOBRE EL INCREMENTO DEL PATRIMONIO DEL CONTRIBUYENTE. SUS ALCANCES EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA TRIBUTARIA.

Las presunciones legales son frecuentes en el ámbito tributario en virtud de que se anticipan a las posibles conductas fraudulentas de los sujetos obligados y parten de una probabilidad normal en la realización de un hecho de difícil constatación para la autoridad **fiscal** creándose así una verdad jurídica distinta a la real, siendo su fundamento el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que autoriza al legislador para que dentro de un sistema tributario justo adopte las medidas para lograr el exacto cumplimiento de las obligaciones fiscales, en el entendido que debe existir un correcto equilibrio entre el hecho demostrado y el presumido, de manera que uno sea consecuencia necesaria del otro. Si esta elemental regla de deducción lógica no se respeta en la norma de presunción, o haciéndolo, el proceso deductivo es incoherente, se habrá provocado indefensión al contribuyente por señalarse un supuesto jurídico poco probable, absurdo, irracional o imposible de plantear, cuya presunción mal trazada producirá su inconstitucionalidad por ser incompatible con los postulados de equidad y proporcionalidad, a pesar de que sea un instrumento que en apariencia trata de reprimir el **fraude** a la ley tributaria. Así, la inconstitucionalidad puede sobrevenir por no responder a criterios de equidad o capacidad contributiva, que en parte conforman la idea de justicia en el ámbito tributario, pues una mala o deficiente estructura de la presunción legal

provocaría que se creara en lugar de una verdad jurídica aceptable, una ficción jurídica imposible de rebatir y sin trascendencia para constituir el hecho imponible.

La tesis anterior, nos indica que el juzgador no debe dejarse llevar únicamente por la presunción de que hubo un aumento en el patrimonio del contribuyente y que el mismo no lo ha declarado; para presumir que hay fraude fiscal. El juzgador debe allegarse de todas las pruebas necesarias que permitan acreditar el delito.

Registro No. 268782

Localización:

Sexta Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tercera Parte, VII

Página: 19

Tesis Aislada

Materia(s): Administrativa

ALCOHOLES. MULTAS POR ENMIENDAS EN LAS FACTURAS.

El artículo 212, fracción V, del Código **Fiscal**, dispone que cuando una infracción es leve y no tiene como consecuencia la evasión de impuestos, no se impondrá sanción alguna; pero las enmendaduras del nombre del comprador y litros vendidos encontradas en las facturas oficiales de la Sociedad Nacional de Productores de Alcohol no son de carácter leve para los efectos fiscales, porque pueden tener como consecuencia la evasión del

impuesto respectivo, con mayor razón si se toman en cuenta las funciones que tiene a su cargo esa empresa, entre las que se encuentran la de evitar el **fraude** al fisco en los impuestos, así como la solidaridad en el pago de los propios impuestos (artículos 17, fracción II, inciso d), y 28 de la Ley del Impuesto sobre Alcoholes, Aguardientes y Mieles Incristalizables, de 31 de diciembre de 1941), que implican que la citada sociedad debe llevar su documentación en forma estricta y no permitir enmendaduras en las facturas expedidas por sus agentes, puesto que tal situación desvirtuaría sus funciones.

Amparo en revisión 4174/51. Sociedad Nacional de Productores de Alcohol, S. de R. L. de I. P. y C. V. 23 de enero de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Franco Carreño.

Esta tesis; pone de manifiesto la necesidad de las sociedades mercantiles de contar con un organismo de gobierno corporativo; en el que la política que prevalezca sea la de la ética y los buenos principios; siempre velando por el correcto cumplimiento de las obligaciones fiscales y evitando cualquier “maquinación” en perjuicio del fisco, con el fin de obtener un “beneficio” temporal para la empresa.

Desde su creación, la Secretaria de Hacienda y Crédito Público ha elaborado diversos documentos de planificación estratégica que pueden citarse como antecedentes de un plan de prevención del fraude

Sin embargo y aunque han existido diversos documentos de planificación estratégica en materia de control tributario, no se ha logrado establecer ningún plan integral de prevención y corrección del fraude.

El fraude no es, sin embargo, un fenómeno estático. La economía está en permanente evolución y surgen nuevas modalidades de fraude. Además, los defraudadores adaptan su comportamiento en función de los sistemas de control existentes, por lo que, si éstos

permanecen invariables, la eficacia de los controles se reduce. En consecuencia, parece necesario revisar en profundidad el modelo de control con el que cuenta la Agencia Tributaria y sus prioridades en un entorno económico y social que se ha modificado sustancialmente en los últimos años. Por ello, además, el fisco se compromete a ir adaptando el modelo de control a las nuevas modalidades de fraude que se vayan planteando.

Es probable que la existencia de un debate sobre la necesidad de reforzar la prevención del fraude fiscal y la propia aprobación de una estrategia a tal efecto contribuyan por sí mismos a aumentar la percepción del fraude.

En cualquier caso, aunque dicha percepción tiene múltiples condicionantes que, en ocasiones, pueden influir en el estado de opinión de los ciudadanos, los últimos acontecimientos fiscales han demostrado que es necesario se dediquen mayores esfuerzos a la prevención del fraude y dan a entender que los resultados obtenidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en la prestación de servicios de información y asistencia a los ciudadanos no se ven acompañados por resultados similares en el área de control y lucha contra el fraude.

No obstante, la prevención del fraude debe ser fruto de la reflexión de la Secretaría de Hacienda sobre su modelo de prevención y control del fraude y de la necesidad de adaptar la estrategia y los métodos y procedimientos de control a la nueva realidad económica y a las nuevas modalidades de fraude, no siendo la percepción social el elemento determinante tenido en cuenta, sino un factor más a considerar.

Por sus propias características, el fraude se refugia en la ocultación. La única medición directa del fraude es la que resulta de las propias actuaciones de la Administración de los contribuyentes para descubrirlo, pero no se puede afirmar que ésa sea la totalidad del

fraude existente; sino también aquellos aspectos prácticos que permitan mejorar la actuación de la autoridad tributaria.

Lo que sí es cierto es que el fraude fiscal es un fenómeno que no afecta exclusivamente a los recursos de la Hacienda Pública. El fraude distorsiona los comportamientos, generando efectos económicos y políticos negativos. Las empresas fiscalmente cumplidoras deben enfrentarse a la competencia desleal de las incumplidoras; de ese modo se puede poner en riesgo la existencia de empresas eficientes, que generan empleo, beneficios a sus titulares y accionistas y que además aportan recursos a la financiación de las actividades públicas, pero que se ven incapaces de competir ante empresas tal vez menos eficientes, pero que se valen del incumplimiento de sus obligaciones tributarias para desplazar a las primeras. En consecuencia, desde esta perspectiva, el fraude redonda en una pérdida de riqueza para el conjunto de la sociedad.

1.1. EL DERECHO PENAL FISCAL

Se dice que el derecho penal es la rama del derecho público integrada por las leyes que tipifican la conducta ilícita de las personas, establecen las consecuencias jurídicas de ellas derivadas, y el procedimiento y órganos estatales para la aplicación de las penas que amerita dicha conducta.

Conviene aclarar que este concepto se apoya en un criterio tradicional genérico que tienen los estudiosos del derecho penal.

El criterio anterior va cediendo su lugar a otro para definir esta rama jurídica como un derecho rehabilitador o de readaptación de los sujetos de la conducta calificada de ilícita.

La ilicitud constituye, en sentido amplio, el calificativo de una conducta que en la materia fiscal se manifiesta en infracciones o en delitos.

Las infracciones o los delitos fiscales pueden ser tanto de ejecución como de omisión; ambos punibles.

En la materia que interesa a este desarrollo, es muy frecuente la ilicitud por omisión, que constituye las infracciones; diríase que estas infracciones cubren la casi totalidad de las violaciones a las leyes respectivas.

En el derecho penal fiscal más que la rehabilitación del delincuente interesa punir aflictiva o represivamente, intimidar a los posibles futuros infractores y producir escarmiento.

El derecho penal fiscal se encuentra contenido en diversas leyes, si bien el Código Fiscal de la Federación es la más importante de todas ellas.

En este derecho lo más importante es la protección del interés económico del Estado.

Entre el derecho penal común y el derecho penal fiscal encontramos diferencias que conviene hacer notar; Emilio Margain Manautou nos indica al respecto: *“Mucho se ha discutido sobre si el derecho penal es uno solo o si debemos hablar de un derecho penal tributario, autónomo del derecho penal común.”*⁵ Sobre esto se coincide con aquellos que sostienen que el derecho penal es uno, por cuanto que sus principios generales sobre los hechos a sancionar son comunes: penar todo acto o hecho contrario a la ley.

⁵ Margain Manautou, Emilio, Introducción al estudio de derecho tributario mexicano, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 1969, pp. 324 y ss.

“Las diferencias o particularismos propios del derecho penal tributario sólo lo apartan del derecho penal común en algunos aspectos; pero ambos parten de la misma base común. Las principales diferencias que se observan son:

1a. El derecho penal tributario concibe la reparación civil y delictual; en cambio, el derecho penal común sólo la delictual, pues cuando hay lugar a la reparación del daño, ésta se gradúa o determina conforme al derecho privado.

2a. El derecho penal tributario sanciona no sólo hechos delictivos, sino también hechos u omisiones no delictivos; en cambio, el derecho penal común sólo sanciona hechos delictuosos.

3a. El derecho penal tributario sanciona tanto a las personas físicas, como a las personas morales; en cambio, el derecho penal común sólo a las personas físicas.

4a. El derecho penal tributario imputa responsabilidad al incapaz y lo sanciona con penas pecuniarias; en cambio, para el derecho penal común el incapaz no es responsable.

5a. El derecho penal tributario puede sancionar a personas que no intervienen en la relación jurídica tributaria, como a los agentes de control; en cambio, el derecho penal común sólo puede sancionar a los que intervinieron en la comisión del delito y a los que encubren a éstos.

6a. En el derecho penal tributario, tratándose del delito, el dolo se presume, salvo prueba plena en contrario; en cambio, para el derecho penal común, el dolo no se presume.

*7a. El derecho penal tributario a veces sólo tiende a obtener la reparación del daño; en cambio, el derecho penal común, tiende, principalmente, al castigo corporal y, secundariamente, a la reparación del daño.*⁶

1.2. LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA FISCAL

Encontrándose íntimamente relacionada la responsabilidad con las infracciones y los delitos fiscales se impone referirse a la misma antes de hacer alusión a los segundos.

Margarita Lomelí Cerezo dice: *"En términos generales, responsabilidad es la situación en que se encuentra aquel que debe sufrir las consecuencias de un hecho que le es imputable y que causa un daño."*⁷

Después de su concepto, la autora se refiere a otros autores que también tratan el tema y luego alude a la responsabilidad en el terreno del derecho civil y del penal, para terminar hablando de la responsabilidad en materia fiscal.

Me parece que los autores a que se refiere Margarita Lomelí Cerezo, y ella misma, lo hacen atinentemente, pero para ser más preciso al respecto y con el propósito de generalizar, prefiero decir que la responsabilidad es la obligación que tienen ciertas entidades de hacer frente a las consecuencias de una circunstancia o conducta debidamente tipificada por la ley, que les es atribuible.

⁶ Margain Manautou, Emilio, Introducción al estudio de derecho tributario mexicano, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 1969, pp. 324 y ss.

⁷ Lomelí Cerezo, Margarita, Derecho fiscal represivo, México, Porrúa, 1979, p. 183.

Este concepto tiene la particularidad de que se ajusta tanto al campo del derecho penal como al de cualquiera otro, y en este estudio considero prudente buscar mayor amplitud de criterio. Por otra parte, este concepto no necesariamente hace referencia a actos, o sea que no implica voluntad de parte del responsable para lo que sea; puede tratarse de una situación que la ley prevea; esto último es frecuente; recuérdese, por ejemplo, el caso en que un dueño de un animal debe pagar los destrozos que dicha bestia cause en un sembradío ajeno, o el del padre que debe responder por la conducta de su hijo incapaz. Esta circunstancia siempre ha sido observada por el derecho; en el derecho romano encontramos que el *pater familias* era responsable de la conducta de sus esclavos y de otros *alieni juris*.

En la materia fiscal la responsabilidad no sólo es de pagar contribuciones, sino de cumplir otras obligaciones que la ley impone, como la de llevar una contabilidad ajustada a las leyes de la materia; en caso de determinación presuntiva, la de colaborar con el fisco para proporcionar elementos, aunque no sea sujeto pasivo; en otros casos, la de retener y enterar contribuciones de terceros, etcétera; es decir, implica obligaciones de las genéricamente calificadas de civiles, pero también otras calificadas de penales.

1.3. RESPONSABLES FISCALES

Pero, ¿quiénes son los responsables fiscales?

Debe entenderse por responsable fiscal toda entidad a la que la ley señala una obligación.

Esta obligación puede ser de variada índole; de ahí que los responsables fiscales también son de diversa índole; algunos serán sujetos pasivos, otros serán entidades que se coloquen en la circunstancia que la ley prevea, sin que su responsabilidad sea de un sujeto pasivo.

También de lo dicho se sigue que no es necesario que exista la personalidad para que haya responsabilidad en esta materia; más de una vez nos encontraremos que es suficiente la presencia de un patrimonio afectación para que la responsabilidad se impute al mismo.

Aquí la imputación tiene el sentido de integración al patrimonio y no de adjudicación a una persona.

Para lo anterior, es necesario que se defina el patrimonio en el sentido que debe dársele en la materia fiscal. En nuestra materia es de interés que se defina el patrimonio como conjunto de bienes y obligaciones organizados recíprocamente para un fin determinado.

1.4. LA CAPACIDAD EN MATERIA FISCAL

También, íntimamente ligado con el estudio de la responsabilidad en nuestra materia, se encuentra el de la capacidad necesaria para ser responsable fiscal y aún para ser sujeto pasivo de contribuciones.

Es conocido de todos los estudiosos del derecho fiscal que la capacidad necesaria para ser sujeto pasivo del impuesto es la "tributaria" que, como apunta Mario Pugliese, es una circunstancia derivada de la realización del hecho generador.

Mucho se discute acerca de este tópico; pero tomando en cuenta nuestro derecho y, a pesar de las reiteradas declaraciones iniciales de nuestras leyes fiscales (Código Fiscal de la Federación, Ley del Impuesto sobre la Renta, Ley del Impuesto al Activo, etcétera), nos encontramos que no es necesario ser persona física o moral para ser sujeto pasivo del impuesto, pues se acepta como tal el patrimonio afectación.

A mayor abundamiento recuérdese al respecto, que cuando se formula la división de los impuestos, se incluye en la misma los impuestos reales, que son aquellos que afectan los bienes, sin importar quién sea su dueño, y si éste existe o no; lo que nos induce a pensar que no es necesario ser el titular de tales bienes para que nazca la obligación de pagar esos impuestos.

Sergio Francisco de la Garza hace un estudio detallado en relación con este aspecto, y aunque no es muy contundente, ni tampoco lo son los autores que cita, sí se inclina por el criterio de que no es necesaria la personalidad jurídica para ser sujeto pasivo (y habría que agregar, ni para ser responsable fiscal).⁸

1.4.1. OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

El contenido de la responsabilidad fiscal es una obligación.

Tomando en cuenta la variedad de los objetos de las obligaciones, habrá que preguntarse si en la materia fiscal se dan las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, como en cualquiera otra.

Por supuesto que sí se dan; el responsable fiscal puede ser un sujeto pasivo o puede ser otra entidad; entonces, la obligación es no sólo la de pagar la contribución, sino tal vez la de hacer una retención, o un entero del impuesto a cargo de un tercero; o bien, la de llevar una contabilidad relativa a obligaciones fiscales propias o extrañas, o la de no realizar ciertas conductas.

⁸ Garza, Sergio Francisco de la, Derecho financiero mexicano, México, Porrúa, 1981, p. 498.

Se concluye: las obligaciones derivadas de la responsabilidad fiscal pueden ser de dar o entregar al fisco las cantidades que representan los créditos fiscales; de hacer, o cumplir aquellos actos o conductas tipificadas por el texto legal; o de no hacer, o permitir que se lleven a cabo ciertos actos. La ley será la medida de las obligaciones fiscales en cada caso.

1.5. LA ILICITUD

Es bien sabido que la ilicitud es la contradicción al derecho.

La expresión "ilicitud" implica la existencia de algo no permitido (*quod non licet*) o contrario a lo jurídico.

Así encontramos que la ilicitud se da en todos los campos de la ley; pues en todos pueden darse infracciones o delitos.

En cada campo del derecho, la ilicitud trae aparejados distintos efectos.

Desde luego si la ilicitud es la contradicción con el derecho, y siendo el derecho el instrumento de que se vale el Estado para cumplir su función de hacer posible la convivencia humana, corresponde al Estado punir a los responsables de esa contradicción.

Esta función estatal tendrá diversas manifestaciones, según la violación de la ley que haya llevado a cabo el responsable.

Por lo anterior, la pena por la ilicitud será diversa, según se trate de una infracción o la misma implique delito.

1.6. INFRACCIONES Y DELITOS FISCALES

¿Qué se entiende por infracción y qué por delito en materia fiscal? y ¿Qué responsabilidad se sigue de unas y de otros?⁹

Me interesa reiterar en este punto que nos encontramos en materia de derecho fiscal y que, en buena parte, sólo tiene validez en esta disciplina lo que aquí se exprese.

Una infracción, como el vocablo, se interpreta gramaticalmente (y esto tiene el mismo sentido en derecho fiscal): es la violación de una ley.

La expresión "infracción" con gran frecuencia se emplea erróneamente, sobre todo por personas sin conocimientos jurídicos.

El Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 7o. define el delito como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Además del manifiesto error de la utilización de la palabra "sancionan", este concepto en la materia fiscal debe depurarse.

Si hemos dicho que la infracción es la violación a una ley, el delito hemos de decir que es una infracción que de acuerdo con el derecho, amerita una pena corporal.

Habrá que establecer diferencia entre infracción y delito fiscal, además de la que se expresa en las ideas del párrafo anterior:

La infracción es el género de lo ilícito, el delito es una especie de ese género; la infracción fiscal, según el artículo 70 del Código Fiscal de la Federación amerita una pena

⁹ Véase al respecto Herach, Dino, Curso superior de derecho tributario, Buenos Aires, Liceo Profesional Cima, t. I., pp. 193 y ss.

económica, en forma de multa; el delito amerita pena corporal; la multa la aplica la autoridad fiscal, la pena corporal, la autoridad judicial.

El mismo Código hace enunciado de las infracciones y de los delitos fiscales y señala en cada caso la pena que los responsables de estos ilícitos han de sufrir.

Las infracciones son las siguientes:

- a) Las relacionadas con el Registro Federal de Contribuyentes (artículo 79);
- b) Las relacionadas con la obligación del pago de contribuciones, con las declaraciones, con las solicitudes, con los avisos, con los informes y con las constancias (artículo 81);
- c) Las relacionadas con la contabilidad (artículo 83);
- d) Las de instituciones de crédito (artículo 84-A);
- e) Las cometidas por usuarios de servicios públicos y cuentahabientes de instituciones de crédito (artículo 84-C);
- f) Las cometidas con motivo de cesión de créditos en virtud de contratos de factoraje (artículo 84-E);
- g) Las relacionadas con la facultad comprobatoria del fisco (artículo 85);
- h) Las relativas a la obligación de adherir marbetes a envases de bebidas alcohólicas (artículo 86-A);
- i) Las de funcionarios o empleados públicos (artículo 87);

j) Las consideradas de terceros (artículo 89);

k) Otras comprobadas (artículo 91).

Como se observa, la cita de los artículos del Código Fiscal no es continuada al aludir a las diversas infracciones; los artículos que no aparecen tipificando estas violaciones señalan la multa que en cada caso corresponde.

Los delitos enunciados por el Código son los siguientes:

a) Encubrimiento (artículo 96);

b) De funcionarios o empleados públicos (artículo 97);

c) Tentativa (artículo 98);

d) Continuado (artículo 99);

e) Contrabando (artículo 102);

f) Asimilados al contrabando (artículo 105);

g) Defraudación fiscal (artículo 108);

h) Asimilados a la defraudación fiscal (artículo 109);

i) Relativos al Registro Federal de Contribuyentes (artículo 110);

j) Relativos a declaraciones, contabilidad y documentación (artículo 111);

k) De depositarios e interventores (artículo 112);

- l) Relacionados con aparatos de control, sellos y marcas oficiales (artículo 113);
- m) Cometidos por servidores públicos con motivo de visitas domiciliarias, embargos y revisión de mercancías ilegalmente (artículo 114);
- n) Robo o destrucción de mercancías en recintos fiscales o fiscalizados (artículo 115); y,
- ñ) Operaciones con dinero obtenido por actividades ilícitas (artículo 115 Bis).

1.7. CLASIFICACIÓN DE LOS ILÍCITOS FISCALES

Los ilícitos fiscales se han dividido en simples y calificados. El delito o infracción son calificados cuando en su ejecución han existido agravantes, atenuantes o excluyentes, en caso contrario se consideran simples. Es frecuente hablar de ilícitos calificados sólo cuando en su ejecución mediaron agravantes.

Agravante es la circunstancia que aumenta la punibilidad del delito o de la infracción; atenuante es la circunstancia que disminuye tal punibilidad y excluyente la que la elimina.

La calificación de las conductas ilícitas la señala la ley. En materia fiscal, las penas son económicas o de otra naturaleza; si existiesen agravantes, la pena económica sería de mayor cuantía y la corporal sería de mayor duración; si existiesen atenuantes, dichas penas serían menores; y se eliminarían si hubiese excluyentes.

Nuestras leyes marcan ejemplos de las tres calificaciones; así el artículo 76 del Código Fiscal de la Federación señala varios casos de atenuantes y de agravantes de infracciones, en tanto que el 73 señala un caso de excluyente.

Por lo que mira a delitos, el artículo 107 del mismo ordenamiento alude al contrabando que llama calificado, o realizado con agravantes.

En esta forma, resulta sencillo saber cuándo se consideran simples los ilícitos fiscales, pues son los no calificados.

Pero existe un problema adicional: se habla de infracciones o de delitos normales, leves y graves. Esta forma de calificar a estas conductas es subjetiva, aunque en algunas leyes se hayan empleado los adjetivos.

Para nosotros, aludiendo a la pena que en cada caso se establece, resulta sencillo saber cuándo la ley considera incluidas las mencionadas violaciones en cada especie.

1.8. FRAUDE FISCAL E INCUMPLIMIENTO FISCAL

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define fraude como *“la acción contraria a la verdad y a la rectitud que perjudica a la persona contra quien se comete. También como el acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros.”*¹⁰

Según el Diccionario, defraudar es privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca en derecho. También, en segunda acepción, eludir o burlar el pago de los impuestos o contribuciones.

De las definiciones citadas se pueden colegir las características esenciales del fraude, en este caso, del fraude fiscal:

¹⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22a. ed. 2001.

- Se realiza en perjuicio de la Hacienda Pública, es decir del conjunto de los ciudadanos.
- La conducta del defraudador contraviene la normativa tributaria.
- El defraudador incumple sus obligaciones tributarias.
- La elusión tiene en muchos casos un claro componente de abuso.

Sobre este último extremo interesa llamar la atención puesto que, en su acepción más común y usual, el fraude, para el ciudadano, tiene un componente de dolo o engaño, es decir de reprochabilidad, además de constituir un abuso y una deslealtad con la sociedad y el propio Estado.

Por tanto, la prevención del fraude se debe orientar prioritariamente hacia las conductas más reprochables y que perjudican la economía del Estado, sin desatender otro tipo de incumplimientos.

En consecuencia, la prioridad la deben constituir los comportamientos más reprochables que se producen cuando la conducta del defraudador puede calificarse como delictiva, frente a los cuales la utilización de mecanismos de colaboración policial y la persecución del fraude en vía penal son imprescindibles. En segundo lugar, las actuaciones se deben orientar al control de los incumplimientos sistemáticos y, en general, de las conductas dolosas, que además de constituir incumplimientos graves, son nítidamente percibidas como fraude por los ciudadanos. Por último, en un tercer nivel de prioridad, se encuentran los incumplimientos menos graves, puesto que la Administración tributaria debe ser consciente de que no cualquier incumplimiento tiene esas características de engaño inherentes al fraude. La propia complejidad de las normas puede llevar en ocasiones a errores y dificultades de aplicación.

Cuando la realidad económica y social es compleja también lo es el sistema tributario. Ello sucede debido a su generalidad, ya que pretende llegar al conjunto de los ciudadanos, la mayoría de los cuales carecen de formación específica para hacer frente a las obligaciones fiscales.

También porque los principios de equidad, justicia y progresividad, unidos al uso de la fiscalidad como instrumento de la política económica, provocan que las normas fiscales sean extraordinariamente prolijas y casuísticas, con la pretensión de dar a cada caso concreto la solución más idónea tanto desde el punto de vista tributario como desde la perspectiva económico-social.

Ante esta situación, un gobierno corporativo, los servicios de atención al ciudadano, con prestación de información y asistencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias, son imprescindibles.

La aprobación de una estrategia y modelo de gobierno corporativo para los contribuyentes no significa, en absoluto, que el mantenimiento, adaptación permanente y mejora de dichos servicios, dejen de ser prioritarios para la Agencia Tributaria. Lo que pretende es potenciar las actuaciones de control y reorientarlas a la prevención del fraude, de tal forma que la Agencia Tributaria pueda alcanzar resultados igualmente satisfactorios en el área de control.

Por otra parte, la reorientación de las actuaciones de control no significa, en modo alguno, que la Administración tributaria realice interpretaciones maximalistas o contrarias a lo deseado por el legislador en la aplicación de la norma, puesto que reforzar la lucha contra el fraude es perfectamente compatible con el máximo respeto a los derechos y garantías

establecidos en el ordenamiento jurídico y las economías de opción permitidas por la norma.

1.8.1 “MAQUILLAJE” DE BALANCES

El balance desde el punto de vista jurídico puede contemplarse como los bienes y derechos a favor de la empresa en un momento dado de tiempo (activo), las obligaciones contraídas a esa fecha (pasivo) y, como diferencia, el patrimonio perteneciente a los propietarios. Desde el punto de vista económico, el balance muestra las fuentes de financiamiento existentes en un momento dado, procedentes tanto de terceros ajenos a la empresa, como de los propietarios de la misma (pasivo y patrimonio) y la inversión o aplicación que se ha dado a esa financiación (activo).

El objetivo del llamado “maquillaje” o “embellecimiento” de la información financiera en general, y de manera específica del balance, es hacer aparecer más favorable la situación de capital líquido de la empresa. Desde este punto de vista, se acostumbra practicar transferencias de valores u operaciones fingidas en los libros, orientadas a llevar, antes de la formulación del balance, sumas desde cuentas consideradas como poco realizables a otras cuentas tenidas por más líquidas.

Las irregularidades a los registros o informes contables para algún fin fraudulento puede ser “fraude de empleados” o “fraude de gerencia”.

El fraude de empleados se refiere a actos deshonestos realizados en contra de la compañía por sus empleados. Como ejemplos tenemos el robo de activos, cobro de precios de venta más bajos a clientes “favorecidos”, el recibo de dinero de los proveedores, la sobreestimación de las horas trabajadas, el relleno de cuentas de gastos y el desfaldo (robo de activos que se esconde mediante la falsificación de los registros contables).

El fraude de gerencia (entendiendo a ésta como las actividades relacionadas por el órgano de administración para la ejecución de las instrucciones emitidas por la Asamblea de Accionistas) se refiere a una falsedad deliberada hecha por la alta gerencia de un negocio a personas externas a la organización del mismo, tendiente a desorientar a inversionistas o acreedores, ocultando la verdad, y a esto se puede agregar las indelicadezas entre socios, así como los manejos fraudulentos de Directores y Consejeros, que pueden consistir en malversación de fondos o en falseamiento de balances.

Esto comporta naturalmente, el tener que efectuar falsos asientos durante el curso del ejercicio comercial, los cuales alterarán a su hora, el estado del balance al proceder a su formulación. Lo más corriente es que tales falsos asientos tengan lugar con ocasión del inventario; salarios excesivos a los gerentes y/o a sus familiares lo que permite que la gerencia los utilice para fines personales; transacciones de negocios estructuradas en forma fraudulenta entre la compañía y los miembros de su alta gerencia; traspaso de cuentas a otra que no tienen nada que ver con el origen de la operación; asientos embrollados para mantener o introducir en el balance ciertos valores no pertenecientes al mismo, como en el caso de amortizaciones de valor en la cuenta de “mercaderías”

cuando se daña parte de las mercancías; ventas ficticias; existencia ficticia de activos; falsa sobrevaloración del Activo; omisión de compromisos; indicación de un giro mayor al real, entre otros muchos.

Según la manera y la época de su ejecución, los delitos contables de los patronos se descomponen en tres categorías: los que se cometen en el curso del ejercicio; los que se efectúan al formular el inventario con repercusión en el balance y los delitos de balance propiamente dichos, en el sentido más limitado, los cuales afectan las cuentas del Libro Mayor para obtener el amaño del balance.

La gerencia que quiere ocultar la situación de su negocio puede hacerlo en dos direcciones: hacia arriba o hacia abajo. En el primer caso existe el propósito de hacer aparecer aumentada en los libros la capacidad comercial y al revés en el segundo; el efecto final es falsear la situación general, según sea el interés que pueda existir según las circunstancias reinantes.

Los fundamentos para la sobre - valorización contable de un capital son:

- Obtención o conservación de empréstitos.
- Ilusionar a algún capitalista.
- Perjuicio a socios recién ingresados.
- Apaciguamiento de asociados o acreedores intranquilos o angustiados.
- Proyecto de cesión o venta del negocio, especialmente transformación en anónima o en sociedad limitada.

- Justificación de un precio de adquisición excesivo para empresas de concesión que han de invertir al Estado, Ayuntamiento u otra entidad o sociedad administrativa.
- Reparto de mayores dividendos o disminución de pérdidas de explotación.
- Elevación de la cotización de las acciones.
- Obtención de tantos por ciento más elevados.

Las razones para la disminución contable de un capital podrían ser:

- Separación inminente de uno de los socios.
- Detener la posible acción de los acreedores haciéndoles ver la esterilidad a que podrían verse condenadas sus demandas.
- Dar largas a ciertos créditos.
- Intención de llegar a un acuerdo favorable, o de una suspensión de pagos.
- Quiebra fraudulenta.
- Reparto de beneficios en perspectiva.
- Posibles casos de discusión entre coherederos.
- Fraudes fiscales.

1.8.2. EVASIÓN FISCAL CONTABLE

La mayor parte ocurre por la inmensa presión de los impuestos. A causa de ello hay que señalar una sensible caída de la moral fiscal, de la cual el mismo Estado es culpable con su recaudación desordenada y su siempre creciente política de impuestos. Estas influencias estatales han obrado perniciosamente sobre la vida económica y han asediado a muchos

propietarios que en muchos de ellos ha llegado a crecer el sentimiento de hallarse, en cierta manera, en el caso de legítima defensa al proceder a la ocultación de la verdad de sus bienes. Este estado de cosas ha ejercido una presión desmoralizadora. De ello al falseamiento del balance no es más que un paso.

La referida conducta comercial maliciosa, ha actuado de una manera especialmente perjudicial y perturbadora, la estrechez de miras y la incomprensión en que se colocó el Ministerio de Hacienda, en contradicción con los fundamentos del intercambio económico, ya que en su calidad de perceptora de impuestos lesionó muchas de las costumbres comerciales y reglas económicas considerables, no solo como admisibles, sino hasta aconsejables; por ejemplo, las amortizaciones excesivas, la dotación de reservas, la creación de cuentas provisionales, ocultación de beneficios, entre otros, todo lo cual había sido considerado como de buena administración, pero que fue estimado por las organizaciones fiscales como animado de un espíritu de mezquindad.

De ahí que se haya creado la costumbre de formular dos balances: el balance fiscal y el balance comercial, dando lugar a una gran alteración de los balances, creando una situación especialmente desmoralizadora de la vida económica actual: en primer lugar, ha sido enormemente aumentada la tentación de presentar falsas contabilizaciones e inexactitudes en el balance, por lo que creen una actuación antieconómica de parte del Estado. En segundo lugar, esta tentación hacia la comisión de malas acciones ha sido aumentada por lo relativamente difícil de su descubrimiento e investigación. Paradójicamente los dueños de empresas están ejecutando los mismos e innumerables fraudes usuales en los empleados infieles: extracción de dinero para usos personales; venta

de mercancías sin contabilizar; gastos ficticios; cobro de partidas sin pasar los importes por los libros, etc.

En esta categoría singular de delitos contables entre los propios patrones intervienen dos elementos. En primer lugar ausencia del sentido de culpabilidad, ya que según la opinión corriente, no existe delito si un pequeño patrón extrae cantidades de su propia caja, tanto más cuanto que él no se cree obligado a considerarse agente de hacienda. En segundo lugar, las pocas probabilidades de descubrimiento de estas pequeñas y usuales malversaciones de valores, extracciones de caja, favorecen su cometido.

La dificultad de descubrimiento está corroborado por el hecho de que cuando estas malversaciones son imputadas a sus empleados, el patrón ha de ejercer una gran vigilancia y poseer un profundo conocimiento de su negocio para llegar a descubrirlas. Cuánto más difícil será para la Hacienda, que solo hace algunos sondeos y observaciones superficiales y con un examen incompleto de los comprobantes. Sabemos que los fraudes más difíciles de descubrir son aquellos que no figuran para nada en los libros.

1.8.3. MANIPULACIÓN DE UTILIDADES

Este fraude presupone una reducción de la capacidad comercial tributaria o de los ingresos sujetos a fiscalización. Son de difícil realización por los empleados, pero están totalmente al alcance de un patrón cualquiera. Sirven a los intereses particulares, en detrimento de los del negocio.

Ejemplos:

El “automóvil del negocio”, que a menudo no se utiliza en las actividades comerciales del propietario de la empresa, sino un lujo personal. Las fronteras entre lo preciso y lo superfluo están tan ligadas que es muy difícil una separación eficiente. Las partidas suelen ser de importancia, puesto que comprenden los gastos de adquisición, mantenimiento, salarios del chofer.

El propietario de una Sociedad Limitada vendió clandestinamente en época de inflación, mercancías cuyo producido fue consignado en “Cuenta especial”, lo que condujo a la Casa a la quiebra.

Una partida de acciones preferentes, que figuraban en los libros durante la inflación a un precio de 20 marcos cada una, se obtuvo en el momento de su venta un elevado beneficio. Las acciones enajenadas fueron contabilizadas a base del valor reducido, de manera que el beneficio desapareció y quedó en el bolsillo del dueño, sin imposición de arbitrios.

Una mercancía adquirida con anterioridad, pero no contabilizada oportunamente, fue vendida a precio muy favorable; contabilizada la compra inicial y las posteriores, con precios elevados ficticios, a mitad del periodo, arrojaba, supuestamente, pérdidas enormes.

Una fábrica de margarina amortizaba periódicamente partidas considerables como de fabricación deficiente o inutilizables, es decir invendibles, con lo que se reducía, en apariencia, sensiblemente la ganancia.

El estudio llamado *“Defraudando al interés público: un examen crítico de la ingeniería de los procesos de auditoría y la probabilidad de detectar un fraude”*¹¹, fue publicado en el último número de *Critical Perspectives on Accounting*, una publicación académica que tiende a buscar puntos débiles en las principales firmas de contabilidad. El trabajo de los profesores se basa en un análisis de las decisiones tomadas por la Comisión de Valores de E.U. (SEC) entre 1.987 Y 1.999 para hacer cumplir la Ley. La información muestra que de los 276 fraudes que se realizaron en este período, los presidentes ejecutivos de las empresas participaron en un 70 por ciento de ellos. Además, los investigadores encontraron que la incidencia de fraude aumentó de alrededor del 20% por año en los primeros 10 años, al 36.5 % de fraudes por año, en los últimos dos años del período analizado. En esos últimos dos años, los principales ejecutivos que no eran presidentes ejecutivos participaron en el 19 por ciento de los fraudes.

Robert Bricker, profesor de contabilidad de la Universidad Case Western Reserve que no participó en el estudio, concuerda en que la confianza de los auditores en los controles internos es una debilidad del sistema. “Si los controles internos existen pueden ser burlados” por los principales ejecutivos que buscan manipular los balances, dice.

¹¹ *“Defraudando al interés público: un examen crítico de la ingeniería de los procesos de auditoría y la probabilidad de detectar un fraude”*. *Critical Perspectives on Accounting*. 2008

En el caso de WorldCom, el auditor Arthur Andersen LLP dejó pasar el complot de la compañía para inflar las utilidades al tratar inapropiadamente US\$3.800 millones de gastos operativos como gastos de capital que se depreciarían con el tiempo y no se registraban como un gasto inmediato como los desembolsos operativos. Al mirar las transacciones individuales, dicen algunos auditores, Andersen pudo haber detectado la artimaña.

Aunque los escándalos contables están transformando grandes empresas en compañías cuyas acciones valen muy poco, no se ha prestado mucha atención al cómo se hicieron las auditorías y la vida interna de la empresa. Y los críticos han señalado los conflictos de interés que existe cuando una firma de auditoría realiza trabajos lucrativos de consultoría para sus clientes, lo que reduce la posibilidad de que el auditor cuestione a la alta gerencia cuando sobrepase los límites de una contabilidad aceptable.

1.8.4. VIOLACIÓN DE NORMAS CONTABLES

El que anota un asiento contable debe necesariamente colegir el sentido del mismo y dominar la forma; pues, a su traslado a la práctica, la exigencia teórica de la **Verdad** y de la **Claridad** no significa otra cosa que toda operación ha de encontrar su contabilización *conforme a su sentido* y correcta en su *forma*. Desde el punto de vista de la práctica: Verdad es igual a conformidad en cuanto al sentido, y Claridad es igual a la corrección en cuanto a la forma.

El *sentido* de una operación comercial depende del fin perseguido por la Empresa y constituye la base del asiento a registrar.

La *forma* está representada por las reglas de la ciencia contable. Los caminos ilícitos sólo se adoptan por desconocimiento del sentido o por no ser confesable el mismo, y también por ignorancia o inexactitud de la forma.

Esto da por resultado:

- Ataques a la VERDAD (asientos contrarios al buen sentido).
- Ataques a la CLARIDAD (asientos deformados).

El que maquilla un balance no va a obtener una información UTIL y no será *pertinente* ni *confiable*. No es pertinente porque no posee valor de retroalimentación, ni valor de predicción, ni es *oportuna*.

No es confiable porque no es *neutral*, ni *verificable*, ya que no representa fielmente los hechos económicos.

Al analizar los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados respecto a la manipulación contable, veremos la violación de las siguientes normas contables:

Ente Económico: Siendo la empresa una unidad económica de la cual se predica el control de sus recursos, con la adulteración de los estados financieros se atenta directamente contra su estabilidad y permanencia en el mercado, porque las empresas que cometen este delito son castigadas por la Administración de Impuestos.

Continuidad: Los recursos y hechos económicos deben contabilizarse y revelarse teniendo en cuenta si el ente económico continuará funcionando normalmente, pero con la presentación de balances maquillados se posibilita la no continuidad normal del negocio por restricciones de tipo jurídico y económico por las multas que acarrea la falsedad de estados financieros.

Valuación o Medición: Tanto los recursos como los hechos económicos se afectan por la no sujeción a las normas técnicas como el valor histórico, el valor actual, el valor de realización y el valor presente que representa la realización de un hecho económico y que no sea oportunamente registrado.

Esencia sobre forma: Los recursos y hechos económicos deben ser reconocidos y revelados de acuerdo a su esencia o realidad económica y no únicamente en su forma legal.

Realización: Sólo pueden reconocerse hechos económicos realizados, que puedan ser comprobados como consecuencia de transacciones, de que el ente económico tenga un beneficio o pérdida, que se experimente un cambio en sus recursos y que sea cuantificable.

Asociación: Se deben asociar los costos y gastos incurridos con los ingresos devengados, registrando simultáneamente unos y otros en las cuentas de resultados.

Mantenimiento de Patrimonio: Un balance falseado no proporciona la utilidad o pérdida real, por lo que la evaluación realizada no reflejará si el patrimonio se haya mantenido o recuperado y el patrimonio financiero no estará debidamente actualizado para reflejar los efectos de la inflación.

Revelación Plena: El ente económico debe informar en forma clara y completa, aunque resumida, todo aquello que sea necesario para comprender y evaluar correctamente su

situación financiera, los cambios y el resultado de sus operaciones y su capacidad de producir futuros flujos de efectivo. Esta norma se satisface a través de los estados financieros, los informes de los administradores sobre la situación económica y financiera del ente y sobre lo adecuado de su control interno.

Importancia Relativa o Materialidad: El reconocimiento y presentación de los hechos económicos debe hacerse de acuerdo con su importancia relativa, de todo aquello que por su naturaleza y cuantía puede afectar y alterar significativamente las decisiones económicas de los usuarios de la información. Los balances maquillados ocultan cifras que cambian la realidad de tales hechos económicos.

Prudencia: Esta norma se viola porque se registran hechos no confiables ni verificables, sobreestimando los activos y los ingresos o subestimando los pasivos y los gastos o viceversa.

Al planear y desempeñar procedimientos de auditoría y al evaluar y reportar los resultados consecuentes, el auditor debería considerar el riesgo de representaciones erróneas de importancia relativa en los estados financieros, resultantes de fraude o error.

El “**fraude**” se refiere a un acto intencional por parte de uno o más individuos de la administración, empleados o terceras partes, que da como resultado una representación errónea de los estados financieros, en detrimento o beneficio de la organización. El fraude puede implicar:

- Manipulación, falsificación o alteración de registros o documentos.
- Malversación de activos.

- Venta o cesión de activos falsos o ficticios.
- Representaciones impropias o incorrecta valuación de transacciones, activos, pasivos o utilidades.
- Supresión u omisión de los efectos de transacciones en los registros o documentos.
- Registros de transacciones sin sustancia.
- Pagos impropios, así como una póliza ilegal de donativos, con hechos, operaciones fraudulentas y pagos hechos a las autoridades oficiales o intermediarios de autoridades, clientes o proveedores.
- Transferencias de precios impropias de manera intencional (valuación incorrecta de bienes intercambiados entre entidades relativas) con el propósito de estructurar técnicas de precios impropias, de esta manera la gerencia puede mejorar los resultados de operación en detrimento de otra organización.
- Descuido intencional de los registros o revelación de información significativa para mejorar el panorama financiero de la organización o de otras organizaciones ajenas.
- Mala aplicación de políticas contables.

El término “error” se refiere a equivocaciones no intencionales en los estados financieros, como:

- Equivocaciones matemáticas o de oficina en los registros subyacentes y datos contables.
- Omisión o mala interpretación de hechos.
- Mala aplicación de políticas contables.

La responsabilidad por la prevención y detección de fraude y error descansa en la administración por medio de la implementación y continuada operación de sistemas de contabilidad y de control interno adecuados. Tales sistemas reducen pero no eliminan la posibilidad de fraude y error.

Dentro de los procedimientos para la revisión de estados financieros se debe incluir:

- Obtener una comprensión del negocio de la entidad y de la industria en la que opera.
- Investigaciones concernientes a los principios y prácticas contables de la entidad.
- Investigaciones concernientes a los procedimientos de la entidad para registrar, clasificar y resumir transacciones, acumular información para revelación en los estados financieros y para preparar los estados financieros.
- Investigaciones concernientes a todas las aseveraciones de importancia en los estados financieros.
- Procedimientos analíticos diseñados para identificar relaciones y partidas individuales que parezcan inusuales. Dichos procedimientos incluirán:
 - Comparación de los estados financieros con estados de períodos anteriores.
 - Comparación de los estados financieros con resultados anticipados y posición financiera.

- Estudio de las relaciones de los elementos de los estados financieros que se esperaba se conformaran a un patrón predecible basado en la experiencia de la entidad o norma de la industria.

1.9. EL FRAUDE FISCAL Y EL GOBIERNO CORPORATIVO

Aunque desde hace años se han identificado con bastante precisión algunos ámbitos de fraude muy significativos, el grado de supervisión sobre los mismos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no ha sido el idóneo y no se han conseguido reducir las principales bolsas de fraude.

Se debe profundizar sobre los principales tipos de fraude, con el objeto de contar con un diagnóstico actualizado sobre cada uno de ellos, de tal manera que puedan adoptarse de forma inmediata medidas procedimentales, organizativas y, en ocasiones, normativas, que permitan prevenir, detectar y corregir los comportamientos defraudatorios.

Para la correcta aplicación del sistema tributario no es suficiente realizar actuaciones represivas, por ello se incorporan desde medidas para prevenir las conductas defraudatorias hasta las líneas de acción contra los tipos de fraude más complejos y reprobables, en las que es fundamental el desarrollo de actuaciones de investigación, en ocasiones, con apoyo de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y la judicialización de los expedientes.

En definitiva, una cultura de prevención del fraude pretende orientar sus actuaciones de la comprobación a la investigación y reforzar la presencia en la calle para acercar el control a los hechos impositivos y a la realidad económica.

Los cambios en las reglas del gobierno corporativo son extensos, ambos en el nivel ejecutivo y en el comité de auditoría. Implica nuevas responsabilidades así como también prohibiciones.

Las Juntas Directivas se les consideraban unos asesores de confianza de los administradores que no tenían un rol protagónico e impulsor, ni mucho menos el control y seguimiento, pues su papel se circunscribía a formular recomendaciones sobre la marcha de la empresa y la gestión de sus ejecutivos, convalidando con su presencia y su firma los actos de aquellos, a tal punto que en el lenguaje empresarial se hacía una línea radical entre lo que era la gerencia y los que se llamaban directores, en una denominación que era por sobre todo honorífica.

Actualmente salvo disposición estatutaria en contrario, se presumirá que la Junta Directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.

No es de extrañar que en la nueva concepción de los negocios se les reclame a sus miembros un mayor protagonismo y, en consecuencia, una responsabilidad más calificada que la del nuevo consejo o asistencia, para que su papel refleje lo que realmente son.

Centrándose en lo que atañe a los miembros de las Juntas Directivas la Ley Sarbanes Oxley¹² no se limitó a adscribirles el carácter de administradores, sino que precisó que su

¹² *Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745. (2002).*

obrar debe ser de buena fe y que su gestión ha de estar revestida de la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios.

Esto quiere decir que el norte de su actuación es exclusivamente el interés de la sociedad y de los asociados y que están sometidos a un catálogo de prescripciones funcionales que los convierte en sujetos activos de la gestión empresarial, no sólo como impulsores de sus objetivos sino como vigilantes de la puesta en marcha y de los resultados de sus políticas, estrategias y programas, adscribiéndoles una responsabilidad solidaria e ilimitada ante los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros, salvo cuando no se haya tenido conocimientos de la acción u omisión que genere la responsabilidad o se haya votado en su contra, siempre que quienes se opongan al acto no lo hubieren ejecutado.

Una primera cuestión que surge de lo expuesto es la representatividad de los miembros de las Juntas Directivas, pues aunque ellos sean nombrados por determinados accionistas, su papel es el de proporcionar el cumplimiento de los fines de la sociedad, sin que necesariamente ellos tengan que confundirse con el interés de quienes los eligieron.

Este asunto no es de poca monta, porque implica dedicar todos los esfuerzos al éxito de la compañía, dejando de lado los móviles particulares de los asociados, cualquiera sea su poder.

Con motivo de los conocidos fraudes de Enron y Worldcom, y otros escándalos financieros en Estados Unidos y Europa, se sancionó en 2002 la Ley Sarbanes-Oxley, la cual plantea un cambio profundo en las prácticas de gobierno corporativo de las

organizaciones que están dentro de la órbita de la SEC (Security Exchange Comision). En tal sentido se fijan roles y responsabilidades respecto del gobierno corporativo y el comité de auditoría.

Los directores integrantes del comité de auditoría y del gobierno de la empresa deben ser personas preparadas en temas empresariales, financieros, instrumentos derivados, contables, fiscales, entre otros. **Su función es supervisar los riesgos.**

En tal sentido debe supervisarse el sistema de control interno de manera **de asegurar la fiabilidad de la información de los estados financieros**. La SEC (Securities Exchange Comission) dispone en la sección 404 de la ley en cuestión que la sociedad debe declarar y firmar sobre el sistema de control interno de los estados financieros.

En las compañías que están dentro de la órbita de la SEC se certifica el sistema de control interno de los estados financieros existiendo una definición de que se entiende por tal.

Por lo tanto, el comité de auditoría coadyuvando con el gobierno corporativo de la empresa debe hacer un **mapa de situación de los riesgos de la compañía**. La diferencia con la situación previa a la creación del comité es que los riesgos podían estar razonablemente identificados, a veces mensurados, **pero no estaban documentados** en la matriz de riesgo de la compañía, como una nueva fuente de información.

De tal manera, **ahora deben identificarse los riesgos**, describirlos, ver el impacto en la en la compañía y el nivel de riesgo. Asimismo debe evaluarse la probabilidad de ocurrencia, y qué debe hacer la compañía para mitigar tal riesgo.

Para el Comité de auditoría **es relevante la supervisión de tales riesgos**. Desde tomar

conocimiento de ellos, ver su evolución a fin de informar debidamente a quienes corresponda, y en su caso evaluar el reconocimiento y de qué forma en los estados financieros.

Un ejemplo puntual de la crisis actual es la falta del debido control respecto de operaciones con instrumentos financieros derivados que motivaron en parte la crisis actual y la quiebra de bancos de inversión.

La sección 404 de la ley Sarbanes obliga al CEO(Chief Executive Officer) y CFO (Chief Financial Officer) a declarar **haber diseñado un sistema de control interno**, haberlo implementado y testeado; y asimismo establecer que funciona adecuadamente.

El aspecto relevante consiste en definir en qué medida -dentro de la matriz de riesgo- **los aspectos fiscales están mensurados debidamente**. En respuesta a ello el siguiente sería el cuestionario básico a ser completado para su consideración y puesta en conocimiento por el comité y el gobierno de la empresa:

- Estructura organizativa del departamento de impuestos. ¿De quién depende en el organigrama? ¿Cuál es la conformación del equipo de trabajo, la distribución de tareas, controles y supervisión de tareas?
- ¿Cuáles son los riesgos que involucran la responsabilidad de la gerencia? ¿Hay definiciones escritas? ¿Hay manuales?
- ¿Cuáles son las personas involucradas en las decisiones tributarias, y qué nivel de decisiones toman? ¿Quién supervisa los límites máximos a tal efecto? Es decir, las decisiones se toman internamente o se requiere soporte documental con la opinión del asesor fiscal.

- ¿Con qué frecuencia se preparan reportes de gestión sobre la situación de la compañía frente a los diferentes gravámenes? ¿Quiénes son los usuarios? ¿Con qué periodicidad se reporta?
- ¿Quién origina la información? ¿Quién la controla?
- ¿Han existido determinaciones fiscales en los últimos años? ¿En qué estado se encuentran, cuál es la probabilidad de éxito, y cuál serían los costos totales en caso de un fallo adverso?
- ¿Con qué periodicidad se controlan los saldos contables de las cuentas fiscales? ¿A quién se reportan las diferencias significativas?
- Cómo se maneja la gestión de retenciones y percepciones de impuestos, sea de manera centralizada o descentralizada. En este último caso, qué control realiza el departamento de impuestos.
- ¿Cómo se controla el cumplimiento de los diferentes gravámenes provinciales liquidables en la jurisdicción correspondiente?
- Cuál es la conducta fiscal de la empresa, ya sea conservadora o agresiva. En este último caso, se han asumido criterios defendibles, o serán impugnables ante la primera verificación fiscal. Se evaluaron los costos fiscales involucrados de una posición agresiva, sean intereses, multas, honorarios de asesores, tasas de tribunal fiscal, justicia, entre otros conceptos.
- Se realizan auditorías fiscales periódicamente tanto de impuestos nacionales, provinciales, municipales, retenciones y percepciones, y regímenes de información.
- ¿Cuáles fueron los resultados? En caso de incumplimientos, se han evaluado las multas por incumplimientos en los pagos como asimismo en los deberes como agente de información y por no presentar documentación fiscal a su vencimiento.

- En caso de criterios fiscales asumidos para el no pago de determinados gravámenes, en qué medida se evaluó el riesgo y cómo se encuentra expresado en los estados contables. En tales casos, se ha considerado ello en la valuación del impuesto diferido que luego debe contabilizarse.
- Conocen los representantes de la compañía la posible aplicación de responsabilidad fiscal personal y solidaria por incumplimiento de las obligaciones fiscales de la propia empresa.
- Respecto a la naturaleza de los riesgos fiscales asumidos, ¿se han evaluado debidamente como para determinar que el riesgo es solamente económico y no frente a la ley penal tributaria, con las consecuencias que ello acarrearía a sus funcionarios involucrados?

Vemos que los diferentes niveles de riesgos o incluso deudas fiscales no declaradas, **pueden provenir por tareas propias de determinaciones incorrectas del gravamen**, pagos fuera de término, criterios de planeamiento fiscal sin el debido sustento técnico, incorrecto reconocimiento contable de ingresos o gastos que motiven una incorrecta determinación del correspondiente gravamen, cambios en las leyes que no se han aplicado con la rapidez necesaria en la compañía, inconsistencia en criterios fiscales entre compañías de igual grupo económico, entre otros motivos.

Ante tal marco, el Comité de Auditoría es consciente -dentro de las nuevas normas de gobierno corporativo- respecto a qué riesgos afronta la compañía. También si se ha hecho alguna evaluación de los mismos por personal idóneo y qué decisiones se han tomado al respecto.

Como vemos el riesgo fiscal no sólo interesa desde el punto de vista económico para la compañía e incluso para sus accionistas, **sino también por la posible aplicación de la ley penal tributaria.**

1.9.1. INGENIERÍA FISCAL Y FRAUDE EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

“La ingeniería es el arte de aplicar los conocimientos científicos a la invención, perfeccionamiento y utilización de la técnica industrial en todas sus dimensiones”¹³

En el aspecto fiscal, la ingeniería fiscal consiste en ubicar, los modelos de negocio, contratación o desarrollo de una actividad y sus costos fiscales; generando ventajas comparativas que permitan a la entidad eficientar sus recursos.

“La ingeniería es la táctica y la estrategia en materia fiscal; el por qué, para qué, qué, cómo y cuándo desarrollar un negocio, operación, maximizando los recursos de los que intervienen.”¹⁴

“Hacienda previene a las multinacionales contra las prácticas de 'ingeniería' fiscal

Los grandes despachos recomiendan dotaciones y préstamos que incurren en fraude de ley

Hacienda está detectando operaciones de ingeniería fiscal que ponen en marcha grandes multinacionales entre sus filiales, con el único objetivo de eludir el pago de impuestos. La autoridad tributaria apelará directamente a los consejos de administración de esas grandes empresas cuando tenga conocimiento de alguna anomalía, para prevenirles de que no se ajustan a la legalidad. Las dos irregularidades más comunes consisten en la concesión de préstamos entre filiales para deducirse los gastos de los intereses y en dotar provisiones por pérdidas ficticias de inversiones en el extranjero.

La Agencia Tributaria intenta evitar que las multinacionales aprovechen las ventajas fiscales que puede ofrecer España para realizar operaciones sin justificación económica. Este departamento advertirá a la cúpula de las grandes multinacionales de que no deben

¹³ Larousse Diccionario Enciclopédico Plus. Ediciones Larousse México 1999.

¹⁴ López Lozano, Eduardo. *Ingeniería y Reingeniería Fiscal*. México. ISEF.

incurrir en prácticas de ese tipo y elaborará una base de datos con las conductas anómalas identificadas, según explican fuentes de ese organismo. En Hacienda se ha detectado que algunos despachos de asesoría fiscal recomiendan ahora algunas de estas prácticas.

Un ejemplo consiste en que la matriz holandesa de una multinacional conceda un préstamo a su filial española para que adquiera otra división de la misma empresa. La operación, en principio, no tiene motivación económica, pues no hay razones de negocio que justifiquen el cambio de propiedad. Pero mediante ese traspaso, la filial española puede anotarse como gastos los intereses que paga por el préstamo, una posibilidad que permite la norma española sólo cuando existe un motivo real. Al aumentar el gasto se reduce, de forma ficticia, el beneficio y por tanto la tributación a Hacienda, pues las empresas abonan el impuesto de sociedades en función de sus ganancias.

Al mismo tiempo, la matriz se beneficia porque percibe los intereses que le abona su filial. Se genera, por tanto, una doble ventaja que reduce sensiblemente la carga fiscal de la empresa.

"No es tan difícil demostrar que no existe motivación económica para hacerlo; a veces esas decisiones no suponen ni un aumento de ingresos para la empresa ni un cambio en la sede donde se toman las decisiones", explican esas fuentes. Hacienda ha detectado que en ocasiones el importe de esos intereses permite cuadrar exactamente los gastos con los ingresos y, por tanto, determina que las cuentas de la empresa no arrojen ningún beneficio para no tener que tributar por él.

Más allá de penalizar las conductas abusivas, el objetivo de la Agencia Tributaria es advertir a las multinacionales de que vigila este tipo de operaciones y evitar así que proliferen. Al contrario de lo que ocurre en otros países, la legislación española favorece fiscalmente el pago de intereses por préstamos, pues se descuentan de la cantidad sujeta a tributación y aligeran el pago a Hacienda.

Pérdidas ficticias

Otra de las maniobras de ingeniería fiscal detectadas -más difícil de demostrar que la anterior- se traduce en que las empresas dotan provisiones ficticias alegando que han tenido una pérdida por una inversión realizada en el extranjero. Una provisión es una

cantidad que la empresa inmoviliza en su cuenta de resultados para hacer frente a una eventual pérdida que le puedan generar sus negocios. Así, por ejemplo, si una compañía española ha destinado 100 millones a comprar una participación de otra empresa extranjera y ésta se deprecia, deberá dotar una determinada suma en sus cuentas anuales para anticipar la posible pérdida. Esa cantidad no tributa a Hacienda si la operación se ajusta a las normas internacionales de contabilidad.

*La autoridad tributaria sospecha que muchas empresas invierten en paraísos fiscales o sociedades opacas en las que en realidad no se produce pérdida alguna, pero hacen la provisión con el único fin de reducir la factura fiscal. "Tenemos que evitar que se expanda esa práctica", aseguran en la Agencia Tributaria. En este caso, las irregularidades se han detectado tanto en compañías extranjeras como españolas."*¹⁵

El concepto que aparece en la legislación mexicana como acto de defraudación, más que de elusión, es definido así: acto de defraudación fiscal cuyo propósito es reducir el pago de las contribuciones que por ley le corresponden a un contribuyente. Pueden ser por engaños, errores, u omisiones en las declaraciones o cualquier otro acto del que se tenga un beneficio indebido en perjuicio del fisco federal. Transcripción obtenida de la página (www.definición.org, 31 de julio 2007) Ahora bien, este concepto se define en el código tributario a la evasión fiscal por lo que la legislación mexicana sí precisa que es diferente evasión y elusión.

De manera particular se puede establecer como definición de elusión fiscal: “es el no pago de las contribuciones de manera lícita, donde quien los lleva a cabo se aprovecha los puntos especiales o irregularidades de la ley, de esta manera no se incide en la hipótesis normativa quedando libre de gravamen”.

¹⁵ Abellan, Lucia. (2007). Hacienda previene a las multinacionales con las prácticas de “Ingeniería Fiscal”. *El país*.

La elusión fiscal en la conducta consiste en no ubicarse dentro del supuesto normativo, denominado hecho generador, que fija la ley tributaria respectiva, o sea, la persona evita ser considerada contribuyente de cierto impuesto, sin incurrir en prácticas ilegales.

El tema se desarrolla a partir del código tributario y en su artículo quinto establece que las normas que señalen cargas a los particulares así como los que se refieran a objeto, sujeto, base, tasa o tarifa, son de aplicación estricta; las demás normas se sujetarán a interpretación de cualquier otro método, es decir, teleológica, literal, histórica, etc., si por circunstancias especiales el acto jurídico no se encuentra regulado de manera supletoria se aplicarán los principios generales de derecho, con el único requisito de no ser contrario al ordenamiento.

Tomando de base el anterior párrafo se determina entonces, un plan que ante la imposibilidad de desviar el sentido de la ley, aparece el efecto de la elusión fiscal, cuando el contribuyente utiliza textos legales o interpretaciones que le favorezcan en el caso especial del articulado que implica carga impositiva que de esta manera no se ve incidido, por lo tanto no es sujeto a gravamen obteniendo con ello un beneficio fiscal.

De específica no se quiere establecer que cualquier interpretación diversa a la autoridad fiscal, lo que sucede y debe quedar preciso es que el contribuyente conoce a profundidad la ley y entonces encuentra irregularidades que no le prohíben utilizar ciertas figuras independientes al texto impositivo, aún así no olvidar que un principio general de derecho establece que la autoridad para ejercer los actos de coercitividad debe ser competente, lo que implica que sólo puede aplicar el texto legal en el marco conceptual que señala, mientras que el contribuyente puede realizar todos los actos y los hechos jurídicos que no

sean ilícitos y no contravengan a la ley donde ésta no distingue el sujeto pasivo no está obligado a distinguir.

En el sistema tributario mexicano, con mucha insistencia el legislador realiza construcciones jurídicas que son verdaderas presunciones legales de pleno derecho (*iuris et de iure*), varias se catalogan como ficciones fiscales, sirven como inhibidores de la aplicación de elusión fiscal, tal es el caso de la asociación en participación o bien del concepto de enajenación.

Es por ello que en los actos de elusión fiscal, más que en los de evasión al no ser objetivo el concepto entonces se tiene que acudir a los tribunales con la finalidad que sea esta institución quien emita el criterio que se aplica, si es o no correcto; en los últimos años, es pues un acto de ingeniería impositiva, que consiste en buscar la manera de eludir la carga tributaria, son aquellos contadores o abogados que encuentran dentro de la legalidad una disminución fuerte de los impuestos a enterar, sin embargo por ejemplo en la reducción de capital en específico, permite que haya aplicación de ésta por la falta de regulación a las formas que se presenta.

De manera conceptual la elusión fiscal fundamenta la planeación fiscal que está en cierta forma permitida en el artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tratando de lograr la mínima carga fiscal para los contribuyentes, es decir, se busca no dejar de pagar los impuestos pero si eficientarlos para mejoras de las empresas y con ello se vean beneficiados, es por ello que lo que reiteradamente se señala en el marco teórico y que en la reducción de capital se deben buscar como propuestas viables que deben ser modificadas, para evitar que se realicen en éstas con fines propios. Es decir no abusar de la ingeniería fiscal.

La prevención del fraude debe hacer frente a la evolución que se ha ido produciendo en la conducta de los contribuyentes defraudadores, que en muchos casos han pasado de actuar mediante formas de fraude elementales y poco elaboradas a conductas elusivas cada vez más sofisticadas que pueden calificarse como de ingeniería fiscal o planificación fiscal abusiva.

La implantación por la administración tributaria de un gobierno corporativo obligatorio para los contribuyentes, de procedimientos de control informatizados, con utilización sistemática de la información en su poder, ha influido en este cambio en los comportamientos defraudatorios, puesto que los incumplimientos y fraudes menos complejos y sofisticados son detectados y regularizados con cada vez mayor facilidad.

Por ello el gobierno corporativo ha contribuido al análisis de nuevas vías de fraude y comportamientos especialmente reprobables como las tramas organizadas para defraudar en el IVA y los Impuestos Especiales, las actividades relacionadas con el blanqueo de capitales o los casos de internacionalización del fraude con utilización de mecanismos de planificación fiscal abusiva o de ingeniería fiscal.

En esta misma línea, el gobierno corporativo analiza los comportamientos defraudatorios basados en la realización de negocios anómalos para dificultar la detección de las conductas defraudatorias, como fórmula de planificación fiscal abusiva.

Por otra parte, la internacionalización de la economía y la globalización han convertido el fraude tributario en un fenómeno que trasciende las fronteras de los Estados y en el ámbito regional mexicano la desaparición de las fronteras interiores de México ha originado importantes bolsas de fraude.

Las operaciones con paraísos fiscales y con territorios de baja tributación constituyen fórmulas de planificación fiscal abusiva a afrontar tanto con medidas normativas, organizativas y procedimentales a adoptar por los Estados afectados como mediante el reforzamiento de los mecanismos de cooperación entre Estados.

Para ello, México debe mantener una posición activa promoviendo mejoras en la coordinación y cooperación en la prevención del fraude en el ámbito mexicano y mundial, con especial atención al papel a desempeñar por los organismos internacionales.

1.9.2. MEDIDAS DEL GOBIERNO CORPORATIVO PARA LA DETECCIÓN DEL FRAUDE FISCAL

La puesta en marcha de las medidas preventivas centradas en el control censal no conseguirá, por sí sola, erradicar el fraude. Para combatirlo, resulta asimismo esencial articular un conjunto de acciones tendentes a su detección en el estado más incipiente posible, de modo que pueda ser atacado antes de que el daño causado a las arcas públicas resulte irreparable. En la detección de este tipo de fraude fiscal el elemento clave es el tratamiento de la información disponible y la vida interna del contribuyente.

En la Agencia Tributaria, se está obteniendo gran cantidad de información de gran utilidad para la prevención del fraude que debe emplearse sistemáticamente para la detección de tramas. Por tanto, el gobierno corporativo se debe poner al servicio de la prevención del fraude y orientar el mismo y los procedimientos de selección, al descubrimiento de tramas de fraude.

Junto a las propuestas efectuadas en el ámbito preventivo y de detección del fraude, el establecimiento de una estrategia nacional de lucha contra las tramas de fraude encuentra

su segundo pilar fundamental en las líneas de actuación tendentes a la represión del fraude cuando este ya se ha cometido.

En cualquier caso, la variedad de configuraciones que pueden presentar las tramas de fraude, las especialidades de los distintos sectores en los que operan, el tipo de contribuyente en el que se manifiesta el fraude, las distintas posibilidades de obtención de pruebas que se dan en cada trama o la mayor o menor viabilidad de “judicializar” los expedientes, constituyen, junto con otras muchas, algunas de las circunstancias que hacen muy difícil, cuando no imposible, ofrecer una fórmula única para alcanzar el éxito en las actuaciones represivas contra dichas tramas.

Por otra parte, resulta especialmente relevante la coordinación con el Poder Judicial y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para lograr la mayor eficacia posible y el análisis de cambios normativos, en línea con los aprobados en otros países, con el objetivo de reducir este tipo de fraude.

Un último elemento determinante para el éxito de las medidas contra las tramas organizadas de fraude fiscal es el conocimiento, comprensión y compromiso de toda la organización con su contenido.

De igual forma, resulta esencial una política adecuada de comunicación externa del tipo de fraude que se pretende combatir y las medidas que para ello se adoptan.

Debe diseñarse una política de comunicación interna específica sobre esta estrategia de lucha contra las tramas, en la que deben decidirse quiénes deben ser los destinatarios de las acciones de comunicación interna, la forma en que se van a realizar, los contenidos de esas acciones, etc. Además, para el personal que tenga una relación más directa con este

trabajo, se realizarán acciones específicas de formación que deben asimismo ser objeto de planificación específica.

Establecimiento de una política de comunicación externa de esta estrategia. Algunas ideas básicas a transmitir serían: es la respuesta a un problema común de todos los Estados del país, constituye un objetivo prioritario de la Agencia Tributaria, se combinan medidas preventivas y represivas, algunos sectores económicos están seriamente amenazados por la competencia desleal que supone este tipo de fraude.

1.9.3. INFORMACIÓN Y ACTUACIONES PREVENTIVAS

La obtención de información y su explotación sistemática es esencial para la prevención del fraude. En consecuencia, hay que poner especial atención a diversas carencias observadas en los sistemas de captación de información para el control en cada ámbito específico estudiado: sector inmobiliario, fraude en la fase recaudatoria del procedimiento de control, etc.

Por otra parte, los servicios de información y asistencia prestados a los contribuyentes por la Agencia Tributaria fomentan el cumplimiento voluntario de las obligaciones y previenen el fraude fiscal.

Sin embargo, estos servicios se han dirigido esencialmente a la información y asistencia a los declarantes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a facilitar la presentación de las declaraciones tributarias mediante la confección y distribución de programas informatizados de ayuda.

Esta importantísima línea de actuación no se ha visto complementada en igual medida con otro tipo de actuaciones preventivas que pueden coadyuvar a incentivar el cumplimiento voluntario y a prevenir los comportamientos defraudatorios.

1.9.4. INFORMACIÓN PARA EL CONTROL DEL FRAUDE FISCAL

La Agencia Tributaria dispone de muy diversas fuentes de información: las declaraciones presentadas por los contribuyentes, la documentación aportada por éstos en el curso de las actuaciones de control, las declaraciones informativas relativas a operaciones con terceros (rendimientos satisfechos sometidos a retención, compras y ventas empresariales, donativos recibidos, etc.), la información suministrada por otras Administraciones en virtud de Convenios de colaboración, los datos captados mediante requerimientos individualizados, etc. Sin embargo, no existe una planificación coordinada de las actuaciones de obtención de información de relevancia tributaria, observándose carencias, inconsistencias y duplicidades, que dificultan el desarrollo de las actuaciones de control, para las cuales contar con información suficiente es imprescindible tanto para la adecuada selección de los contribuyentes a comprobar como para ultimar con éxito las actuaciones iniciadas.

1.9.5. COMUNICACIÓN EXTERNA ESPECÍFICA SOBRE LA PREVENCIÓN DEL FRAUDE FISCAL

El éxito de la prevención del fraude exige acciones específicas de comunicación externa. Establecer cauces de comunicación permanentes con las asociaciones de asesores fiscales y gestores administrativos, así como con los colegios profesionales y las asociaciones de empresarios, para poner en su conocimiento los principales fraudes detectados y sus consecuencias, en particular, en el ámbito de la competencia económica.

Contactos entre la dirección de la Agencia Tributaria y los órganos de gobierno de las principales empresas del país para informarles de las líneas de actuación de la Agencia Tributaria y fomentar el mayor compromiso posible del mundo empresarial con la prevención del fraude.

Fomento de la utilización y exigencia de facturas mediante contactos con las asociaciones de consumidores y usuarios.

Desarrollo de iniciativas específicas para divulgar las actuaciones de prevención del fraude, los principales esquemas de fraude detectados y los resultados obtenidos con las actuaciones de control.

Elaboración de estudios sobre la percepción y causas del fraude fiscal y la imagen de la Agencia Tributaria, en colaboración y coordinación con los órganos de administración de los contribuyentes.

1.9.6. ACUERDOS DE COLABORACION

Los Acuerdos de colaboración permitirán que los empresarios y profesionales o sus asociaciones representativas se comprometan a colaborar con la Administración Tributaria aportando información relevante para la prevención del fraude o a asumir un código ético o de buenas prácticas fiscales; así como un manual de gobierno corporativo. Por tanto, se trata de una fórmula para extender la colaboración social a la prevención del fraude.

La colaboración social también debe producirse en la prevención del fraude más allá del procedimiento de denuncia previsto en la Ley. El fraude implica competencia desleal y tanto las empresas y sus asociaciones como la Administración deben colaborar para su erradicación.

En México la experiencia práctica pone de manifiesto que, en general, hasta ahora las denuncias responden a motivaciones más personales que cívicas y en la mayor parte de los casos su fundamentación es deficiente, por lo que es preciso establecer otros mecanismos de colaboración complementarios respecto de los ya existentes para la erradicación de las prácticas defraudatorias

En el ámbito de la colaboración social en la aplicación de los tributos, en países de nuestro entorno se han establecido Centros constituidos por contribuyentes a los que una entidad o profesional de la asesoría fiscal realiza una gestión integral de su negocio a través de medios de gobierno corporativo. La introducción en nuestro país de tales Centros exige un estudio en profundidad.

El gobierno corporativo estudia mecanismos de colaboración corporativa o asociativa con la Agencia Tributaria para la detección y represión de los comportamientos defraudatorios que afectan a la competencia económica, comprometiéndose junto con el Comité de Auditoría y coadyuvando con la administración de la empresa o del contribuyente a investigar de forma inmediata y prioritaria las prácticas irregulares.

Uno de los objetivos del gobierno corporativo es la creación de un grupo de trabajo para analizar nuevos mecanismos de colaboración social en la prevención del fraude que examine aspectos tales como la posibilidad de comunicar al colaborador la utilización de la información que ha proporcionado, los mecanismos de reconocimiento de la colaboración y los instrumentos que disuadan la utilización malintencionada de los supuestos de colaboración.

El gobierno corporativo es una especie de protocolo interno de atención de la información que se reciba sobre prácticas irregulares con consecuencias defraudatorias que normalice

las actuaciones en el seno de la Agencia Tributaria en todos estos casos para reforzar la colaboración social en la prevención del fraude.

1.10. LA PREVENCIÓN DEL FRAUDE FISCAL

A la Agencia Tributaria le corresponde la aplicación efectiva del sistema tributario estatal y del aduanero. Es, por tanto, un órgano gestor, sin competencias directas en la fijación de la política tributaria o la producción normativa.

La prevención del fraude como tarea de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público debe ser vista sobre la base de la experiencia gestora, y no una reflexión teórica sobre el fraude y sus motivaciones, o sus interrelaciones con la política fiscal y la normativa tributaria.

Por consiguiente, deben aplicarse medidas operativas y procedimentales y mejoras organizativas y de coordinación, puesto que, hay que trabajar en base a la realidad tributaria, la que incide en la Agencia Tributaria, es decir, los incumplimientos y fraudes tributarios y la forma de reacción y medios con los que cuenta la organización para hacerles frente.

En ese sentido es ampliamente aceptado que en el fraude inciden factores de tipo económico, psicológico y sociológico.

Desde el punto de vista del análisis económico, el carácter específico del fraude fiscal deriva de la falta de correspondencia directa entre los servicios recibidos del Estado por cada ciudadano y los tributos que satisface cada uno de ellos. Dicho de otra forma, el defraudador recibe los mismos servicios que el contribuyente cumplidor.

Para un contribuyente incumplidor, no declarar, cuando el temor de ser descubierto es mínimo, supondrá un indudable ahorro fiscal. Frente a ello, la actuación administrativa ha de pretender no sólo la detección y regularización de los incumplimientos, es decir, que en

todos los casos el coste del incumplimiento sea superior al del correcto cumplimiento, sino también persuadir al conjunto de los obligados tributarios de que el incumplimiento no es rentable puesto que el riesgo que se asume con ello no compensa el efecto económico derivado del comportamiento defraudatorio.

Este enfoque pone su énfasis, por tanto, en los aspectos disuasorios de la lucha contra el fraude. Cuanto mayor sea la probabilidad de que los defraudadores sean descubiertos y sancionados menor será el fraude. Lo relevante desde este punto de vista es la percepción subjetiva de los contribuyentes: en la medida en que la actuación represora del fraude incrementa la percepción subjetiva de riesgo, el fraude disminuirá. Por ello interesa no sólo la eficacia de la actuación represora sino su adecuada comunicación.

La propia presentación pública de un Consejo de vigilancia y un Manual de Gobierno corporativo obligatorio, estructurado y creíble produce, frente a la tentación de incumplir las obligaciones fiscales, un efecto disuasorio a tomar en consideración.

Además, la prevención del fraude permitirá optimizar las actuaciones de control, lo que generará un indudable efecto económico directo (la regularización y, en su caso, la sanción de los incumplimientos), un previsible efecto diferido (el incumplidor regularizado acomodará su comportamiento tributario en el futuro al criterio administrativo ante la evidencia de que, de otra forma, será descubierto) y un fuerte efecto inducido (la constatación de que los incumplimientos se descubren y corrigen impulsa al conjunto de la sociedad a cumplir sus obligaciones).

Sin embargo, hay también acuerdo en que es un error basarse exclusivamente en explicaciones económicas simplificadoras. La reacción de los ciudadanos y las empresas ante las actuaciones de la Administración no responde exclusivamente a un cálculo

económico racional de beneficios, costes y riesgos individuales, sino que está filtrada por un conjunto de actitudes, valores y creencias. Hay que considerar, por tanto, los aspectos psicológicos que influyen en la relación entre los ciudadanos y la Administración. La formación de la opinión pública para crear una mayor conciencia fiscal es una tarea que no puede ser ignorada por la Administración Tributaria, que debe definir una estrategia de comunicación tanto interna como externa, así como fomentar los programas de educación cívico-tributaria.

Una cultura que busca la prevención del fraude, dedica atención especial a las actuaciones preventivas que pueden inducir a un mejor cumplimiento fiscal, sin olvidar las medidas operativas de control de los incumplimientos de las obligaciones tributarias.

Por otra parte, la conciencia fiscal y la propensión al cumplimiento voluntario también tienen condicionantes sociopolíticos. La mayoría de los ciudadanos tienen una concepción utilitarista de la fiscalidad, por lo que es imprescindible un consenso mínimo tanto sobre la política fiscal como sobre la política del gasto público.

La percepción del sistema tributario como injusto, la desconfianza en el volumen y calidad de los servicios públicos, y la no asociación por los ciudadanos del nivel de ingresos públicos con el presupuesto de gastos, son factores que dificultan el cumplimiento espontáneo de las obligaciones tributarias.

En consecuencia, la Agencia Tributaria, en la medida de sus posibilidades, debe desarrollar una política de comunicación que traslade a los ciudadanos el carácter necesario de la fiscalidad, la relación entre los ingresos tributarios y los servicios públicos y los principales resultados alcanzados en la gestión pública.

Dentro del proceso de prevención del fraude, la función recaudatoria constituye la culminación de las actuaciones. Aunque puede haber actuaciones de liquidación que no

sólo persigan un objetivo recaudatorio, es evidente que con carácter general la prevención del fraude no resulta plenamente eficaz si el proceso de regularización no culmina con el ingreso de la deuda descubierta.

Por tanto uno de los objetivos del gobierno corporativo en el área de recaudación es conseguir completar el proceso de prevención del fraude iniciado por las áreas administrativas y de vigilancia mediante una adecuada gestión empresarial y el cumplimiento de las obligaciones fiscales requeridas.

Tradicionalmente, la actividad de control de la Hacienda Pública se había venido centrandó casi exclusivamente en la represión del fraude en fase de Inspección o Gestión, siendo la consecuencia de ello, tal y como se viene observando en los últimos años, que se haya producido, un progresivo traslado de fraude a la fase recaudatoria, donde la presencia de la Administración no se hacía notar con tanta intensidad, mediante técnicas que han ido adquiriendo mayor complejidad a medida que la Administración ha empezado a reaccionar frente a ello.

La mayor parte de los contribuyentes incluidos en los principales ámbitos de fraude fiscal presentan también, por sus propias características, perfiles de elevado riesgo recaudatorio. No cabe duda de que en la medida que se vayan realizando las actuaciones previstas por el gobierno corporativo, deberán adoptarse en el área de recaudación las medidas necesarias que permitan realizar una gestión recaudatoria adecuada de las deudas, ya que el cobro efectivo de las liquidaciones supone la culminación del complejo proceso que conlleva la represión del fraude fiscal. En definitiva, se ha de prever con suficiente antelación, para cada uno de los ámbitos de riesgo detectados por los órganos liquidadores sobre los que se pretende incrementar el control, la estrategia recaudatoria a seguir de manera que el resultado final no suponga un mero traslado del fraude a la fase de recaudación.

Por todo ello, algunas de las medidas previstas por el gobierno corporativo en materia de prevención del fraude van encaminadas al reforzamiento de las actuaciones frente a los fraudes específicos del área de recaudación y a la necesaria mejora de los procedimientos, así como a la previsión de estrategias recaudatorias en relación con los diferentes planes de actuación abordados por los órganos liquidadores en ejecución de un Consejo de vigilancia y un Manual de Gobierno Corporativo.

1.10.1. MEDIDAS DE APOYO PARA LA APLICACIÓN DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN LA PREVENCIÓN DEL FRAUDE FISCAL

La implementación del Plan de Prevención del Fraude necesita de una adecuada política de comunicación interna y de una estrategia definida para que todos los integrantes de la Agencia Tributaria lo consideren como propio, contribuyendo a crear una cultura corporativa común en la que los retos de la organización sean los de cada una de sus áreas, dependencias y servicios y de todos sus funcionarios y empleados.

Es preciso, además, adecuar los instrumentos de planificación de la Agencia Tributaria a las nuevas prioridades, de tal forma que los principales objetivos a cumplir en los próximos años estén en consonancia con las líneas esenciales de actuación del gobierno corporativo.

La implementación del gobierno corporativo como parte de las medidas de prevención en el fraude fiscal, exige, además, que la Agencia Tributaria disponga de instrumentos estadísticos que reflejen el comportamiento de los ingresos tributarios, los resultados de las actuaciones de control y, en definitiva, toda aquella información esencial para evaluar la evolución del comportamiento tributario de los contribuyentes y la incidencia de la actuación administrativa.

Directamente relacionado con lo anterior, la Agencia Tributaria debe prestar especial atención a los informes de los órganos de control interno y externo que evalúan y fiscalizan a los contribuyentes y su actividad, para detectar carencias y deficiencias en sus actuaciones e identificar áreas de riesgo y líneas de mejora.

1.11. LA PREVENCIÓN DEL FRAUDE EN EL MUNDO

En los últimos años las Administraciones tributarias de los países más avanzados están adoptando estrategias de reforzamiento de la prevención del fraude. Si durante los años 90 y hasta principios de esta década el énfasis era el servicio al contribuyente, actualmente se aprecia un desplazamiento hacia los aspectos relacionados con el control tributario.

En esta misma línea, la Organización Mundial de Aduanas está dirigiendo sus esfuerzos en los últimos tiempos a los problemas del control tributario y seguridad en la cadena logística internacional, fomentando la elaboración de convenios de colaboración aduanera entre los Estados en ella integrados.

Dentro del área de la Unión Europea los nuevos esfuerzos se dirigen a tratar de cerrar las brechas en los sistemas de control que originó la supresión de los controles fronterizos intracomunitarios y la plena libertad de movimiento de personas, bienes y capitales.

Aparte de las iniciativas comunitarias, muchos de los Estados están tratando de desarrollar nuevos enfoques. Sólo a título de ejemplo, en Bélgica se ha creado un Centro Nacional de Investigación del Fraude y en Alemania una Unidad de Coordinación de la Inspección con la Policía Fiscal.

Fuera del ámbito de la Unión Europea, la OCDE está prestando una atención creciente a los problemas ligados al control tributario; ha creado un área de trabajo a través del Foro

de Administración Tributaria que está dando atención prioritaria al intercambio de experiencias en la lucha contra la evasión y el fraude.

El Servicio de Rentas Internas de Estados Unidos (I.R.S.) ha elaborado un Plan Estratégico 2005-2009 donde se aprecia el cambio hacia un mayor énfasis en el control tributario. Áreas como el abuso de la norma, los esquemas de defraudación con la utilización de paraísos fiscales, y el establecimiento de buenas prácticas corporativas y normas de comportamiento para los profesionales del campo tributario reciben una atención prioritaria.

Otras administraciones del área anglosajona, como Canadá o Australia, están desarrollando también iniciativas en este campo.

La prevención del fraude se enmarca, por tanto, en esta tendencia general y pretende aprovechar las experiencias de otras Administraciones. Se trata de utilizar, con las debidas adaptaciones, las mejores prácticas desarrolladas por las Administraciones más avanzadas.

1.12. CULTURA CORPORATIVA

Toda organización debe contar con una cultura corporativa propia, que puede definirse como el conjunto de valores y formas de actuar que comparten todos sus miembros.

La aprobación del gobierno corporativo y un consejo de vigilancia como eje direccional y la reorientación de las actuaciones de control significa un cambio en la estrategia de la Agencia Tributaria con importantes repercusiones en la planificación, los procedimientos y líneas de actuación de la organización y en los métodos de trabajo de un buen número de funcionarios y empleados públicos.

Por tanto, los nuevos procedimientos y métodos de trabajo deben ser interiorizados por el conjunto de la organización como propios.

Se debe reforzar la cultura corporativa en la que se consideran valores esenciales la integración entre áreas y la coordinación interna y externa, el trabajo en equipo, la utilización de métodos informatizados de trabajo, la adaptación permanente de los procedimientos y de los métodos de trabajo a las nuevas realidades económicas y tecnológicas, el comportamiento ético y la calidad en las actuaciones.

Para ello se desarrollarán actuaciones de comunicación interna y formativas encaminadas al apoyo, a la investigación y prevención del fraude.

Los estudios demoscópicos ponen de manifiesto que los mexicanos tienen una concepción utilitarista de la fiscalidad, es decir, conciben los impuestos como la contraprestación necesaria para recibir los servicios y prestaciones públicas, siendo minoritaria la concepción solidaria según la cual los impuestos son un medio para redistribuir la riqueza.

De igual forma, se observa que existe una idea muy arraigada entre los ciudadanos de que el cumplimiento tributario no es homogéneo entre los diferentes tipos de contribuyentes.

También resulta destacable que mayoritariamente los ciudadanos consideran que si no se defrauda más es por temor a una revisión de Hacienda, aunque son pocos los ciudadanos que consideran que tienen riesgo de ser sometidos a una inspección.

Teniendo en cuenta estas opiniones, se considera necesario consolidar y reforzar la conciencia fiscal de los mexicanos realizando los programas de educación y adoptando medidas de comunicación institucional que favorezcan el cumplimiento voluntario y disuadan las conductas defraudadoras.

La estrategia de comunicación externa seguida por la Administración Tributaria en los últimos años se ha visto condicionada por tres limitaciones: se ha orientado

prioritariamente a los servicios de información y asistencia al contribuyente, se ha materializado casi exclusivamente en folletos publicitarios y apariciones en televisión y prensa y no ha existido un órgano coordinador de las actuaciones.

Se debe implantar un plan estratégico de comunicación con un único órgano coordinador que establezca los objetivos generales a conseguir y defina cada línea de actuación, el modo de desarrollarla y su coste. El objetivo último es transmitir a la opinión pública un recordatorio de continuidad en la prevención del fraude, sin perjuicio de que también se informe de las actividades de información y asistencia al contribuyente.

Mayor información a los ciudadanos sobre el presupuesto y el gasto público, en cuanto que los servicios públicos y prestaciones sociales son para la mayoría la principal justificación de los impuestos e información sobre los efectos de los programas de ingresos y gastos públicos sobre la distribución personal de la renta.

Reforzamiento de la identidad institucional de la Agencia Tributaria mediante la elaboración de un Manual interno que refleje la cultura organizativa de la institución, es decir, cuál es su forma de actuar y cómo se relaciona con los ciudadanos. También se desarrollarán acciones formativas para su conocimiento general por los funcionarios y empleados públicos

2. CAPITULO 2 FRAUDES CORPORATIVOS Y FISCALES

En repetidas ocasiones, se han analizado modelos de control del cumplimiento tributario, se han efectuado planificaciones estratégicas de las actuaciones de control para diversos ejercicios fiscales. Estas estrategias son las que han tratado de contribuir a la prevención del fraude fiscal; sin embargo; Por tanto, aunque han existido diversos documentos de planificación estratégica en materia de control tributario, no se ha podido evadir y prevenir y corregir el Fraude.

El fraude no es, sin embargo, un fenómeno estático. La economía está en permanente evolución y surgen nuevas modalidades de fraude. Además, los defraudadores adaptan su comportamiento en función de los sistemas de control existentes, por lo que, si éstos permanecen invariables, la eficacia de los controles se reduce. En consecuencia, parece necesario revisar en profundidad el modelo de control con el que cuenta la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y sus prioridades en un entorno económico y social que se ha modificado sustancialmente en los últimos años. Por ello, además, la Agencia Tributaria se debe comprometer a ir adaptando el modelo de control a las nuevas modalidades de fraude que se vayan planteando.

La quiebra de la mayor empresa energética del mundo, Enron, fue preámbulo de una de las crisis más agudas y profundas del sistema capitalista global. Y esto no se debe al hecho del tamaño e importancia de la empresa en cuestión; sino a la tendencia de las grandes corporaciones a evidenciar manejos lejanos a las conductas enmarcadas en las reglas legales y éticas del sistema y a incumplir de manera consciente las obligaciones e informes fiscales de la empresa. Se masificó y evidenció el proceso de crisis y caída de grandes

corporaciones en lo que lucía ser una característica sintomática común. Por esto se intenta una aproximación a una explicación de los fraudes corporativos y fiscales.

2.1. EL ESCENARIO MUNDIAL.

Stiglitz sostiene que: *“Hace treinta años, los economistas de izquierda y derecha concordaban en que la mejora en la eficiencia en la asignación de los recursos y el incremento de la oferta de capital estaban en la raíz del desarrollo. Diferían solo en si estos cambios podían alcanzarse mediante planificación dirigida por el estado o a través de los mercados libres. Al final, ninguno funcionó.”*¹⁶

La caída del muro de Berlín y el consiguiente proceso de la sociedad soviética; generaron una euforia triunfalista para un capitalismo; que ahora vislumbra a la sociedad global como campo libre de acción. Este hecho de la virtual desaparición de uno de los contrincantes, deja a la otra potencia en una situación cuyo impulso inicial de establecer un pensamiento único, lo ha llevado a la adopción de nuevos intentos ideológicos para la justificación de una hegemonía cuyas crisis económicas, tributarias y financieras están en conexión con la inestabilidad política que se manifiestan compulsivamente en los países atrasados.

Las revoluciones políticas en el transcurso de los dos últimos siglos han apelado a la violencia extrema para el logro de una supuesta mejor sociedad. Esa fue la predica. Ahora, violencia extrema corre, no sobre el cuerpo físico, la violencia es ahora ejercida por las ortodoxias ideológicas de los organismos multilaterales, tales como el Fondo Monetario Internacional (FMI.), el Banco Mundial (BM) y la Organización Mundial de Comercio (OMC.). Hay posiciones lapidarias que explican esta conducta. El anteriormente citado

¹⁶ Stiglitz, J. (2002). *El malestar en la Globalización*. Madrid, España: Taurus.

Stiglitz, quien además de premio Nobel de Economía fue también economista Jefe del Banco Mundial afirma que: *“la discusión abierta y franca era desanimada: no había lugar para ella. La ideología orientaba la prescripción política y se esperaba que los países siguieran los criterios del FMI sin rechistar (...) Las decisiones eran adoptadas sobre la base de una mezcla de ideología y mala economía, un dogma que en ocasiones parecía además velar por intereses creados.”*¹⁷

Estas afirmaciones de fuentes tan autorizadas, evidencian entonces que no ha habido la anunciada muerte de las ideologías, en todo caso, aconteció la muerte de una ideología y el posible mimetismo de la triunfante. Algunas aseveraciones caracterizan este tipo de discusiones como problemas de matiz. En tal sentido, Fernández Ordóñez, citado por Serrano afirma que: *“el final de las ideologías no significa el fin, sino el principio de las discusiones útiles.”*¹⁸

Las discusiones actuales, como las que se han mantenido sobre los incentivos y los desincentivos que puedan tener los sistemas de paro o sobre las ventajas e inconvenientes de los diferentes sistemas de provisión, facilitan todo este nuevo concepto de hegemonía. Las recetas pueden ser seguidas con velocidad de tiempo real, así como las reacciones de cada uno de los que participan en los procesos de inversión y especulación financiera globales. En este sentido, el capital no requiere el traslado físico de monedas de un sitio a otro. Las operaciones electrónicas facilitan un gigantesco tráfico de dinero. Tal como lo sostiene Passet: *“progresivamente, gracias a la flotación de la moneda y a la desregulación, ese ámbito se ha automatizado, en una burbuja que se impone a los estados. Los intercambios puramente especulativos, divisas contra divisas, representan en*

¹⁷ Stiglitz, J. (2002). *El malestar en la Globalización*. Madrid, España: Taurus.

¹⁸ Fernández, R. (2004). *Capitalismo financiero global y guerra permanente*. Barcelona, España: Virus.

el mundo un billón trescientos mil millones de dólares por día, lo que equivale cincuenta veces los intercambios de mercancías y casi el equivalente del billón quinientos mil millones de dólares a que se eleva el conjunto de reserva de los bancos centrales del mundo (...) Estos capitales se presentan esencialmente bajo la forma de inversiones de carteras volátiles, y por tanto, poco propicios para la financiación de estrategias de desarrollo a largo plazo.”¹⁹

Este tipo de operaciones se realizan sobre bases inmateriales de riqueza, y cuyo fin eminentemente especulativo, solo busca su reproducción inmediata, sin beneficios tangibles para las economías nacionales de los países afectados.

Toda esta dinámica tiene su marco conceptual en el llamado *Consenso de Washington*; el cual fue delineado por representantes del Tesoro norteamericano, el FMI y el BM y miembros políticos de la Casa Blanca, en funciones para el año 1990; época de la eclosión del sistema de servicios sanitarios y educativos; son más interesantes que las viejas discusiones entre los partidarios de diferentes modelos de sociedad. Hoy día las discusiones son más de matiz, y esto las convierte en discusiones muy útiles, pero también más difíciles. Ahora orientarse es más difícil que antes.

Dentro de este planteamiento hay una asunción clara de los beneficios de la discusión y cuya premisa básica es la discusión entre iguales. Sin embargo, los hechos, materializados en las recomendaciones macroeconómicas de los organismos multilaterales, precedentemente citados, que rigen la economía mundial; no son sugerencias, sino recetas condicionadas. En este sentido, advierte Stiglitz que *“quienes valoraban los procesos democráticos comprobaron que la condicionalidad, los requisitos que los prestamistas*

¹⁹ Passet, R. (2000). *Las posibilidades (frustradas) de las tecnologías de lo inmaterial*. Barcelona, España: Debate.

incondicionales imponían a cambio de su cooperación, minaba la soberanía nacional.”²⁰

La actuación de estos organismos se funda en la aplicación de un conjunto de medidas planas que no consideran las características particulares de cada país en cuanto a su historia, economía, cultura, reglas de tributación, entre otras.

Hay una omisión del entorno, que definitivamente afecta los resultados involucrados. Casi quinientos años han transcurrido, pero la vigencia de lo que sostiene Montaigne se aplica a este contexto cuando acotaba con: *“yo preguntaría si puede haber cosa más extraña que ver a un pueblo obligado a seguir leyes que nunca entendió; sujeto en todos sus asuntos domésticos, casamientos, donaciones, testamentos, ventas y compras, a reglas que no sabe, no estando escritas ni publicadas en su lengua y que por necesidad le fuerzan a pagar su interpretación y su uso.*”²¹

Este capitalismo global, según Fariñas: *“se basa, actualmente, en un capital productivo y financiero de ámbito planetario, difuso, flexible, tecnológico, sin nombre y sin ubicación nacional, pero cada vez más fuerte e incontrolado y cada vez más desinstitucionalizado, desregulado social y financieramente y despolitizado.”*

Todo ello favorece, a su vez, la expansión planetaria de las grandes “burocracias privadas” o empresas transnacionales por encima de las “burocracias públicas estatales” especialmente de las más débiles y empobrecidas del planeta. Dichas empresas transnacionales controlan actualmente más de la tercera parte de la producción industrial mundial, su actividad económica y productiva escapa a cualquier tipo de control político o financiero de carácter democrático, son los auténticos agentes del capitalismo global y del pragmatismo económico y, en ocasiones, favorecen o causan directamente verdaderas

²⁰Stiglitz, J. (2002). *El malestar en la Globalización*. Madrid, España: Taurus.

²¹ Montaigne, M. (1984). *Ensayos*. Barcelona, España: Orbis.

agresiones a los derechos humanos de tipo social, de carácter redistributivo o igualitario, así como a los derechos medioambientales y de desarrollo.”²²

Estos burócratas privados controlan las empresas que forman la retícula del poder económico y financiero mundial. Son la clase que se abstrae de los problemas cotidianos y se separa de su contexto natural. En este sentido, Lasch sostiene que: *“las clases privilegiadas (...) se han independizado en un grado alarmante no solo de los servicios industriales que se están desmoronando, sino de los servicios públicos en general.”*²³ De acuerdo con Serrano, *“los principales temas del Consenso establecían como línea maestra para la economía de los países del nuevo mundo global: la disciplina presupuestaria, el cambio de prioridades de la orientación del gasto público (de áreas menos productivas a salud, educación e infraestructura), reforma fiscal encaminada a buscar bases inmobiliarias amplias y tipos marginales moderados, liberalización comercial, liberalización financiera, especialmente en las tasas de interés, búsqueda y mantenimiento de tipos de cambio competitivos, apertura a la entrada de inversiones extranjeras directas, privatizaciones, desregulaciones y garantías a la propiedad privada.”*²⁴

Esta plataforma programática sirvió de base ideológica para fundamentar la acción de los órganos tales como el FMI y el Banco Mundial para sus ajustes macroeconómicos en países tales como Rusia y China en su transición hacia una economía de mercado, la intervención en el este asiático y en países como México y Argentina.

Esta ortodoxia condujo a la crisis asiática, la quiebra económica de Rusia, el efecto “tequila” (la caída de la economía mexicana) y la destrucción del sistema de ahorro de la

²² Fariñas, M (2005). *Las asimetrías de la Globalización y los movimientos de resistencia global*. Edición electrónica: www.convocados.net

²³ Lasch, C. (1996). *La rebelión de las élites*. Barcelona, España: Paídos,

²⁴ Serrano, J. (1999) El consenso de Washington. Paradigma económico del capitalismo triunfante. *Revista cristianismo y justicia*. Barcelona España.

mayoría de los argentinos. Esto lleva a afirmar a Fariñas que “*no estamos viviendo ahora en un nuevo orden económico global, sino en un nuevo ‘desorden económico global’ sustentado en la lógica hobbesiana y darwinista, que convierte a aquel en una autentica estrategia o guerra económica, de todos contra todos, solo sometida a las ‘amorales’ reglas económicas del mercado.*”²⁵. Lo anterior teniendo como principio rector el lucro sin importar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y la pobreza del Estado.

La visualización de una nueva sociedad, libre, económica y culturalmente productiva y preparada para contribuir económicamente al Estado, luce más como una utopía lejana e inaccesible.

Al formarse la gran sociedad anónima moderna y al constituirse la organización requerida por la tecnología y la planificación modernas, con la separación del propietario del capital y el control de la empresa, el empresario ha dejado de existir como persona individual en la empresa industrial madura. Todo el mundo reconoce eso, excepto los manuales de economía.

Fuera de ellos, el empresario como fuerza directora de la empresa queda sustituido por la dirección, la gerencia. Esta es una entidad colectiva imperfectamente determinada. Dentro de este tinglado de relaciones, la máxima a seguir dentro de las grandes corporaciones; consiste en el aumento permanente de la utilidad, la ganancia, el acceso a mejores ubicaciones dentro del cuadro de las empresas más poderosas y la maquinación de fraudes fiscales.

Este tipo de conducta se mueve en un escenario cuyo control está fuera del alcance local de la mayoría de las legislaciones nacionales de los estados nación. Más aún, algunos

²⁵ Fariñas, M (2005). *Las asimetrías de la Globalización y los movimientos de resistencia global* (Internet). Disponible desde: www.convocados.net

ejecutivos de grandes corporaciones, son enviados en comisión de servicios, como jefes de los organismos de seguridad y vigilancia del mercado de valores y flujos de capitales. Por otro lado, las empresas que por su naturaleza dan fe pública de la razonabilidad de los estados financieros, representadas por las grandes firmas de auditoría, no solo prestan servicios profesionales relacionados con la contabilidad, sino que también fungen como asesores fiscales y gerenciales; los cuestionables análisis e informes que han emitido durante años estas calificadoras son una de las principales razones de la debacle económica mundial y de su quiebra personal.

Estas actividades, que representan conflictos de intereses evidentes, desvirtúan el carácter contralor de este tipo de instituciones, relajando la seriedad de sus servicios y haciéndose partícipes de los grandes ingresos por honorarios relacionados con este tipo de actividad.

Es en este sentido en el que Soros sostiene que: *“los valores del mercado han penetrado en áreas de la sociedad que antes estaban regidas por consideraciones ajenas al mercado (las relaciones personales, la política y profesiones como el derecho y la medicina). En segundo lugar, las economías nacionales han sido sustituidas por una economía internacional, pero la comunidad internacional, en la medida que exista, comparte pocos valores sociales.”*²⁶

Dentro de la misma línea, el mencionado autor insiste en que *“se ha desarrollado una sociedad transaccional donde se difuminan los valores morales y las limitaciones sociales tienden a debilitarse en un escenario donde privan los intereses tribales, grupales; mas no los de la comunidad en su acepción amplia. Dentro de esta caracterización, se hace evidente la necesidad de establecer mecanismos de control.”*²⁷ Tras las debacles financieras de algunas de las más importantes empresas corporativas de los Estados

²⁶ Soros, G. (1999). *Los verdaderos pensadores de nuestro tiempo*. Bogotá, Colombia: Planeta Colombiana.

²⁷ Soros, G. (1999). *Los verdaderos pensadores de nuestro tiempo*. Bogotá, Colombia: Planeta Colombiana.

Unidos, se promulgo la denominada *Ley Sarbanes- Oxley Act* (2002); dentro de cuyo articulado se incluye la escisión de los servicios de auditoría y los de asesoría. En este orden de ideas, Rangel refiriéndose a la adquisición por parte de American Express, Co de un gran número de empresas pequeñas de contabilidad, a los fines de participar en el negocio de la asesoría contable, sostiene que *“en el mundo de las altas finanzas subyace una guerra de apropiación de un negocio que no solo implica una ingente cantidad de dinero, sino también reacomodo en el poder financiero de esas empresas que controlan la economía mundial. Lo planteado implica una situación que va mas allá de simples enfoques de contabilidad”*.²⁸ Es igualmente importante acotar que no se puede limitar la visión de la dinámica mundial a una estrecha interpretación maniquea, binaria; no puede ignorarse la complejidad de un proceso donde se debaten ingentes cuotas de dinero, poder, política y en última instancia supremacía ideológica.

En la actualidad, con un capitalismo sin contendores ideológicos y económicos serios, como modelo único de organización económico-social dominante, se presentan grandes fraudes cuyo epítome se reveló con la caída de ENRON, la mayor empresa energética del mundo.

En esa misma situación siguieron WorldCom, Dynegy y Adelfhia. También presentaron problemas de información financiera falsa y/o tendenciosa, empresas reconocidas tales como XEROX, Lucent Technologie y Procter & Gamble; lo cual ha afectado a las firmas auditoras; que como en el caso de la Arthur Andersen, desaparecieron por quiebra y hundidas en demandas y la aprehensión judicial de sus principales ejecutivos. Los manejos y manipulaciones de información financiera y económica, con la finalidad expresa de ocultar pérdidas o reflejar ingresos inexistentes, constituyen hechos delictivos que llevan a

²⁸ Rangel, P. s.f. ¿Crisis del pensamiento contable? *Revista Guarismos*. 51. Barquisimeto, Venezuela.

preguntarse si ¿se trata de una serie de escándalos de fraude fiscal o del comportamiento de rutina de una economía capitalista?. Al igual que los organismos multilaterales, cuya misión primaria de vigilar y garantizar la estabilidad de la economía mundial se ha visto distorsionada y desviada hacia la defensa de los intereses financieros de las grandes corporaciones; la percepción general de la sociedad muestra que los auditores han estado actuando con extrema libertad, dejando de ser garantes de la información financiera para convertirse en defensores de los intereses de los directivos de las empresas que auditan.

Esta sintomatología va contra los discursos éticos y los códigos deontológicos que empresas y profesionales suscriben. Subsisten en estas acciones abismos insondables entre el hacer y el decir. En esta línea de pensamiento, Bendesky; asegura que *“todo ello crea una imagen falsa de la situación del negocio, cuenta con una connivencia de otras partes que lo permiten, infringiendo las normas a las que deben someterse y, finalmente, embaucan a los inversionistas en esquemas especulativos de ganancia que, todos saben, no podrán materializarse. Ese es el fraude.”*²⁹

Para algunos críticos del tema, este tipo de hechos no es fortuito, sino que se enmarcan dentro de un carácter intrínseco de actuación y aparente lógica del sistema. Refiriendo a algunos de estos críticos, Cason destaca que: *“el problema no es unas manzanas podridas, sino el carácter del sistema actual. Las empresas básicamente se han apoderado del gobierno; promueven una ideología de desregulación, argumentando que al desregular el mercado todos de alguna manera se benefician. Los ejecutivos administran sus empresas en beneficio propio, mientras se vacían los fondos de jubilación de los trabajadores,*

²⁹ Bendesky, L. (2005). Fraudes. *Diario La Jornada*. México.

despiden empleados, los ciudadanos son engañados. Lo que se necesita es una separación entre el empresario y el estado, igual que hubo una separación entre iglesia y estado.”³⁰

Las potenciales consecuencias de este tipo de situaciones tienen impacto global dado la característica de red interconectada que tiene la economía en este nuevo marco histórico.

La presencia del capitalismo sin contenedores actuales en el plano de los modelos sociales (económicos, políticos, y culturales) con órganos multilaterales, de actuación ideológicamente ortodoxos en cuanto a la concepción del libre mercado, por una parte, y por la otra la presencia sintomática de fraudes corporativos que tienden a caracterizar a la economía global de nuevo cuño, plantean interrogantes tales como: ¿Existe un nuevo contexto ideológico para el capitalismo global?, ¿Es el fraude fiscal, un elemento característico de este capitalismo global?, ¿Existen elementos teórico- prácticos que permitan abordar la solución de estos eventos fraudulentos, o están enmarcados en un determinismo estructural del sistema vigente?, ¿Existen en la actualidad, alternativas viables que den respuestas y enfrenten al capitalismo global? Interrogantes básicas a cuya respuesta pretendo acceder más adelante.

2.2. COMPORTAMIENTOS CORPORATIVOS

Si se retoma nuevamente la acción de las empresas consideradas como grandes corporaciones, puede observarse que el crecimiento de las participaciones de estas en los mercados de dinero, se basa en campañas publicitarias para la creación de la imagen corporativa.

Esto facilita la adquisición de empresas, mediante la anteriormente citada emisión sin que intervenga dinero en metálico, mediante el dinero financiero, el cual no está bajo la

³⁰ Cason, J. (2002) Infarto a la libre empresa en los EE.UU. *Diario La Jornada*. México.

supervisión de ningún estado, y cuya circulación inunda el mercado, sin el debido sustento material y tributario.

Este comportamiento del sistema económico mundial extraña una preeminencia del capital financiero sobre el capital productivo, lo que ha generado reformas que buscan reducir los costos, automatizar el proceso productivo, desplazar recurso humano para minimizar conflictos y tensiones. Esta nueva estructura empresarial o gobierno corporativo tiende pues a la explotación del mercado financiero, donde los márgenes de utilidad son mayores. La “filosofía” que nutre este gobierno corporativo se fundamenta en el incremento y acumulación incesante del valor de las acciones de la empresa, lo que obviamente le genera mayor ganancia al accionista. Para lograr esto, compran sus propias acciones para evitar la baja en los mercados bursátiles y también para evitar las ofertas públicas de acciones; o lo que es lo mismo, la adquisición, generalmente hostil del control de sus empresas por otras corporaciones rivales. Adicionalmente también utilizan la figura de opciones sobre acciones (*stock options*) las cuales con frecuencia son distribuidas entre los trabajadores de la empresa, y de esta manera, tal como lo argumenta Fernández lo hacen para: *“implicarlos en esta estrategia corporativa. De esta forma, también se ocultan los verdaderos gastos de estas sociedades (pues todo ello no se computa como costos salariales), lo que permite desarrollar distintas fórmulas de “contabilidad creativa” con el fin de crear una imagen irreal de beneficios, que atraiga aún más dinero para la compra en bolsa de los títulos de estas grandes compañías.”*³¹, lo cual se traduce en un fraude al fisco.

La gran crisis del sistema, no se aloja únicamente en el liberalismo extremo, que es el axioma fundamental de los radicales. También la manipulación, el ocultamiento y la

³¹ Fernández, R. (2004). *Capitalismo financiero global y guerra permanente*. Barcelona, España: Virus.

adulteración de las cifras imponen su arbitrio a nivel de empresas. La mencionada contabilidad creativa, definida por Guevara y otro, como: *“una forma de manipulación de la información “real y veraz” o “correcta y adecuada”, para presentar otra diferente de la “original y natural” que mejore o empeore la situación económica y patrimonial de la entidad o que, simplemente, tiene como objetivo mostrar una imagen de estabilidad en el tiempo con respecto a ejercicios precedentes.”*³²

Con base a lo abordado hasta ahora, se puede afirmar que la economía desregulada y la cultura de la no tributación, ha originado una mayor sumisión de los países atrasados a los dictámenes de los organismos multilaterales, y estos responden a los países del centro de dominación, los cuales ejercen el poder hegemónico. Paralelamente y dentro del funcionamiento del sistema, las empresas, cuya ubicación geográfica luce cada día más difusa y virtual, moviéndose en un escenario global, auspiciadas por las nuevas tecnologías de la información, crean operaciones e instrumentos financieros que generan masas ingentes de dinero financiero, sin soporte material. La actividad de estas empresas está dirigida a la acumulación y al mantenimiento de posiciones de primacía. Para ello se valen de cualquier elemento, incluso al extremo de constituirse la falsificación, la manipulación y el fraude en una especie de “cultura corporativa” sintomática.

Como corolario se puede adicionar que existen voces de protesta y de crítica que combaten este nuevo orden o desorden internacional.

El movimiento anti-globalizador y anti neoliberal ha tenido hitos de actuación, con lo cual han demostrado ser parte importante a tomar en cuenta en el devenir del sistema. Tal fue el caso de la protesta contra la conferencia de la Organización Mundial de Comercio en Seattle en 1999, cuya repercusión fue global. Pero también, dentro del propio sistema

³² Guevara, I. (2004.) Los auditores independientes y la compatibilidad creativa: Estudio empírico comparativo. *Revista arbitrada Compendium*. Barquisimeto, Venezuela.

surgen críticas que no buscan un cambio revolucionario, pero que barruntan la necesaria revisión y reforma del sistema para evitar su eclosión final.

En esta dirección se orientan las aseveraciones de Reich, quien al decir de Ramonet: *criticaba con ferocidad la economía de especulación, (de la que, por cierto, procedían Bush y buena parte de los suyos), porque era muy hábil en la compra, fusión y absorción de empresas aprovechando las ventajas de lo que denominaba extramercado, con las que se obtenían grandes beneficios inmediatos (Cheney, vicepresidente de los EE.UU con compra- venta de acciones), pero que no aportaban nada en términos de bienestar general.*”³³

Se vislumbra, pues, un movimiento tendencial a una globalización de las operaciones, en primera instancia económicas del sistema capitalista mundial. También se patentizan las características de un mercado cuyas leyes, según lo sostenido por Ramonet, citado por Roma, *“no son morales, no dicen lo que está y lo que no está mal, el mercado es una maquinaria que funciona con aquellos que pueden participar y excluye al resto.”*³⁴ Pero el proceso globalizador del mercado, según esta misma autora, se involucra en ámbitos que hasta hace poco le eran ajenos: *“la política, el deporte, la universidad, donde se ha introducido las empresas, que son la que pagan para que se investigue en la dirección que le interesa.”*³⁵

La perdida bilateralidad del reparto del poder ha planteado una situación de crisis sistémica, donde el fundamentalismo del mercado se muestra como ideología dogmática,

³³Ramonet, S. (2004). *Teorías del desconcierto*. Barcelona, España: Urano. Año 2004.

³⁴Ramonet, I. (2001). *Pensamiento único vs. Pensamiento único*. Barcelona, España: Le Monde Diplomatique.

³⁵Ramonet, I. (2001). *Pensamiento único vs. Pensamiento único*. Barcelona, España: Le Monde Diplomatique.

pero en sus ejecutorias, hay tratamientos asimétricos de los actores, donde todo pareciera indicar que unos países se especializan en ganar y otros en perder.

El requerimiento de la liberación económica de los países pobres se contraponen a la protección e intervención de los mecanismos reguladores para la salvaguarda de los intereses de los especuladores de oficio.

2.3. LOS FRAUDES FISCALES Y LAS EMPRESAS CORPORATIVAS

La caída financiera de la Enron, la más grande empresa energética de los EE.UU, no impactó únicamente al mundo relacionado con la energía. No solo tenía intereses en este sector industrial, además realizaba operaciones con instrumentos derivados, inversiones en fondos financieros, especulación en bolsa de valores, financiamientos a clientes y manejos en el mercado de bienes de capitales y del segmento inmobiliario. También realizaba actividades poco ortodoxas desde el punto de vista contable, y en la que la más conocida era el traslado de deudas y gastos a empresas periféricas no incluidas en los estados financieros consolidados.

La caída de la Enron significó no solo la debacle de una empresa, sino también constituyó un impacto devastador en toda la economía planetaria, por las interconexiones y los efectos en la confianza y la gestión de las operaciones, así como en las fuentes y razonabilidad de las informaciones presentadas. Este hecho no incluye el impacto social por la pérdida de empleo y planes de seguridad y jubilación para millares de empleados. Pero lo que reviste mayor gravedad desde el punto de vista del funcionamiento del sistema capitalista global es que esta empresa no era un caso aislado de fraude al Estado.

Después vinieron a unirse al círculo de la sospecha y de la duda, empresas cuyo prestigio y solidez nadie, en la víspera, hubiese puesto en duda. Entre otras pueden mencionarse a WorldCom, General Electric, Coca Cola Co., Computer Associates, Global Crossing Ltd,

Western Union, BellSouth, Merck Co., Xerox, IBM, Tyco Internacional Ltd, Vivendi Universal, S.A., AOL Time Warner Inc., Lucent Technologies, Parmalat, Royal Dutch Shell Group, Microsoft, AES Corporation y Halliburton, esta última con fuertes y serios lazos con gobernantes de los EE.UU.

Adicionalmente, y para patentizar aún más la fractura, se investigan y sancionan en algunos casos, bancos, instituciones financieras y empresas calificadoras de riesgo que estructuraron toda la estrategia de ingeniería financiera y contable para la mayoría de las empresas involucradas anteriormente citadas. Entre los grupos bancarios y financieras sobre los cuales se multaron, realizan o realizaron investigaciones, pueden mencionarse el Citigroup, Credit Lyonnais, J.P. Morgan, Merrill Lynch, Demirbank, Salomon Smith Barney, National Irish Bank, Credit Suisse First Boston, Goldman Sachs Group Inc., Riggs Bank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA).

Frente a este panorama, se une también la crisis institucional de las grandes firmas de auditoría, cuya labor primaria está dirigida a expresar una opinión sobre la razonabilidad o no de la información financiera y contable de las empresas auditadas. El hecho de que todas las empresas e instituciones ligadas al mundo financiero y empresarial, mencionadas en el párrafo anterior, recibieran servicios de auditoría evidencia que existían nexos entre estas empresas que trascienden los eminentemente profesionales, y que dichas relaciones mediatizaban los resultados deseables que eran de esperarse de la labor profesional de los contadores públicos, facilitando la entrega de declaraciones tributarias falseadas al fisco. Es importante señalar que el mercado de honorarios de las grandes firmas incluía hasta la crisis de Enron, no solo los servicios de auditoría. En algunos casos y por montos mayores a estos, se prestaban servicios de asesoría gerencial, fiscal, de sistemas de información y otros. Existen intereses sobre un negocio donde se mueven grandes cantidades de dinero.

Algunos críticos cuestionan seriamente la labor de estas empresas y aseguran, que se han convertido en las enfermeras y los cirujanos de la globalización a favor de las transnacionales y las finanzas, que ayudan a toda la estrategia corporativa de evasión fiscal, reducción de costes laborales, etc. Estos gigantes empresariales nunca han detectado ni tan sólo un escándalo contable, a pesar de ser las responsables de las auditorías (obligatoria para todas las empresas que cotizan en bolsa), pues han compaginado también dicha función, al menos hasta ahora, con la consultoría a las mismas empresas.

Es conveniente aclarar que resulta un tanto aventurado asegurar que las grandes firmas de auditoría “nunca han detectado ni tan sólo un escándalo contable”. Es preciso recordar que la labor del auditor no está dirigida a detectar escándalos contables, y si los detecta, escapa del ámbito de sus atribuciones, la divulgación pública del mismo. En todo caso su labor, tal como se sostuvo en párrafos precedentes, se dirige a opinar sobre la razonabilidad de la información financiera y en la medida de sus posibilidades coadyuvar con la administración de la empresa para siempre satisfacer las obligaciones fiscales de la misma. A raíz de la caída de la Enron y sus secuelas perniciosas en el sistema financiero y económico mundial, también se afectó seriamente la estabilidad y credibilidad de las grandes firmas de auditoría. En primera instancia cierra sus operaciones la Arthur Andersen, debido a su condición de auditora de la Enron, asediada por una serie de sanciones, demandas y denuncias que coadyuvaron a imposibilitar sus operaciones.

Han sido sometidas a investigaciones, la PriceWaterhouse Cooper, Ernst and Young y KPMG. Todos estos hechos han generado promulgación de nuevos reglamentos legales y contables, elevación de las multas y un mayor incremento de la vigilancia por parte de los órganos reguladores; la mayoría con el fin de evitar grandes fraudes. Es, sin embargo,

posible que todo este movimiento de nuevas reglas esté atendiendo a las consecuencias y no a las causas primigenias.

2.3.1. COMPORTAMIENTO DE LAS EMPRESAS CORPORATIVAS

Puede inferirse que la mayoría de las empresas señaladas pertenecen a las que pueden ubicarse en lo que se denomina empresas corporativas, esta característica principal está asociada a que son empresas de carácter multinacional, tienen presencia en los mayores centros financieros del mundo y generalmente presentan diversos campos de interés económico. Por ejemplo, General Electric se mueve en diversas líneas de negocio entre las que pueden señalarse las siguientes: financiación especializada, administración de equipos, seguros especializados, servicios de tarjetas y financiación de consumo global, además de los segmentos tradicionales de negocio. Existe una búsqueda activa de nuevos negocios que tienden a complejizar la información financiera manejada por estas. En este sentido, Silverman sostiene que: *“uno de los principales problemas es la pervivencia de unas reglas contables que fueron ideadas para reflejar las cuentas de empresas que fabricaban productos sencillos. Estas normas han quedado trasnochadas ante la creciente complejidad de las operaciones y productos empresariales.*

*La estrepitosa debacle de Enron ha puesto de manifiesto lo difícil que resulta de interpretar correctamente unas prácticas que ya se han acuñado como contabilidad de caja negra”*³⁶ El referido autor hace énfasis en la complejidad de la información y no en la diversidad de negocios, cuyas ramificaciones generalmente no se mueven por los canales regulares y legales.

Normalmente, la mayoría de las operaciones, están fundamentadas en la búsqueda de posicionar lo más alto posible los valores de las acciones. En tal sentido, Fernández señala

³⁶ Silverman, R. (2002). Los balances son cada vez más indescifrables. *The Wall Street Journal*.

que “*el capital financiero siempre está en la búsqueda de una mayor liquidez. Su principal centro de actividad es el mercado de valores de las principales plazas del mundo, como por ejemplo, Wall Street, en el cual se comercializan todo tipo de títulos y valores, en un mercado altamente especulativo. Dentro de los tipos de valores e instrumentos utilizados, además de las acciones, en este tipo de mercado se encuentran los instrumentos derivados, los cuales forman parte de los mercados de futuros y cuya finalidad es protegerse de la incertidumbre.*”³⁷

Sin embargo, este tipo de inversiones, aun cuando pueden generar grandes utilidades, tienen altos riesgos involucrados. La figura básica de este tipo de instrumento es, a título de ejemplo una concertación a un precio y a una fecha de entrega de un determinado tipo de activo (petróleo, productos agrícolas, oro, materia prima) y los contratantes se comprometen a comprar y vender respectivamente a los precios fijados previamente. Existen modalidades diversas que pueden incluir divisas, tasas de interés y tasas de cambio.

La característica principal de estos mercados; consiste en la tendencia a procesos especulativos en donde la información puede estar incompleta o manipulada, lo cual, en el mercado de las acciones puede inflar los valores, creando expectativas sobre bases inciertas. En este sentido, Fernández (2005) indica que: “*Conforme se van destapando los diferentes “escándalos” de “contabilidad creativa”, los valores de las empresas afectadas se precipitan en el vacío. Lo que arrastra a otros títulos tras de sí, en una especie de bola de nieve que parte de Wall Street, el mercado financiero por excelencia, y que afecta a las bolsas de todo el planeta, en especial a las de los países centrales, y muy en concreto a las europeas. Se disuelve, pues, en el aire el capital (ficticio) especulativo*

³⁷ Fernández, R. (2004). *Capitalismo financiero global y guerra permanente*. Barcelona, España: Virus.

de las bolsas, alcanzando la caída bursátil aproximadamente el 50%, como media mundial, en octubre de 2002, respecto de marzo de 2000 Y con los valores de los títulos se desploma igualmente la confianza no sólo en todo el entramado corporativo, sino también en el financiero, pues saltan a la luz igualmente “escándalos” de los (...) bancos.”³⁸

Todos estos hechos han generado cambios y modificaciones en el comportamiento y regulación del capital transnacional, con la intención de poner coto a este tipo de conducta desregulada, y que siempre está inmersa en el comportamiento de las empresas corporativas. Entre las principales medidas dictadas en esta era de fraudes fiscales y corporativos inaugurada por la caída de Enron se tiene la Ley Sarbannes-Oxley, la cual, curiosamente, está dirigida a la regulación de la información financiera, normas de comportamiento y establecimiento de reglas de informes, dirigido a los contadores y auditores y no a los principales administradores y productores de información, en este caso, las empresas corporativas.

2.3.2. EL CASO ENRON

Enron Creditors Recovery Corporation; era una compañía energética estadounidense con base en Houston, Texas.

Enron empleó a 21.000 personas y fue una de las compañías eléctricas, de gas natural, papelera, y de comunicaciones más importantes del mundo, con unos ingresos de 111.000 millones de dólares en el año 2000, llegando a ser la séptima empresa de Estados Unidos, según su supuesta contabilidad. Enron fue nombrada por la revista “Fortune”³⁹ como la

³⁸ Fernández, R. (2004). *Capitalismo financiero global) y guerra permanente*. Barcelona, España: Virus.

³⁹ 100 Best Companies to Work for in America list in 2000. *Fortune*.Abril.

compañía más innovadora de América durante 6 años consecutivos desde 1996 hasta 2001.

El caso Enron se hizo famoso a finales del año 2001, cuando se reveló que su condición financiera estaba sustentada por una contabilidad creativa fraudulenta, sistemática e institucionalizada desde hace años, es decir, utilizaban avanzadas técnicas de ingeniería financiera para modificar su realidad contable. Desde entonces se ha convertido en un símbolo de la corrupción y del fraude fiscal y corporativo.

El escándalo causó la disolución de la empresa consultora y auditora **Arthur Andersen**, la cual era muy prestigiosa en su momento.

Como se descubrió después, muchos de los activos y beneficios de Enron fueron inflados, o enteramente fraudulentos o inexistentes, anotando deudas y pérdidas en entidades situadas en paraísos fiscales que no estaban incluidas en el sistema financiero de la compañía, además del uso de otras transacciones financieras, complejas y sofisticadas, entre Enron y las mencionadas compañías creadas para encubrir los datos contables deficitarios.

2.3.2.1. EL ESCANDALO

La reputación mundial de Enron se vio degradada por los persistentes rumores de sobornos y presiones políticas para asegurar los contratos en América Central, Suramérica, África y Filipinas.

Después de una serie de escándalos envueltos en contabilidad irregular y procedimientos fraudulentos en la década de los 90, los cuales involucraban a **Enron** y la auditora **Arthur**

Andersen, se declaró la mayor bancarrota de la historia en Noviembre del año 2001. El intento de rescate por parte de un “Caballero Blanco” (Dynergy) fue en vano, lo que llevó finalmente a la bancarrota en diciembre de 2001.

Cuando el escándalo fue revelado en 2001, las acciones de Enron cayeron desde alrededor de 90 dólares a 0,30 centavos de dólar. Enron era considerada una compañía fiable, cumplida en sus obligaciones fiscales y de resguardo para los inversores. Esto fue un desastre sin precedentes en el mundo financiero.

Como consecuencia de esto Arthur Andersen se disolvió, dejando solo cuatro grandes firmas auditoras, lo que causó grandes dificultades a las importantes corporaciones que requieren usar más de una auditora para servicios de auditoría y consultoría.

En 9 de Junio de 2002, el departamento de Justicia de los Estados Unidos, anunció que iba a abrir una investigación al caso Enron.

2.3.2.2. LA TRAMA

Enron creó entidades en paraísos fiscales, con el fin ocultar información y evadir impuestos, incrementando los beneficios. Esto le proporcionó una plena libertad para el movimiento de divisas y capitales, así como un completo anonimato, de manera que pudo ocultar las pérdidas que la compañía estaba teniendo.

Esto hizo que Enron pareciera más atractiva y creó una peligrosa espiral donde cada departamento tenía que ocultar y mejorar cada vez más sus resultados financieros, de manera que se creara un beneficio ilusorio global de millones de dólares, cuando en realidad la compañía estaba perdiendo dinero. Esta práctica elevó las cotizaciones a

nuevos niveles, hasta el punto que los ejecutivos empezaron a utilizar información privada y comerciar con acciones de Enron valoradas en millones de dólares. Los ejecutivos y otros trabajadores que disponían de información privada sabían la existencia de las cuentas deficitarias en paraísos fiscales, mientras que los inversores no estaban al tanto y por supuesto la autoridad hacendaria tampoco.

En agosto de 2000 el precio de la acción era de 90 dólares, su valor más alto. En ese momento los ejecutivos de Enron que poseían la información empezaron a vender sus carteras. Al mismo tiempo se estimulaba a la opinión pública y los accionistas de Enron a comprar acciones, ya que se decía a los inversores que el valor iba a continuar subiendo posiblemente hasta un valor de 130 dólares o 140 dólares por acción.

Al vender los ejecutivos las acciones, el precio empezó a caer. A los inversores se les dijo que continuaran comprando acciones o que mantuvieran sus carteras, ya que el precio de las acciones se iba a recuperar en un futuro cercano. Ante estos problemas Kenneth Lay⁴⁰ llamó a la calma a los inversores, asegurándoles que Enron iba por buen camino.

Para el 15 de Agosto de 2001, la cotización de Enron había caído hasta 42 dólares. Muchos inversores seguían confiando en Lay y creían que Enron se recuperaría. Continuaron comprando o manteniendo las carteras perdiendo dinero cada día. Para Octubre la cotización ya había caído hasta 15 dólares, muchos vieron esto como una gran oportunidad para comprar acciones de Enron, ya que Kenneth Lay lo aconsejaba en los medios de comunicación. Las esperanzas y el exagerado optimismo fueron en vano.

⁴⁰ Hombre de negocios de los Estados Unidos, con doctorado en economía. Fue presidente de la empresa Enron Corporation, que cerró por bancarrota en 2001.

Los operadores europeos de Enron se declararon en bancarrota en noviembre de 2001, y en Estados Unidos solicitaron acogerse a la protección del “Chapter 11”⁴¹ el 2 de diciembre. Entonces, fue la mayor bancarrota de Estados Unidos dejando a 4.000 empleados sin trabajo y al fisco con pérdidas millonarias y en evidencia al no poder supervisar el manejo de la empresa de manera correcta.

Lay ha sido acusado de vender acciones por valor de 70 millones de dólares, que usó para pagar deudas de la compañía. Asimismo su mujer ha sido acusada de vender 500.000 acciones en el mercado, lo que hacían un total de 1,2 millones de dólares, el 28 de noviembre de 2001. El dinero ganado de esta venta no fue para la familia, sino fue destinada a organizaciones caritativas; situación que le otorga el beneficio de la deducción fiscal a la empresa. Los registros muestran que el Sr. Lay ordenó la venta entre las 10:00 y las 10:20 de la mañana. A las 10:30 salió a la luz las noticias de los problemas de Enron, incluidas las pérdidas millonarias y el precio de los valores de las acciones cayó por debajo de 1 dólar.

2.3.3. WORLDCOM

WorldCom fue fundada en 1984, por Bernard Ebbers, cuando la monopolística ATT fue dividida en partes, proporcionando oportunidades de negocio a emprendedores del estilo de Ebbers que en aquel entonces poseía una cadena de moteles en Mississippi. A partir de este modesto origen, el visionario Ebbers fue construyendo la compañía, ensamblando las muchas firmas que fue adquiriendo a lo largo de casi dos décadas. WorldCom empezó a

⁴¹ **Chapter 11** is a chapter of the United States Bankruptcy Code, which permits reorganization under the bankruptcy laws of the United States. Chapter 11 bankruptcy is available to any business, whether organized as a corporation or sole proprietorship, and to individuals, although it is most prominently used by corporate entities.

cotizar en 1988 y el precio de la acción que hasta 1991 se mantenía por debajo de 5 dólares empezó a subir para llegar hasta 80 dólares en 1999. En este momento, Ebbers absorbió el grupo MCI y Bert C. Roberts, que era el primer ejecutivo de MCI pasó a ser Presidente no ejecutivo de WorldCom, mientras Bernie Ebbers se mantenía como primer ejecutivo. Desde el momento de la fusión, el negocio de telefonía de larga distancia, aportado por MCI, empezó a declinar, arrastrando a la baja las acciones de WorldCom, para llegar a 10 dólares a principios de 2002. Durante los primeros años de la burbuja tecnológica, una desconocida compañía telefónica de Missisipi irrumpe con fuerza en el sector. Gracias a una estrategia de compra agresiva y una serie de grandes adquisiciones, su fundador, Bernard Ebbers, se convirtió, en menos de dos años, en uno de los más poderosos empresarios del mundo corporativo y el gran revolucionario del sector de las telecomunicaciones. En 1999, WorldCom llegó a estar valorada en 180.000 millones de dólares. Sin embargo, seis meses después de la quiebra de Enron en diciembre de 2001, emerge un nuevo fenómeno de irregularidades en WorldCom. En marzo de 2002 la SEC (La Comisión de Mercado de Valores de EE UU) presenta cargos contra la compañía por fraude. El Departamento de Justicia y dos comités del Congreso inician investigaciones sobre las maniobras contables por las que WorldCom oculta sus pérdidas. La empresa de Ebbers se declara en bancarrota e inicia la mayor suspensión de pagos de la historia de EE UU. En abril de 2002 Ebbers renuncia como presidente y consejero delegado de WorldCom tres meses antes de revelarse el colapso contable de la empresa. Manifiesta que no sabía nada de lo que hacía su director financiero. Aunque según una investigación interna, se coloca a Ebbers en el centro del escándalo y se comprueba que el ejecutivo estaba al corriente de las descomunales manipulaciones contables. El 9 de mayo la calificadora de riesgo Moody's rebaja la puntuación de la deuda de largo plazo de

WorldCom al grado de “basura”, citando el deterioro en su desempeño operativo, su deuda y las expectativas de un debilitamiento todavía mayor. El 10 de mayo del mismo año Standard & Poor's hace una rebaja similar. WorldCom dice el 21 de mayo de 2002 que suspenderá el pago de dividendos y eliminará sus dos acciones de rastreo, una que refleja sus principales operaciones en internet y negocios de datos y una segunda que refleja sus operaciones de servicios telefónicos residenciales de larga distancia. El 25 de junio despide a su presidente de finanzas tras descubrir un registro contable incorrecto por 4 mil millones de dólares en gastos, que habría llevado a la compañía a reportar una pérdida neta en 2001 y el primer trimestre de 2002. Anuncia además que recortará 17 mil empleos, más de 20 por ciento de su fuerza de trabajo. El 26 de junio el mercado Nasdaq de Nueva York suspende la cotización de las acciones de WorldCom. En julio de 2002 el fraude se destapa, cuando ya no es posible ocultar por más tiempo el agujero de 11.000 millones de dólares de la empresa. Las pérdidas para los accionistas se calculan en torno a los 180.000 millones de dólares. En los siguientes tres años se completa la investigación criminal y el proceso judicial. Durante el primer trimestre del 2005, tras una segunda revisión de su contabilidad, WorldCom revela irregularidades en el registro de cuentas por otros 3.300 millones de dólares. Algunos ingresos proceden de fondos de reserva para inversiones que las compañías normalmente mantienen aparte para cubrir gastos extraordinarios que se presenten en el futuro. El 13 de julio de 2005 se conoce la condena judicial al número uno, Bernard Ebbers, quien estará en prisión hasta cumplir cerca de 90 años.

2.3.3.1. LA MANIOBRA

En el 2000, ante la crisis del sector de telecomunicaciones, intentó mantener su imperio a través de una serie de maniobras fraudulentas. En Worldcom se asentaron contablemente como inversiones de capital algunos gastos corporativos, dilatando en el tiempo el impacto

sobre el cuadro de resultados. Esta maniobra a pesar de no impactar en el flujo de caja de la compañía, hizo que mostrara ganancias en lugar de pérdidas. Es difícil de explicar cómo esta irregularidad no haya sido detectada por el estudio de auditoría: Arthur Andersen y aún más por el Estado. En julio de 2002 estalló el escándalo, cuando se supo que los directivos habían manipulado las cuentas y registrado pérdidas durante tres años, en los que dijeron haber obtenido beneficios. El agujero financiero de 11.000 millones de dólares se había camuflado en la contabilidad como gastos de inversión. La empresa cayó en bancarrota. Las falsificaciones de la contabilidad, según se supo, habrían sido ordenadas por Ebbers a partir de 2000, en coincidencia con una crisis del sector de la telefonía ligada a la explosión de la burbuja especulativa de Internet.

2.3.3.2. EL FRAUDE CONTABLE

A pesar de constantes análisis en los que se hablaba de las dificultades económicas de WorldCom, durante 2001 y el primer trimestre de 2002 la empresa reportó utilidades de 1.400 millones de dólares y 130 millones, respectivamente. Eso fue posible gracias a que el director financiero de la empresa, Scott Sullivan, "*infló*" artificialmente las ganancias antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización, lo cual elevó de manera irregular el flujo de efectivo, reveló una auditoría interna. Sullivan manipuló gastos corporativos como inversiones (prorratables en varios años), de modo tal de hacer ver un valor accionario distorsionado de la realidad, creando unos beneficios mucho mayores que los reales, lo cual literalmente "*infló*" el valor de la empresa y con él la compensación de sus directores. Entre las irregularidades en la contabilidad realizada bajo la responsabilidad de Sullivan se detectaron transferencias entre cuentas internas de 3 mil 60 millones de dólares durante el año 2001 y por 797 millones más en el primer trimestre de 2002. Estos

gastos debieron haber sido registrados en su declaración de ingresos, pero fueron incluidos como gastos de capital, lo que infló sin sustento el flujo de efectivo; Sullivan sostuvo, que el presidente Ebberts lo presionó para manipular las cuentas a fin de mantener alta la cotización en Bolsa de las acciones de la empresa. Durante todo el juicio, los fiscales hablaron de Ebberts como un directivo temible, que ordenó a Sullivan ocultar gastos, inflar los ingresos y los beneficios para camuflar la situación financiera real de la empresa y ello en beneficio propio; puesto que casi toda su fortuna personal estaba ligada a las acciones de la compañía, para engañar a inversionistas y acreedores. Sullivan, por su parte; sostuvo que Ebberts le ordenó reiteradamente "*alcanzar nuestras cifras*", una orden, dijo Sullivan, para falsificar los libros y satisfacer las expectativas de Wall Street. Sullivan, quien se declaró culpable de fraude, admitió haberlo concebido pero dijo que lo hizo siguiendo instrucciones claras de Ebberts; quien hizo caso omiso a las insistentes advertencias de que las correcciones eran ilegales. La fiscalía dijo que el fraude ocurrió desde finales del 2000 hasta comienzos del 2002, alcanzando en ocasiones casi 1.000 millones de dólares por trimestre en costos ocultos e ingresos registrados de manera inapropiada.

WorldCom indicó entonces que las irregularidades contables consistieron en gastos mal registrados como inversiones de capital, que inflaron artificialmente los beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones. Así, los resultados de 2001 y del primer trimestre de 2002 deberían haber sido pérdidas netas: 6.300 millones de dólares el año pasado y 1.400 millones en el primer trimestre de 2002. El escándalo compromete nuevamente al despacho de contadores Arthur Andersen quien auditó los resultados financieros de WorldCom en 2001 y revisó los libros de la empresa el primer trimestre de 2002, y avaló las cuentas de WorldCom durante el año pasado y el primer trimestre de

2002 y pasó por alto una maniobra contable que disfrazó gastos operativos como inversiones de capital y fueron reportados finalmente como utilidades, cuando en realidad eran pérdidas por 3 mil 800 millones de dólares.

2.3.3.3. LA MAYOR QUIEBRA DE LA HISTORIA Y LA REESTRUCTURACIÓN

WorldCom se declaró en bancarrota el 21 de julio de 2002, tras revelar que había manipulado las cuentas y que había tenido pérdidas durante tres años, en los que había declarado beneficios. La deuda ascendía a 41.000 millones de dólares. La acusación pública sostuvo que aquella conspiración fue motivada por la presión que los bancos ejercían sobre Ebbers, a quien habían prestado 400 millones de dólares con garantía de sus acciones de la empresa. “*La mayor quiebra de la historia estadounidense*” titularon los periódicos. Ello no fue una simple expresión. El ocultamiento de una realidad económica y financiera durante un tiempo prolongado, de la segunda empresa más importante en telecomunicaciones de los Estados Unidos y el primer operador mundial de servicios de Internet, significó una caída estruendosa. En momentos en que se colocó al abrigo del capítulo 11 de la ley federal de concursos, empleaba 85 mil asalariados y contaba con 20 millones de abonados en 65 países. En su declaración, el acusado aseguró no haber visto ni conocer muchos de los documentos presentados por la fiscalía en su contra, aunque éstos habrían pasado por su despacho. Los documentos mostraban la caída de los beneficios durante el período que duró el fraude, y desmentían los buenos resultados anunciados públicamente por los directivos. Una vez conocidos las maniobras contables, la empresa cayó en bancarrota. La quiebra de las empresas abrió también el tema de las remuneraciones astronómicas de los ejecutivos. Desde los años de Reagan, el abismo entre los ingresos de los asalariados y el de los de los dirigentes de empresas que reciben salario

no hizo más que progresar de manera vertiginosa. Según *Business Week*⁴², “en 1980 un director general medio ganaba 42 veces más que el obrero. En 1990 ganaba 85 veces más. Y en el 2000 ganaba ya 531 veces más.” Si salimos de las fronteras de Estados Unidos, encontraremos situaciones similares. Además del perjuicio sufrido por los particulares y la afectación de la credibilidad pública de las empresas norteamericanas, debemos sumarle la enorme pérdida por el derrumbe de una empresa de la importancia de WorldCom. La empresa solicitó la protección por bancarrota en julio de 2002, fue reestructurada y rebautizada MCI, para salir del concordato en abril de 2004. Las maniobras contables para ocultar pérdidas desmoronaron al gigante de las telecomunicaciones, al cual ahoga una deuda espectacular, por lo cual ha debido tomar la decisión de reducir su planta laboral en 17 mil personas, es decir, más de 20 por ciento de sus empleados. Se han logrado un acuerdo con sus acreedores que le permitirá salir de la bancarrota. La empresa que pasará a llamarse MCI, ha presentado un plan al Tribunal de Bancarrotas de Estados Unidos que prevé reducir deuda de 30.000 millones de dólares a 4.500 millones de dólares y disminuir drásticamente sus gastos para poder competir de forma directa contra sus principales rivales, liderados por AT&T. En cuanto al futuro de WorldCom, se aseguró que se proponía vender parte de las 70 firmas adquiridas por Ebbers en su alocada carrera de crecimiento y que se desprendería de negocios no rentables en Iberoamérica y Asia. En mayo de 2005, la nueva ejecutiva de la compañía decidió vender sus activos de red de telefonía al gigante Verizon.

2.3.4. KAMIN VS. AMERICAN EXPRESS COMPANY

⁴² Michael R. Hillmann, Philippe Dongier, Robert P. Murgallis, Mary Khosh, Elizabeth K. Allen y Ray Eve. (2002). Cuando el fracaso no es una opción. *Business Week*.

En *Kamin vs American Express Company*⁴³; dos accionistas minoritarios de American Express, buscaron la declaración judicial sobre el pago de unos dividendos especiales, resulto ser una malversación de los activos societarios, así como el pago de daños.

2.3.4.1. LA TRAMA

En 1972, American Express adquirió poco menos de dos millones de acciones de *Donaldson, Lufken and Jenrette, Inc.* en adelante “DLJ” a un precio aproximado de treinta millones de dólares.

En 1975, el Consejo de Administración de American Express, -pese a las objeciones de los que demandaron- decretó el pago de un dividendo especial con el propósito de distribuir las acciones de DLJ entre sus accionistas.

Los actores reclamaron que de haberse vendido las acciones en lugar de haber sido distribuidas como dividendo especial, American Express hubiera sufrido una pérdida de veinticinco millones de dólares, la cual hubiera derivado en un ahorro fiscal de ocho millones de dólares para la compañía. Los demandantes sostuvieron que el Consejo de Administración perdió negligentemente la oportunidad de brindarle a la compañía un ahorro sustancial, en detrimento de sus utilidades y, en última instancia, del valor de la acción de American Express.

A decir de los actores, al pagar el dividendo especial y distribuir las acciones de DLJ, los miembros del Consejo de Administración de American Express violaron el deber fiduciario de cuidado, es decir, el deber de cuidar y preservar los activos de la compañía de la misma manera en la que un hombre de prudencia media cuidaría sus propios activos.

⁴³ Klein, Ramseyer. (2003). *Business associations, Nueva York, Foundation Press*, 316-319.

Sin embargo para la corte de Nueva York, siguiendo el precedente de *Liebman vs. Auto Strop Co.*, los tribunales no deben interferir en cuestiones relativas al criterio de negocios del Consejo de Administración a menos que se trate de: fraude, ilegalidad, colusión, mala fe o propósito deshonesto. Para la corte de Nueva York, los demandantes están obligados a demostrar algo más que imprudencia o juicio equivocado por parte de los miembros del Consejo de Administración.

En suma, el tribunal absolvió a los miembros del Consejo de Administración de American Express, puesto que los actores no acreditaron que hubieran actuado sin el cuidado debido. Antes bien, las probanzas ofrecidas por ambas partes acreditaron que dichos directivos actuaron con diligencia y oportunidad, habiendo analizado los potenciales beneficios y los riesgos que encerraba la alternativa de vender las acciones de DLJ en vez de distribuir las en concepto de pago de un dividendo especial.

2.3.5. BREHM VS. EISNER

Brehm vs Eisner, un asunto planteado ante la Suprema Corte del Estado de Delaware, el actor buscaba la declaración judicial de que tanto el antiguo como el nuevo Consejo de Administración de *The Walt Disney Company*, en adelante Disney, rompieron sus deberes fiduciarios de cuidado al aprobar el contrato de empleo de Michael Ovitz como presidente de la compañía y aprobar en forma posterior su terminación anticipada, respectivamente.

2.3.5.1. LA TRAMA

En 1995 Disney contrató a Ovitz como su presidente. Ovitz quien era íntimo amigo de Michael Eisner (director general de Disney), era reconocido como un importante representante de actores de Hollywood. El contrato de empleo fue negociado por Eisner y

aprobado por el antiguo Consejo de Administración de Disney que estaba en funciones hasta 1996; el contrato tenía una vigencia de cinco años, un salario base de un millón de dólares anuales, un bono discrecional y dos paquetes de opciones para la adquisición de cinco millones de acciones de Disney.

Así mismo, el contrato preveía la posibilidad de su terminación mediante tres vías distintas: por el transcurso de los cinco años, en cuyo caso Disney debía pagar a Ovitz diez millones de dólares; por terminación anticipada en caso de renuncia o causas imputables a Ovitz, en cuyo caso Disney no estaría obligada a pagarle cantidad alguna; y finalmente por terminación anticipada sin culpa de Ovitz, en cuyo caso Disney se obligaría a pagarle una pena convencional de diez millones de dólares más siete punto cinco millones de dólares por cada año remanente de la vigencia inicial del contrato y el otorgamiento inmediato de la opción de adquirir tres millones de acciones de la compañía.

Apenas comenzó la gestión de Ovitz, los problemas empezaron. La situación empeoró hasta el grado de que un año después de su contratación, Ovitz solicitó la terminación anticipada de su contrato sobre la base de su ausencia de culpa. En diciembre de 1996, Ovitz y Eisner culminaron la negociación del acuerdo, el cual fue aprobado por el nuevo Consejo de Administración. Conforme al acuerdo, Disney se obligó a pagar a Ovitz cerca de ciento cuarenta millones de dólares, de los cuales treinta y nueve le serían pagados en efectivo y ciento uno en opciones para la compra de acciones de Disney.

De acuerdo al actor, el antiguo Consejo de Administración violó el deber de cuidado al que estaba sujeto al aprobar por unanimidad el contrato de empleo de Ovitz, puesto que no valoró adecuadamente que, dado el precario estado de salud de Eisner, éste requería de un adecuado “segundo de a bordo”. Además de acuerdo al demandante, el antiguo Consejo no

tomo en cuenta la importancia de la adecuada selección del presidente de la compañía, dada la presunta incapacidad de Eisner para trabajar en equipo.

Sin embargo, para la Corte de Delaware, el antiguo Consejo de Administración actuó de buena fe, confiando en la opinión de un experto calificado, el antiguo Consejo de Administración se condujo con el cuidado suficiente al contratar a un experto calificado y escuchar su opinión antes de contratar a Ovitz. Por lo que hace al nuevo Consejo de Administración, el actor planteó que dicho órgano incurrió en malversación de los recursos corporativos al aprobar la terminación anticipada del contrato de Ovitz sobre la base de la ausencia de culpa de su parte, siendo que tenía los elementos suficientes para la terminación anticipada por causa imputables a él.

En sentido contrario, la Corte de Delaware consideró que aún y cuando el nuevo Consejo de Administración hubiera tenido elementos suficientes para rescindir el contrato de Ovitz, dicha decisión podría haber acarreado a Disney un costoso litigio así como la distracción de horas-hombre de los directivos y de recursos corporativos, con la consiguiente mala publicidad para la compañía y la pérdida de costos de oportunidad.

2.3.6. EL CASO BERNARD MADOFF

Bernard Lawrence "Bernie" Madoff nace el 29 de abril de 1938, fue el presidente de una firma de inversión que lleva su nombre y que él fundó en 1960. Ésta fue una de las más importantes en Wall Street. En diciembre de 2008 Madoff fue detenido por la FBI y acusado de fraude. El juez federal Louis L. Stanton ha congelado los activos de Madoff. El presunto fraude puede alcanzar los 50.000 millones de dólares, lo que lo convertiría en el

mayor fraude llevado a cabo por una sola persona y con pérdidas millonarias para el Estado.

Madoff nació en 1938 y está casado con Ruth Madoff. Ha sido miembro activo de la National Association of Securities Dealers (NASD), organización autoregulada en la industria de activos financieros norteamericanos. Su empresa estuvo entre las cinco que impulsaron el desarrollo del NASDAQ, y él mismo trabajó como coordinador jefe del mercado de valores.

El grupo incluía dos áreas separadas: Bernard Madoff Investment Securities LLC, con las funciones de corredor de bolsa (broker) y creador de mercado en acciones norteamericanas (market maker), donde trabajaba la mayoría del personal. Y el área de Investment Advisory, foco de todo el fraude. En esta última Bernard Madoff realizaba las inversiones para hedge funds como Fairfield Sentry, Kingate u Optimal (grupo banco Santander).

A pesar del éxito histórico en los resultados de los fondos manejados por su empresa, desde 1992 la gestión en su fondo recibió algunas críticas aisladas. Se descubrió posteriormente cómo los auditores de Madoff formaban un pequeño despacho sin prácticamente personal y alteraban los informes y declaraciones que presentaban.

En 1999 un gestor de inversiones experto en el mercado de derivados presentó una carta a la SEC americana en Boston denunciando y describiendo exactamente lo que al final pasó 9 años más tarde. Este denunciante, una especie de "garganta profunda", se ha conocido ahora que su nombre es Harry Markopolos.

El 11 de diciembre de 2008 la Comisión de Valores e Intercambio de los EE.UU (U.S. Securities and Exchange Commission, SEC) acusó a Madoff y BMIS por fraude

financiero por perpetrar una masiva conspiración Ponzi a sus clientes -un tipo de pirámide financiera en la que prometió muy alto rendimiento a los primeros inversores, que son pagados con el dinero de los que se unen el régimen más tarde-. BMIS alegó recientemente, en enero de 2008, que tenía más de 17 billones de dólares en activos bajo su administración, a favor de docenas de clientes (incluyendo varios fideicomisos familiares, instituciones y fondos de cobertura).

De acuerdo con las acusaciones de la SEC y los reportes financieros de Madoff, por años Madoff y BMIS pagaron “rendimientos” sobre los fondos enviados a Madoff y BMIS por nuevos inversores, pero no lo hacían sobre los rendimientos actuales de las inversiones de sus clientes. Por el momento, el síndico nombrado por la Corte esta escudriñando los registros de BMIS para determinar que (si alguno) activos quedan para satisfacer a los inversores.

La Gran Estafa consistió en tomar capitales a cambio de grandes ganancias que al principio fueron efectivas, pero que años mas tarde se evidencio en un desfondo histórico que hoy se convierte en una de las más fuertes estafas.

Madoff, con fama de filántropo, no sólo ha engañado al Estado, entidades bancarias y a grupos inversores. También son víctimas de su estafa fundaciones y organizaciones caritativas muchas de ellas judías.

El 23 de diciembre la policía encontró muerto en su oficina de Nueva York, con indicios de suicidio, a Thierry Magon De la Villehuchet, de 65 años y cofundador de Acces International, uno de los principales comercializadores de fondos que gestionaba Madoff y cuyo dinero se habría perdido completamente.

Los afectados se agruparon en tres categorías: 1) bancos y aseguradoras; 2) banca privada y fondos; y 3) fundaciones y personas naturales. En una cuarta categoría se incluyen otros afectados sobre los cuales no se pudo determinar la cuantía de lo perdido.

En España resultaron afectadas, entre otras, las familias Abelló, Almodóvar, Koplowitz, Lladró, Suñer y Serratosa-Caturla.

Grupos inversores usados por Madoff

- Access International Advisors LLC (a través del American Selection Fund)
- Ascot Partners
- Banque Bénédict Hentsch
- Banco Santander (a través del Optimal Fund)
- BBVA
- BNP Paribas
- NPB Neue Privat Bank (Zurich)
- Bramdean Alternatives
- Fairfield Sentry Ltd
- Fairfield, Connecticut
- Julian J. Levitt Foundation
- Kingate Global Fund Ltd
- Robert I. Lappin Charitable Foundation
- M&B Capital Advisers
- Maxam Capital Management
- Nomura Holdings
- North Shore-Long Island Jewish Health System

- Sterling Equities, Inc. led by New York Mets co-owner Fred Wilpon
- Tremont Capital Management
- Union Bancaire Privée
- Judy and Fred Wilpon Family Foundation
- Stephen A. Fine
- Avram y Carol Goldberg
- Robert Jaffe y familia
- Saul Katz, copropietario de los Mets de Nueva York
- Irwin Kellner
- Frank Lautenberg y la organización caritativa que él fundó
- Susan Leavitt de Tampa Bay
- J. Ezra Merkin
- El multimillonario Ira Rennert
- Ira Roth y su familia de Nueva Jersey
- Carl y Ruth Shapiro y su familia
- Richard Spring de Boca Raton
- Vincent Tchenguiz
- Lawrence Velvel
- Gabrielle Hatherialed Investments

“Conmoción mundial por el caso Bernard Madoff, el mayor estafador financiero de la historia

14 DE DICIEMBRE, 2008 -

Tanto como comprar un yate de gran tamaño o adquirir un nuevo jet privado, a los ricos del mundo les prestigiaba que Bernard Madoff les manejara sus inversiones. Muy caro han pagado ese lujo hoy que el broker los timó nada más y nada menos que con 50 mil millones de dólares.

La aristocracia financiera mundial ha quedado destrozada con esa noticia. Sobre todo porque cada día queda más claro que las autoridades de supervisión de Estados Unidos simplemente no actúan con ninguna eficacia. A Madoff se le había denunciado, incluso en los medios, desde 1992, y ese año fue investigado, pero no se le acusó de nada.

Es larga la lista de clientes timados por Bernard Madoff:

Fred Wilpon, propietario de los Metz de Nueva York y director del fondo Sterling Equities. Norman Braman, dueño de las Águilas de Filadelfia. Organizaciones vinculadas a la comunidad judía. El banco japonés Nomura. El BNP Paribas. La Union Bancaire Privee. Brandean Alternatives. Pioneer Alternative Investments. UniCredit. Frontbridge. Maxam Advisor. Tremont Capital. Bank Syz. Lombardier. Ascot Fund. Las familias Loeb y Wilpon. El Club de Campo de Palm Beach. El Banco Santander. La Yeshiva University. Una asociación caritativa de Massachusetts. Pero los mayores afectados pueden ser Fairfield Greenwich y Kingate Management.

Nada más el hedge fund Fairfield Greenwich Group calculó haber perdido 7 mil 500 millones de dólares.

El caso es que finalmente Bernard Madoff, que dirigía el fondo del mismo nombre, fue arrestado el jueves pasado por el FBI y la Policía de Nueva York. Este hombre, de 70 años de edad, que llegó a ser presidente del Nasdaq, fue detenido en su apartamento.

Defraudó mediante el método de las pirámides financieras siguiendo el llamando "esquema Ponzi", por el que se ofrecen inversiones con una rentabilidad muy alta para

atraer a los participantes, y los intereses se van financiando con los fondos de los nuevos inversionistas.

Fue puesto en libertad tras pagar una fianza de 10 millones de dólares, a pesar de que el fraude, que el propio Madoff confesó a sus familiares y empleados, podría ser la mayor estafa no sólo de Wall Street, sino de todo el mundo.

Andrew Calamari, uno de los investigadores de la SEC (Securities Exchange Comission), que es el organismo regulador de los mercados, dijo que "nuestra denuncia se centra en un fraude que parece tener proporciones épicas".

El FBI, según publicó el New York Times, está investigando si Madoff actuó sólo o si los miembros de su familia y los directivos de su fondo también participaron en el fraude, que fue posible por la reputación del broker como ex presidente del Nasdaq y como filántropo.

Ahora en la página de internet de la empresa Bernard L. Madoff Investment Securities, aparece un mensaje sobre fondo negro que informa que el juez Louis Stanton ha nombrado a un bufete de abogados para gestionar los activos de la compañía.

Ya la justicia ha congelado los bienes de Madoff. Pero en las arcas de la empresa quedan tan sólo entre 200 y 300 millones de dólares. Nada.

El daño es irreparable para las personas e instituciones que confiaron en el bróker. La Fundación Robert I. Lappin, que estimula el mantenimiento de la identidad judía entre los jóvenes, se ha visto obligada a cerrar por haber confiado sus recursos a Madoff.

También el Sistema de Salud Judío de North-Shore, Long-Island, que opera 15 hospitales, reveló haber perdido cinco millones de dólares. Y la Fundación Julian J. Levitt perdió otros seis millones.

Las autoridades reguladoras de Estados Unidos no detectaron problemas en torno a Madoff a pesar de que fue investigado en 1992, de que hubo denuncias de sus rivales en 1999 y reportajes periodísticos críticos hacia este broker en 2000. Hace dos años una firma de inversión, Aksia, recomendó a sus clientes que huyeran de Madoff. La revista financiera Barrons puso en duda sus retornos en un reportaje publicado en 2001. Pero nada de esto lo vio la SEC.

El problema mayor es que, con esta estafa, en el mundo financiero se teme por el daño que pueda recibir la industria de los hedge funds. Si no por otra cosa, porque ese fraude representa un ataque demoledor a la confianza de los inversionistas⁴⁴”.

2.3.7. EL CASO DE ALLEN STANFORD

“Allen Stanford seducía a sus inversionistas mayormente de dos maneras: halagando y engañándolos.

Su empresa servía a una clientela acaudalada, contaba con empleados de categoría y se ufanaba de ser "una institución de capital privado que tiene toda la libertad para dedicarse a su mayor prioridad: usted, el cliente", dicen documentos del banco, que prometen "ganancias sin par".

Pero esas ganancias al parecer nunca existieron. Aunque la compañía aseguraba haber logrado réditos de dos dígitos entre 1993 y el 2005, en realidad no alcanzaban el 10% desde 1994, según documentos judiciales.

⁴⁴ James, B., Nicholas V. (2208). Conmoción mundial por el caso Bernard Madoff, el mayor estafador financiero de la historia. *CNN En Expansión*.

Las autoridades allanaron las oficinas en Houston, confiscaron materiales y cerraron la compañía, en medio de acusaciones de que Stanford había prometido a sus clientes réditos fantásticos en base a 8,000 millones de dólares en certificados de depósitos, y de que cometió otros tipos de fraudes financieros.

Stanford fue hallado en Estados Unidos por el FBI. Agentes federales lo encontraron en Virginia y le notificaron de la demanda de la SEC, que lo acusó de vender fraudulentamente certificados de depósitos.

Stanford no está detenido ni bajo custodia.

No fue la primera vez que Stanford había atraído la atención de las autoridades. El acaudalado empresario, quien se codeaba con congresistas y había recibido el título de caballero en la isla de Antigua, había sido objeto de investigación por las autoridades federales durante años, según fuentes allegadas a las pesquisas.

Stanford mintió sobre las raíces y la historia de su compañía - no solamente sobre sus finanzas - a fin de ganarse la confianza de los inversionistas, indican registros públicos. El material promocional de la empresa habla de una trayectoria de 70 años. En realidad, no hay documento alguno que indique que existía antes de 1980. Stanford decía a sus clientes que el dinero era cuidadosamente vigilado por "más de 20 analistas", pero según expedientes judiciales, sólo él y James Davis, un amigo de la juventud, conocían la estrategia de inversiones de la empresa.

Los engaños datan de por lo menos 2004, indican los documentos.

Las promesas falsas de jugosas ganancias permitieron al banco inyectar más dinero en el Stanford Financial Group y pagar "comisiones desproporcionadas" a su subsidiaria Stanford Group Company, revelan los documentos.

Inclusive en el 2008, cuando muchos índices financieros perdieron hasta el 40% de su valor, la empresa reportó pérdidas de apenas 1.3%.

Fue ahí cuando comenzó a salir la verdad, gracias en parte al escándalo de otro fraude financiero, el de Bernard Madoff.

Stanford ya estaba siendo investigado por la Comisión de Valores y Cambios (SEC) antes de que Madoff se entregara a las autoridades en diciembre.

Pero la agencia intensificó su vigilancia luego que saliera a la luz la embarazosa negligencia de la comisión en el caso Madoff, dijeron empleados actuales y pasados de esa agencia gubernamental. Añadieron que la agencia comenzó a agilizar varios procesos que ya estaban en curso para evitar otra vergonzosa revelación.

Según un ex empleado, otros trabajadores le habían admitido que estaban tratando de recomponer la imagen de la agencia, tras la embarazosa revelación de que no hicieron nada contra Madoff a pesar de recibir informes inequívocos y de haber realizado múltiples investigaciones del caso.

El secretario de Justicia Eric Holder declaró que no podía descartar la posibilidad de que ocurra otra vez⁴⁵”.

⁴⁵Juan, A., Ricardo, G. (2009) *El Universal*.

Hasta la fecha, el origen de una buena parte de su fortuna continúa siendo un misterio, llevando a muchos a la conclusión de que acumuló su riqueza debido a su carisma, arrogancia y fanfarria.

La evolución y crecimiento de Stanford se dio durante la debacle petrolera de 1983, cuando los precios de las casas en Houston y demás bienes raíces se desplomaron.

Stanford Financial inició con la adquisición de bienes raíces en las firmas financieras y bancos que necesitaban liquidez.

La compañía adquirió cientos de propiedades de bajo costo y conforme la economía se recuperó durante la siguiente década, Stanford y su padre hicieron una millonaria fortuna.

De este modo se proveyó del capital necesario para el inicio de una firma de administración de inversión, que se levantaría y caería espectacularmente en los siguientes 20 años.

La operatoria de Stanford, era similar al **Fraude de Madoff**: Stanford pagaba fuertes comisiones a intermediarios para captar clientes, ofreciéndoles a los inversores retornos constantes por encima del 10% mensual incluso cuando el mercado se venía abajo, resultados que la demanda califica de “*improbables*” e “*insostenibles*“. El grueso del fraude se cometió mediante la venta de certificados de depósito emitidos por **Stanford International Bank**, su filial bancaria con sede en la caribeña isla de Antigua, un país caribeño conocido no solo por sus playas sino también por ser un Paraíso Fiscal. Los afectados podrían llegar a ser unos 50.000 clientes, según la SEC.

El dinero estaba invertido en **activos ilíquidos** (entre ellos, hedge funds gestionados por Madoff, bienes inmuebles o inversiones de capital riesgo). El 90% de la cartera, según la SEC, está en una especie de “*bolsa de gatos*” que escapa a cualquier supervisión.

En las últimas semanas los inversores empezaron a pedir que les devolvieran su dinero al conocer que la firma estaba siendo investigada. Stanford usó eso como excusa para negar a sus clientes el reembolso del dinero en las últimas semanas. Mientras había empezado a retirar dinero de sus cuentas (hasta 178 millones de dólares en las últimas dos semanas), que ahora han sido congeladas por orden judicial.

Los sucesos anteriores ilustran que no solo hubo intención de dolo por parte de las empresas que en el transcurso de los últimos años se han visto envueltas en fraudes y manejos delictivos en la gestión de sus operaciones.

Es evidente además que existen brazos financieros representados por grandes bancos, que también facilitan y estructuran la anatomía del fraude y el perjuicio a la economía del Estado. La pérdida de sus funciones naturales en la búsqueda de mayores utilidades y/o ganancias especulativas e incumplimiento en las obligaciones contributivas y de información, desdibujan su verdadera función de mediadores de crédito y pueden generar crisis en el sistema, como la que actualmente estamos viviendo.

Puede observarse que existen analogías suficientes en los casos de las grandes empresas corporativas, incluyendo los bancos como sistemas de soporte, que optan, en una lucha por la preeminencia y la obtención de posiciones de liderazgo, por comportamientos en donde la acumulación de rentas y la magnificación de posiciones están por encima de allegarse de una cultura de pago e información al Estado y de normas ética y legalmente aceptadas.

El comportamiento financiero descansa sobre una base ideológica enraizada en el accionar dominante y dominador, con vocación imperial de los centros hegemónicos, utilizando discursos fundamentalistas que garanticen su dominio, disfrazado de libertades económicas y democráticas, pero recurriendo a prácticas, que independientemente de su justeza, garanticen el mantenimiento del poder. Hay tendencia hacia un individualismo extremo, que releva las relaciones comunitarias y genera una individualidad de intereses que facilitan acciones, donde el fraude es una variable permanente.

3. CAPITULO 3 GOBIERNO CORPORATIVO

3.1. DEFINICIÓN

El gobierno corporativo a quien también se le conoce como gobernanza empresarial; es el conjunto de procesos, costumbres, políticas, normas, reglamentos e instituciones por las cuales una sociedad mercantil es dirigida, administrada y controlada. La gobernanza empresarial también incluye las relaciones entre las muchas partes interesadas y los objetivos para los cuales la sociedad se rige. Los principales interesados son los accionistas y el consejo de administración. Otras partes interesadas son empleados, proveedores, clientes, órganos de administración, el Estado, instituciones de crédito, financiamiento y la sociedad en general.

Al hablar de gobierno corporativo, nos encontramos con un tema multifacético; la empresa como medio económico de producción de bienes y servicios, requiere de una administración que canalice responsablemente sus recursos para la realización de su objeto social; el gobierno corporativo debe servir para garantizar la rendición de cuentas de determinadas personas a través de mecanismos que nos conduzcan el objeto total: el beneficio económico. El hilo de los debates se centra en el impacto de un sistema de gobierno corporativo con eficiencia económica; con un fuerte énfasis en la ganancia de los accionistas y con la garantía de evitar cualquier tipo de fraude o falla en la vida interna de la empresa.

Aproximadamente desde el año 2001; se ha producido un renovado interés en las prácticas de vigilancia y gobierno corporativo de las sociedades modernas; especialmente debido al incremento en el derrumbe por fraudes y malas administraciones de un gran número de

empresas de los EE.UU y el resto del mundo., tales como Enron y Worldcom Corporation, así como los casos de Kamin v. American Express Company, Brehm vs Eisner, recientemente Stanford y por último el no menos importante y afamado caso de Bernard Madoff; señalados anteriormente. En 2002; el gobierno federal de los EE.UU., aprobó la Ley Sarbanes-Oxley, con la intención de restablecer la confianza pública en la gobernanza empresarial.

El concepto de gobierno corporativo, es el *“conjunto de principios y normas que regulan el diseño, integración y funcionamiento de los órganos de gobierno de la empresa, como son los tres poderes dentro de una sociedad: los Accionistas, Directorio y Alta Administración”*⁴⁶. Un buen gobierno corporativo provee los incentivos para proteger los intereses de la compañía y los accionistas, monitorea la creación de valor y uso eficiente de los recursos, garantiza el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que la empresa tiene con el Estado.

“El concepto de Gobierno Corporativo se desarrolló como una consecuencia de la necesidad que tenían los accionistas minoritarios de una empresa de conocer el estado que guardaba su inversión. Gobierno Corporativo es el conjunto de principios que norman la actuación de los órganos de gobierno de la empresa, como son el Consejo de Administración y los Comités que lo apoyan. Este conjunto de principios son conocidos como “Mejores Prácticas Corporativas”, y están plasmados en un documento que en

⁴⁶ Jorge, F., Cecilia, G. (2002). Buen Gobierno Corporativo, garantía de calidad en la información de empresas. *Ejecutivos de Finanzas*. No. 9; México

*cada país recibe un nombre diferente, pero cuyo contenido básico es compartido por todos.*⁴⁷

Al respecto, estudiosos del derecho mexicano; manifiestan que: *“es el conjunto de medidas relativas a la estructura de la empresa, que adoptan los socios o accionistas, con la finalidad de procurar que las decisiones del órgano de administración, sean acordes a los intereses de los titulares del capital social, inclusive a los socios minoritarios.*⁴⁸

El concepto apareció hace algunas décadas en los países más desarrollados del oeste de **Europa**, en **Canadá**, los **Estados Unidos** y **Australia**; como consecuencia de la necesidad que tenían los accionistas minoritarios de una empresa de conocer el estado que guardaba su inversión; esto es, querían saber qué se estaba haciendo con su dinero y cuáles eran las expectativas futuras. Esto hizo que los accionistas mayoritarios de un negocio y sus administradores, iniciaran un proceso de apertura de la información, al mismo tiempo de profesionalización y transparencia en el manejo del mismo.

En el caso particular de Australia, surge a través de **ASIC (Australia’s Corporate, Markets and Financial Services Regulator)**. ASIC fue creado por Ley de 1989; cuya vigencia es a partir del 1 de enero de 1991; como la Comisión Australiana de Valores (ASC), que sustituyó al Consejo Nacional de Empresas y Valores (NSCS) y a las Oficinas de Asuntos Corporativos de los Estados y Territorios.

⁴⁷ Informativo de la Asociación Mexicana de Afores, Número 8, agosto de 2003, p.1.

⁴⁸ Vargas, García Salomon, Larrea, Guillermo. (2009) Apuntes de Gobierno Corporativo. *Porrúa*. México.

Se convierte en la Australian Securities and Investments Commission (ASIC), el 1 de julio de 1998 siendo así responsables de la protección de los consumidores en la jubilación, seguros, depósitos y, a partir de 2002, el crédito.

“We contribute to Australia’s economic reputation and wellbeing by ensuring that Australia’s financial markets are fair and transparent, supported by confident and informed investors and consumers.

We are an independent Commonwealth Government body. We are set up under and administer the Australian Securities and Investments Commission Act (ASIC Act), and we carry out most of our work under the Corporations Act.

We regulate Australian companies, financial markets, financial services organisations and professionals who deal and advise in investments, superannuation, insurance, deposit taking and credit.

As the corporate regulator, we are responsible for ensuring that company directors and officers carry out their duties honestly, diligently and in the best interests of their company.

As the markets regulator, we assess how effectively authorised financial markets are complying with their legal obligations to operate fair, orderly and transparent markets. We also advise the Minister about authorising new markets.

As the financial services regulator, we license and monitor financial services businesses to ensure that they operate efficiently, honestly and fairly. These businesses typically deal in superannuation, managed funds, shares and company securities, derivatives, and insurance”⁴⁹.

En el mundo, el mercado de valores, los fondos de pensiones, sociedades mutualistas, compañías de seguros, sociedades de capital de riesgo y otros similares, forman parte importante del sistema financiero y las necesidades de información sobre su inversión han sido definitivas en la incorporación a las empresas de las llamadas **MEJORES PRÁCTICAS CORPORATIVAS**.

En la obra “*Una Cultura de la Junta de Gobierno Corporativo de las Empresas*”, de Gabrielle O'Donovan, se define la gobernanza empresarial como “*un sistema interno que abarca las políticas, procesos y personas, lo que sirve a las necesidades de los accionistas y otras partes interesadas; sistema que debe dirigir y controlar las actividades de gestión de negocio con buena experiencia, objetividad e integridad. Que se haga eco del gobierno corporativo, depende del mercado externo, del compromiso y la legislación, además de una cultura saludable a bordo de salvaguardias de las políticas y los procesos*”.⁵⁰

O'Donovan va a decir que “*la calidad que adquiere una empresa que cuenta con un gobierno corporativo puede influir de manera positiva en el precio de la acción, así como en el costo de la recaudación de capital. La calidad es determinada por los mercados financieros, la legislación y otras fuerzas del mercado externo; también dependerá de*

⁴⁹ *The Australian Securities and Investments Commission Act. (2001)*

⁵⁰ O'Donovan, G. (2005). Corporate Governance International, Banking. *The International Journal of Knowledge, Culture and Change Management*.

*cómo las políticas y los procesos se lleven a cabo. Las fuerzas externas son, en gran medida, fuera del círculo de control de cualquier junta. El ambiente interno es una cuestión diferente, y ofrece a las empresas la oportunidad de diferenciarse de los competidores. Hasta la fecha, mucho del debate de buen gobierno de las empresas se ha centrado en la política legislativa, para impedir actividades fraudulentas y en la política de transparencia que engaña a los ejecutivos al tratar los síntomas y no la causa."*⁵¹

Se trata de un sistema de estructuración, funcionamiento y control de una empresa con miras a lograr a largo plazo los objetivos estratégicos para satisfacer a los accionistas, acreedores, empleados, clientes y proveedores, y sobre todo al Estado, cumpliendo con el ordenamiento jurídico y los requisitos reglamentarios, además de cumplir con el medio ambiente local y las necesidades de la comunidad.

En la India en el Informe del comité **SEBI (Securities and Exchange board of India)** sobre Gobierno Corporativo; gobierno corporativo se define como *“la aceptación por la gestión de los derechos inalienables de los accionistas como los verdaderos propietarios de la empresa y de su propio papel como fideicomisarios en nombre de los accionistas”*⁵².

Se trata de compromiso con los valores, sobre conducta ética en los negocios y de hacer una distinción entre el personal y los fondos corporativos en la gestión de una empresa. La definición se basa en el principio de Gandhi de la administración fiduciaria y los principios rectores de la Constitución de la India. Gobierno Corporativo es considerado sinónimo de ética y deber moral.

3.2. HISTORIA

⁵¹ O'Donovan, G. (2005). Corporate Governance International, Banking. *The International Journal of Knowledge, Culture and Change Management*.

⁵² *Securities and exchange board of India. Act. (1992)*

En el siglo diecinueve, las leyes estatales trataron de mejorar los derechos de las empresas para gobernar sin el consentimiento unánime de los accionistas; a cambio de beneficios legales como la evaluación de derechos, con el fin de lograr un buen gobierno de las empresas más eficientes. Desde ese momento, y porque la mayoría de las grandes empresas que cotizan en bolsa en los EE.UU. se han incorporado bajo la administración corporativa de amistad de “*Delaware*”⁵³, y porque la riqueza de Estados Unidos ha sido cada vez más titularizada en diversas entidades empresariales y las instituciones y los derechos de cada uno de los propietarios y accionistas se han convertido cada vez más derivados y difusos; las preocupaciones de los accionistas sobre la administración y el pago de las pérdidas de existencias, periódicamente ha dado lugar a llamadas mas frecuentes para las reformas de gobierno corporativo en todo el mundo.

En el siglo veinte en el período inmediatamente posterior al “CRACK” de Wall Street de 1929; académicos jurídicos, tales como Augusto Adolf Berle, Edwin Dodd, y Gardiner C.; han reflexionado sobre el papel cambiante de la sociedad moderna en la sociedad. La obra Berle y Medios “*Monografía de la Corporación Moderna y la Propiedad Privada*” (1932, Macmillan) sigue teniendo una profunda influencia en la concepción de la gobernanza empresarial en los debates académicos de hoy.

⁵³ Los profesionales estadounidenses de los negocios y del derecho, por lo general, consideran que Delaware es el estado que cuenta con las leyes más favorables y más avanzadas en relación con las entidades comerciales. Las leyes positivas de Delaware que rigen a las entidades comerciales se revisan y actualizan periódicamente, y los abogados de ese estado participan activamente en la recomendación y mejora de propuestas para que se sancionen nuevas leyes. Delaware también tiene un sólido conjunto de precedentes judiciales relevantes. Este acervo de decisiones judiciales permite a quienes toman decisiones comerciales planificar con mayor grado de certidumbre y predecibilidad. El reconocido sistema judicial de Delaware ha sido un factor importante para que el estado surgiera como la principal puerta de ingreso corporativa a los Estados Unidos.

Ronald Coase; economista graduado de la escuela de Chicago, en su obra "*La Naturaleza de la empresa*" (1937)⁵⁴; introdujo la noción de los costos de transacción en la comprensión de por qué se fundan las empresas y la forma en que se comportan. Cincuenta años más tarde, Eugene Fama y Michael Jensen en su artículo titulado: "*La separación entre propiedad y control*"⁵⁵ publicado en 1983 por el periódico de leyes y economía, proponen un organismo establecido firmemente; donde la empresa es vista como una serie de contratos.

Durante la expansión de EE.UU., después de la Segunda Guerra Mundial y a través de la aparición de las empresas multinacionales, la clase directiva y empresarial logró establecerse como un icono en el desarrollo del capital. En consecuencia, varios de los economistas egresados de la escuela de negocios de Harvard (Harvard Business School), la mayoría de ellos profesores influyentes, publicaron estudios sobre su importancia; entre ellos, Myles Mace con su obra "*Espíritu Empresarial*"⁵⁶, Alfred D. Chandler, publicando "*Historia Empresarial*"⁵⁷, Jay Lorsch con "*Comportamiento organizacional*"⁵⁸ y Elizabeth Macver con su libro titulado "*Realidad de la corporación*"⁵⁹. Según Lorsch y MacIver "*muchas de las grandes empresas dominantes tienen el control sobre los asuntos comerciales sin la suficiente supervisión de la rendición de cuentas o por su consejo de administración*"⁶⁰.

⁵⁴Coase, R. (1937) *La naturaleza de la empresa*. (inédito).

⁵⁵ Jonson, M.(1998). *Foundations of Organizational Strategy, Harvard University Press, and Journal of Law and Economics*. 26

⁵⁶ Mace, M. (1948). *Espíritu Empresarial*. Estados Unidos de Norte América: Prentice Hall.

⁵⁷ Chandler, A. (1962) *Historia Empresarial*. Singapur: Irwin Mc. Graw Hill.

⁵⁸ Lorsch, J. (2003). *Comportamiento organizacional*. Georgia, Atlanta: Sevilla.

⁵⁹ MacIver, E. (1989). *The Reality of Corporate Boards*. Dortmund: UAB.

⁶⁰ Lorsch, J., MacIver, E. (2003). *Back to the Drawing Board: Designing Boards for a Complex World*. Kent, CA: Center for International Business Education and Research.

Desde fines de la década de 1970, la gestión empresarial ha sido objeto de un importante debate en todo el mundo. Sin miedo al resultado, se ampliaron los esfuerzos de reforma de la gobernanza empresarial, se han impulsado, en parte, por las necesidades y los deseos de los accionistas para ejercer sus derechos de propiedad y por otro lado por el deseo de las empresas de aumentar el valor de sus acciones y, por tanto, riqueza. En los últimos tres decenios, las obligaciones de los directores de las empresas se han ampliado, más allá de su tradicional responsabilidad jurídica, contemplando así el deber de lealtad a la sociedad y sus accionistas.

En la primera mitad de la década de 1990, la cuestión de la gobernanza empresarial en los EE.UU., recibió considerable atención debido a la ola de despidos, por ejemplo: IBM, Kodak, Honeywell por sus Consejos Directivos. Los Empleados Públicos de California "Sistema de Retiro (CalPERS) encabezaron una ola de activismo de los accionistas institucionales, algo que no se había visto antes, como una forma de garantizar que las empresas de valor no serían destruidas por las relaciones tan estrechas y acogedoras entre ahora el CEO (Chief Executive Officer) y la junta de los directores. (Por ejemplo, por la emisión incontrolada de las opciones sobre acciones, no con poca frecuencia de fecha de vuelta comúnmente denominadas "*backdating*").

En 1997, la crisis financiera de Asia oriental vio a las economías de Tailandia, Indonesia, Corea del Sur, Malasia y Filipinas como las más afectadas por la salida de capital extranjero después del colapso en la devaluación de las propiedades. La falta de mecanismos de buen gobierno en las empresas de estos países puso de relieve las debilidades de las instituciones en sus economías.

A comienzos de los años 2000, las quiebras masivas de los actos ilícitos y criminales de Enron y Worldcom, así como debacles empresariales no de menor importancia, como Adelphia Comunicaciones, AOL, Arthur Andersen, Global Crossing, Tyco, Kamin v. American express company, Brehm vs Eisner y más recientemente Fannie Mae, Freddie Mac, Stanford y el caso de Bernard Madoff, dieron lugar a un mayor interés de los accionistas y del Estado en la gestión empresarial y el gobierno corporativo. Esto se reflejo en la aprobación de la Ley Sarbanes-Oxley de 2002⁶¹.

3.3. IMPACTO DEL GOBIERNO CORPORATIVO

El efecto positivo de la buena gestión empresarial en los accionistas, es el fortalecimiento de la economía y, por ende, la buena gestión empresarial es una herramienta para el desarrollo socioeconómico.

Pero muchos nos preguntamos cuáles pueden ser las consecuencias de no aplicar un código de Buen gobierno dentro de las empresas. Primero incumplimiento en las obligaciones tributarias y sanciones por parte del Estado; además de que tendríamos en nuestra contra que los inversionistas no perseguirían a estas organizaciones para efectuar sus inversiones, pues de hecho esto generaría desconfianza, adicionalmente no tendríamos expectativas de crecimiento, ya que nos limitaríamos a atender un mercado local, el cual cada vez es mas competido, esto degeneraría en algunos casos en el despido masivo de trabajadores, e incluso el cierre de la compañía.

⁶¹ *Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745. (2002)*

Un apropiado punto de referencia sobre el concepto está contenido en los “Principios de gobierno corporativo” de la OCDE⁶² (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), a saber: gobierno corporativo involucra las relaciones entre la administración de la empresa, sus directivos, sus accionistas y demás agentes económicos que mantengan algún vínculo o interés en la empresa. El gobierno corporativo también provee la estructura a través de la cual se establecen los objetivos de la empresa, los medios para alcanzar estos objetivos, así como la forma de hacer un seguimiento a sus operaciones y a su desempeño en general.

“El gobierno corporativo, representa un delicado balance entre la transparencia, la equidad corporativa y el cumplimiento de responsabilidades al interior de una empresa. Más aún para agregar dosis de complejidad, es consecuencia tanto de factores internos a la empresa, como también de factores normalmente externos a ella. La problemática central para el gobierno corporativo, emerge de la información asimétrica entre quienes administran la empresa (insiders) y todos los demás agentes que mantienen algún interés en la misma (outsiders)”⁶³.

Los mercados de capitales mas desarrollados, como es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, acostumbran presentar como una de sus credenciales el factor de transparencia sustentado en la interacción de los distintos participantes del mercado. Sin

⁶² Castañeda, G. (1998); *La Empresa Mexicana y su gobierno corporativo. Antecedentes y Desafíos para el Siglo XXI*. Cholula, Puebla: Universidad de las Américas- Puebla y Alter Ego.

⁶³ Corporate Governance in Chile. Meeting on Corporate Governance in Developing Countries and Emerging Economies by OECD Development Centre and the European Bank for Reconstruction and Development. 2001. París, Abril de 2001, Agosin, M., Ernesto, P.

embargo, buena parte de esta estructura fue fracturada por los eventos ocurridos alrededor del descalabro de ENRON.

Aunque los detalles del caso se vienen develando día a día, el concepto que mejor explica la causa de esta crisis es, a nuestro juicio; la existencia de graves conflictos de interés en torno a la empresa, involucrando incluso a componentes externos a la empresa, con lo cual el balance necesario para un buen gobierno corporativo se desvanece.

Sin embargo, en una perspectiva más amplia, debemos recordar que en las crisis económicas internacionales más importantes de los últimos años siempre ha habido un notable factor de falta de transparencia, en donde las prácticas de buen gobierno corporativo por parte de las empresas han sido desdeñadas hasta de forma abusiva. No cabe esperar que otra crisis internacional nos vuelva a impactar, o que alguna corporación importante se haga polvo para tomar conciencia de que es esencial promover mejoras en nuestros estándares de buenas prácticas empresariales. En el caso de México, este es un buen momento para poner en la agenda estratégica la promoción del buen gobierno corporativo, salvo por supuesto que recién queramos despertar con el ruido de alguna crisis empresarial y fraudes fiscales al por mayor.

Aunque siendo honestos ya vemos como en nuestro entorno mexicano, existen algunos empresarios y entidades tanto estatales como privadas, que están promulgando la aplicación de un buen código de gobierno y cultura de pago.

¿Pero cuál es el efecto de aplicar las prácticas del buen gobierno corporativo y en qué beneficia a nuestras organizaciones?

- Son importantes como factor de atracción de capital, tanto internacional como nacional.
- Cumplir con las exigencias del sistema tributario.
- Contribuyen a mejorar la economía del Estado.
- Provocan que las normas fiscales sean extraordinariamente prolijas casuísticas, con la pretensión de dar a cada caso concreto la solución más idónea tanto desde el punto de vista tributario como desde la perspectiva económico-social.
- Se crea un sector corporativo competitivo, que es fundamental para cualquier crecimiento sostenido y compartido
- Incentivos para mejorar la reputación de las compañías y propiciar un mejor cumplimiento
- Fortalece las instituciones gubernamentales relacionadas al sistema financiero.
- Divulgar el tema a través de la pequeña y mediana empresa y crear incentivos para que éstas implementen medidas de buen gobierno y obtengan mejores resultados.
- Impulsar cambios en el marco regulatorio al interior de las organizaciones con el fin de mostrar eficiencia y transparencia en sus operaciones.
- Crea confianza en la sociedad y en los inversionistas, ya que al difundir la importancia de las buenas prácticas de gobierno corporativo, se estará generando un buen ambiente en la sociedad.
- Previenen y pueden llegar a evitar los riesgos y fraudes que pudiera enfrentar la empresa.

3.4. EL PAPEL DE INVERSIONISTAS INSTITUCIONALES

“Se denomina inversionistas institucionales a aquellas entidades financieras especializadas en la administración del ahorro de personas naturales y jurídicas para su inversión en valores por cuenta y riesgo de estas. Los inversionistas institucionales actúan como grandes inversionistas ya que administran y concentran recursos de un gran número de pequeños inversionistas.

Al especializarse en la inversión y al administrar volúmenes importantes de recursos, los inversionistas institucionales tienen posibilidad de acceder a diversas y posiblemente mejores alternativas de inversión y de diversificar más eficientemente las carteras de valores, que los inversionistas que actúan individualmente.

La principal característica de los inversionistas institucionales es que las inversiones que realizan son principalmente a mediano y largo plazo”⁶⁴.

A su vez, la Ley del Mercado de Valores define al inversionista institucional como:

“inversionista institucional a las instituciones de seguros y de fianzas, únicamente cuando inviertan sus reservas técnicas; a las sociedades de inversión; a los fondos de pensiones o jubilaciones de personal, complementarios a los que establece la Ley del Seguro Social y de primas de antigüedad, que cumplan con los requisitos señalados en la Ley del Impuesto sobre la Renta, así como a los demás inversionistas institucionales que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público autorice expresamente, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.”⁶⁵

⁶⁴ Cheffins, B. (1997). *Company Law, Theory Structure and Operation*. Londres: Oxford University Press.

⁶⁵ Artículo 122 *Ley del Mercado de Valores*, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de abril de 2001.

Hace muchos años en todo el mundo, los compradores y los vendedores de valores eran inversionistas individuales, y vistos como hombres ricos, de negocios o familias adineradas; que a menudo tenían intereses personales y emocionales en las empresas de cuyas acciones eran dueños. Con el tiempo, los mercados se han diversificado y convertido en grandes instituciones: los compradores y los vendedores son en gran medida otras instituciones o empresas; por ejemplo, los fondos de pensiones, fondos mutuos, fondos de cobertura, el intercambio de fondos de comercio, otros grupos de inversionistas, compañías de seguros, bancos, corredores y otras instituciones financieras.

El aumento de los inversionistas institucionales, ha traído consigo un incremento de la diligencia profesional, que ha tendido a mejorar la regulación del mercado de valores; pero no necesariamente atendiendo al interés de los pequeños inversionistas, o incluso de las instituciones de confianza, de las cuales hay muchas. Se debe tener en cuenta que este proceso se produjo simultáneamente con el crecimiento directo del deseo de los individuos de invertir indirectamente en el mercado; por ejemplo, las personas tienen dos veces más dinero en los fondos mutuos como lo hacen en las cuentas bancarias. Sin embargo, este crecimiento se produjo principalmente por medio de los inversionistas que delegaron el manejo de sus fondos a los «profesionales» para gestionar el crecimiento y buen funcionamiento de los mismos, tal es el caso de los fondos mutuos. De esta manera, la mayoría de las inversiones ahora se describe como "inversión institucional", aunque la gran mayoría de los fondos son para el beneficio de los inversionistas individuales.

Lamentablemente, ha habido un retraso concurrente en la supervisión de las grandes empresas, la mayoría de las cuales, su capital es propiedad de otras instituciones. El Consejo de Administración de las grandes empresas que era elegido por los principales

accionistas; quienes tenían además de un interés personal y emocional en el negocio, una inversión monetaria, pensemos en Ford y el grupo de directivos que muestra un extremo cuidado y esfuerzo en la compañía y sus principales ejecutivos, son ellos los que son contratados por el Presidente, o Funcionario Ejecutivo Principal y Presidente-CEO; y a su vez, son despedidos por ellos mismos.

Credit Suisse; empresa prestataria mundial de servicios financieros, con sede principal en la ciudad de Zúrich, Suiza. Ofrece a un cliente privado, así como a pequeñas y medianas empresas, una asesoría financiera integral de productos bancarios. En los ámbitos de banca de inversión, así como de intermediario financiero, está al servicio de instituciones y empresas globales, organismos gubernamentales y a la clientela privada. El grupo emplea a unas 60.000 personas en el mundo entero. Un estudio⁶⁶ recientemente realizado por esta, encontró que las empresas en las que "las familias fundadoras retienen una participación de más del 10% del capital de la compañía, gozan de un rendimiento superior a los de los accionistas que se encuentran en el mismo ramo y condición". Desde 1996, este rendimiento superior asciende a 8% por año. Olvídense de la celebridad CEO. Una de las mayores ventajas estratégicas que una empresa puede tener, es la línea de sangre. En un último estudio⁶⁷, se han identificado cinco elementos clave que contribuyen a un rendimiento superior y a un riesgo mínimo. No todos van encaminados a dar prioridad a una dirección empresarial familiar. Pero no tenemos que ir muy lejos para explicar la razón por la que ayuda tener a alguien a la cabeza activa detrás de las escenas; alguien que se preocupe por más que un simple sueldo y la perspectiva de un acogedor retiro en juego.

⁶⁶ Credit Suisse. (2008). *Strategic Corporate Assessment - Strategy, SWOT Analysis and 5-year Financial Insights with In-depth Company Profile*.

⁶⁷ Credit Suisse. (2008). *Strategic Corporate Assessment - Strategy, SWOT Analysis and 5-year Financial Insights with In-depth Company Profile*.

Hoy en día, si el propietario de la empresa no está de acuerdo con lo que el Presidente y/o CEO está haciendo; al grado de que se siente en una pelea constante, probablemente el costo será muy alto, pues ellos simplemente estarán vendiendo sus intereses. Actualmente la mayoría del grupo de directivos es elegido por el Presidente y/o CEO, y puede estar conformado principalmente de sus amigos y allegados, tales como funcionarios de la corporación o colegas de negocios. De vez en cuando, pero rara vez, los inversionistas respaldan las resoluciones de los accionistas sobre todo cuando se trata de cuestiones tales como la remuneración ejecutiva y la lucha contra la toma de decisiones.

Por último, la más grande de las piscinas de dinero invertido, por ejemplo, el fondo mutuo "Vanguardia 500", o la mayor empresa de gestión en inversión para las empresas, "State Street Corp"; están diseñados simplemente para invertir en un gran número de diferentes empresas con suficiente liquidez, basados en la estrategia de eliminar en gran medida cada empresa financiera o cualquier tipo de riesgo y, por lo tanto, estos inversores tienen aún menos interés en una empresa con gobierno corporativo.

Debido al marcado aumento en el uso de las transacciones por Internet desde la década de 1990, alrededor del mundo; inversionistas de valores tanto individuales como profesionales, han surgido como un potencial nuevo, con fuerza directa o indirecta en la propiedad de las empresas y en los mercados: algo así como un participante ocasional. Aún cuando la compra individual de acciones en cualquier empresa por inversionistas individuales o independientes ha disminuido, la venta de derivados se ha disparado. Por lo tanto, el interés de la mayoría de los inversionistas esta cada vez menos vinculado a las fortunas de empresas individuales.

Sin embargo, la propiedad de las acciones en los mercados de todo el mundo varía, por ejemplo, la mayoría de las acciones en el mercado japonés está en manos de las empresas financieras y empresas industriales; mientras que los dueños en los EE.UU. o el Reino Unido y Europa son mucho más amplios y variados, a menudo las ostentan grandes inversionistas individuales.

3.5. PARTES DEL GOBIERNO CORPORATIVO

Las partes involucradas en la gobernabilidad empresarial son el órgano regulador de la sociedad en este caso puede ser: el jefe ejecutivo, el consejo de administración, los funcionarios sociales, la gestión y los accionistas. Otros actores que toman parte son los proveedores, empleados, acreedores, clientes y la comunidad en general.

En las empresas, el accionista delega la toma de decisiones en la persona del administrador para que actúe atendiendo a los principales intereses del negocio. Esta separación en el control de la compañía, puede traducirse en el desinterés por parte de los accionistas en decisiones de importancia y dirección de la empresa. En parte como resultado de esta separación ACCIONISTA-DIRECTIVO, surge un sistema de controles denominado gobierno corporativo, que se aplica para ayudar a equilibrar los incentivos de los directivos con los de los accionistas. Con la intención de generar un aumento en la equidad entre los accionistas e inversionistas; aparece la necesidad de revertir dicho distanciamiento; logrando que ambos participen en la toma de decisiones y manejo de la empresa.

Un consejo de administración siempre desempeña un papel clave en la operación empresarial. Es su responsabilidad apoyar la estrategia de la organización, desarrollar la

política de dirección, nombrar, supervisar y remunerar a los altos ejecutivos para garantizar la rendición de cuentas de la organización a sus socios y autoridades; entre otros; sin referirme al objeto del negocio mercantil: el lucro.

Todas las partes que integran el buen gobierno de las empresas, tienen un interés, ya sea de manera directa o indirecta, en el desempeño eficaz de la organización. Directores, trabajadores y equipo de la empresa recibe sueldos y prestaciones, mientras que los accionistas reciben dividendos de su capital invertido. Los clientes reciben bienes y servicios, los proveedores reciben compensación por sus bienes o servicios. A cambio de estos, individuos otorgan y proporcionan valor a la empresa en forma de recursos naturales, humanos, sociales y otras formas de capital.

3.6. PRINCIPIOS DEL GOBIERNO CORPORATIVO

Los elementos clave de un buen gobierno corporativo incluyen principios como la honestidad, la confianza y la integridad; la transparencia, el desarrollo en orientación, la responsabilidad y la rendición de cuentas, el respeto mutuo, y el compromiso de la organización.

Es de vital importancia cómo los directores desarrollan un modelo de gestión que alinee los valores de las empresas participantes, garantice un cumplimiento adecuado de las obligaciones fiscales y, a continuación, evaluar periódicamente este modelo para comprobar su eficacia. En particular, los altos ejecutivos deben comportarse con honestidad y ética, especialmente en relación real o aparente conflicto de intereses, y la publicación en los informes financieros.

Los principios comúnmente aceptados de buen gobierno de las empresas incluyen:

Derechos y trato equitativo de los accionistas: Las organizaciones deben respetar los derechos de los accionistas y ayudarlos para ejercerlos. Ellos pueden ayudar a los accionistas a ejercer sus derechos de manera efectiva, haciéndoles llegar la información de modo sencillo, comprensible y accesible, con el fin de fomentar también la participación de los accionistas en las juntas generales.

Intereses de otras partes interesadas: Las organizaciones deben reconocer que tienen obligaciones para con todos los legítimos interesados.

Responsabilidades del Grupo Directivo: El grupo directivo debe contar con las habilidades y la comprensión necesaria para poder hacer frente a diversas cuestiones de negocios y tienen la capacidad de revisar y examinar cualquier cambio y resultado de su gestión. Tiene que ser de dimensiones suficientes y tener un nivel adecuado de compromiso para cumplir con sus responsabilidades y deberes. Hay cuestiones acerca de la combinación adecuada de los ejecutivos y los directores no ejecutivos. Las principales funciones de director y/o CEO no deben ser celebradas por la misma persona.

Integridad y conducta ética: ética y responsabilidad en la toma de decisiones. No sólo es importante para las relaciones públicas, también es un elemento necesario para conocer los riesgos y evitar conflictos. Las sociedades mercantiles deben desarrollar un código de conducta para sus directivos y ejecutivos que promuevan la ética y responsabilidad en la toma de decisiones basado en el concepto del “*bone pater familias*”. Muchas organizaciones han establecido programas de ética para reducir al mínimo el riesgo de las mismas.

La divulgación y la transparencia: Las organizaciones deben aclarar y hacer conocer públicamente las funciones y responsabilidades del consejo de administración y gestión para proporcionar a los accionistas un buen nivel en la rendición de cuentas. También deben aplicar procedimientos para verificar de manera independiente la información y salvaguardar la integridad de la empresa en la presentación de informes financieros. La divulgación del material de los asuntos relativos a la organización debe ser oportuna y equilibrada para avalar que todos los inversores tengan acceso a la clara información.

Los principios de gobernabilidad empresarial incluyen; entre otros:

- Controles internos e independencia de auditores de la entidad.
- Supervisión y manejo del riesgo
- La supervisión en la preparación de los estados financieros de la entidad.
- La revisión de los acuerdos de compensación, autorizados por el órgano de gobierno.
- El destino y manejo de los recursos que fueron otorgados a la Dirección para lograr el fin del negocio.
- La forma en que los individuos son nombrados para ocupar algún puesto en el consejo de administración y
- La política de dividendos.

Sin embargo y a pesar de muchos intentos, el término de "gobierno corporativo", sigue siendo ambiguo y, a menudo, mal entendido, para todas las empresas mercantiles y especialmente para las financieras y bursátiles; ya que en la mayor parte de los casos, se limitan a cumplir la ley al designar un Consejo de Administración y como institución de “vigilancia” a un Comisario. No contemplan la política de practicar auditorías externas;

limitándose a medio cumplir obligaciones fiscales y las que les señalan otras leyes específicas; soslayando una política sana de control financiero al evitar sistemas de auto vigilancia y prevención como sería la creación de un gobierno de vigilancia. Desde hace algún tiempo se limitan tan sólo a la gestión empresarial. Eso no debe ser así. Es algo mucho más amplio, ya que debe incluir de forma justa, eficiente y transparente la administración y el cumplimiento de objetivos bien definidos. La gobernabilidad de las empresas debe ir mucho más allá de la ley. La cantidad, calidad y frecuencia de la gestión financiera, la publicación de la información, la creación de planes preventivos para evitar los fraudes y daños al patrimonio del Estado, el grado y la medida en que los Directivos ejercen sus responsabilidades de administradores, y el compromiso de ejecutar una organización transparente; estos factores deben estar en constante evolución debido a la interacción de muchos factores y el papel desempeñado por el más progresista, elementos responsables en el sector empresarial. En la India, una estridente evolución de la demanda de un código de buenas prácticas para la empresa, escrito por cada sociedad, está surgiendo.

3.7. MECANISMOS Y CONTROLES DEL GOBIERNO CORPORATIVO

Controles y mecanismos de gobierno corporativo y vigilancia están diseñados para reducir las ineficiencias que se derivan de políticas poco éticas y el riesgo económico y moral. Puede comprobarse que el problema así enfocado permite analizar los problemas de las decisiones económicas y de mercado desde una visión unificada. Habrá una pérdida de eficiencia siempre que los costes y perjuicios ocasionados por una mala decisión, no recaigan sobre el individuo que decide.

Las situaciones de riesgo moral se dan cuando uno de los individuos tiene información asimétrica. Cuando un individuo tiene mayor información que el resto, y los demás no poseen los medios según los cuales pueden verificar la información del mismo, se incurre en riesgo moral; también llamado mal uso de información confidencial.

Por ejemplo, para supervisar el comportamiento de los directores, una tercera parte independiente (el auditor) autentica la exactitud de la información proporcionada por la administración a los inversionistas. Un sistema de control ideal debe regular tanto la motivación y la capacidad.

3.7.1. CONTROLES INTERNOS DEL GOBIERNO CORPORATIVO

Los controles internos del gobierno corporativo deben monitorear y supervisar las actividades de control y, a continuación, tomar medidas correctivas para lograr los objetivos fijados. Algunos ejemplos son:

Seguimiento por parte del grupo directivo: La capacidad de la Junta para supervisar a los ejecutivos de la empresa, es una función de su acceso a la información. Los directores ejecutivos superiores poseen conocimientos de proceso de toma de decisiones y, por tanto, evalúan la gestión de principio sobre la base de la calidad de sus decisiones que conducen a los resultados de ejecución financiera. Podría argumentarse, por lo tanto que los directores ejecutivos deben mirar más allá de los criterios financieros y asegurar las obligaciones que tiene la empresa de tributar.

Equilibrio de poder: El más simple equilibrio de poder es muy común; exigir que el Presidente sea una persona diferente del Tesorero. Esta solicitud de separación de poderes se desarrolla en las empresas donde divisiones independientes checan y balancean las

operaciones de los otros. Un grupo podrá proponer en toda la empresa los cambios administrativos, otro grupo de revisión puede vetar los cambios, y un tercer grupo comprobar que los intereses de las personas (clientes, accionistas, empleados) fuera de los tres grupos se están cumpliendo.

Remuneración: Basada en el rendimiento, está diseñada para otorgar el salario atendiendo al desempeño individual. Los pagos pueden ser en forma de efectivo o prestaciones, tales como acciones y opciones sobre acciones, la jubilación, seguros, bonos u otros beneficios. Tales planes de incentivos, reactivan pero nunca en el sentido de proporcionar un mecanismo para prevenir los errores o comportamientos oportunistas.

3.7.2. CONTROLES EXTERNOS DEL GOBIERNO CORPORATIVO

Los controles externos del gobierno corporativo, comprenden también el control del ejercicio de las actividades que desarrollan los accionistas, dueños, inversionistas, empleados y gente involucrada en la organización. *“Los mecanismos de control externos pueden jugar un importante papel en la alineación de los intereses de los directivos y accionistas, sobre todo cuando los mecanismos internos son inadecuados”*⁶⁸. Estos mecanismos externos, cuyo objetivo es limitar la capacidad de los directivos para mantener comportamientos oportunistas, se derivan del funcionamiento de los distintos mercados competitivos de una economía de mercado. Éstos son:

Mercado de capital humano.- En el cual los directivos son contratados y cuyo “precio” depende del prestigio alcanzado por los mismos; *“El mercado de capital humano o de control empresarial entra en juego cuando los intereses directivos intentan beneficiarse*

⁶⁸ Hoskisson, L., Turk, J. (1990). *Gobierno Corporativo*. Washington: Englewood Cliffs.

de alguna manera de la relación contractual, de manera que la existencia de equipos directivos dispuestos a competir por el control de recursos empresariales gestionados de forma ineficiente, permite expulsar a los directivos que mantengan políticas sub óptimas de inversión e incentiva a éstos a mantener el criterio de optimización en la toma de decisiones”⁶⁹. Se trata de un mercado que protege al accionista, que surge cuando otros mecanismos de control empresarial son lentos o han desaparecido, y que ofrece una supervisión gratuita en su actuación. “Una alta posición de un directivo en una gran empresa hace que éste consiga más poder, prestigio, dinero y satisfacción que esa alta posición en una empresa pequeña, por lo que se espera una competencia entre los directivos para conseguir una buena posición en las grandes empresas”⁷⁰.

Mercado de capitales.- donde se fija el precio de las acciones de las empresas de modo que se descuentan las posibles consecuencias de las actuaciones negligentes de los directivos; el mercado de capitales valora las decisiones de las empresas que cotizan en bolsa y, por tanto, es un instrumento de control de la actuación de los directivos que, a medida que los mercados son más eficientes, se vuelve más eficaz. “El control societario disciplina la actuación de los directivos en beneficio de su valor y sus accionistas”⁷¹. “Unos directivos que no busquen la maximización de los rendimientos para los accionistas verán ese hecho reflejado, lógicamente, en una reducción del precio de las acciones de la empresa; si como consecuencia de ello el valor de mercado de la empresa cae en relación con el valor descontado de los rendimientos de su capital económico,

⁶⁹Jensen, F., Ruback,T. (1986). *Linking entrepreneurship and economic growth*. Washington: Small Bussiness Economics.

⁷⁰ Douma, S. (1991). *A historical examination of small business management* Atlanta: Mc Graw Hill.

⁷¹ Mayer, F. (1996). *Controles del Gobierno Corporativo*. Boston: Prentice Hall.

resultará tentador para terceros ajenos a la empresa comprar acciones, tomar su control y corregir su gestión de forma que se eleve el valor de las acciones”⁷².

Mercado de bienes y servicios.- aunque lento, es un mecanismo que impide la supervivencia de empresas que no ofrecen a sus clientes los productos deseados; *“cuando la empresa actúa en un entorno competitivo, las fuerzas de la competencia en los mercados presionan para que el objetivo de la empresa sea el de maximizar su valor; si algún factor, como el directivo, obtiene una remuneración superior a su aportación, puede hacer que ello afecte a la propia supervivencia de la empresa”⁷³*. En esta línea, para que este mecanismo de control sea eficaz, la estrategia a emprender consiste en aumentar el grado de competencia en los distintos mercados donde actúan las empresas. Un incremento en el grado de competencia tiene dos efectos sobre los incentivos de los directivos empresariales debido a que hace que aumente la probabilidad de liquidación, lo que provoca un efecto positivo sobre la actuación de la dirección, y reduce los beneficios de las empresas, lo que hace menos atractivo para la dirección dedicar grandes esfuerzos.

Sistema legal, político y reglamentario.- Las normas que precisan y ordenan aspectos de la conducta de los directivos. La relevancia del sistema legal, político y reglamentario como elemento explicativo de la configuración y grado de eficacia del sistema financiero de un país, estudiado de forma destacada por autores como La Porta *et al.* (1997, 1998, 2000, 2001) y La Porta, López-de-Silanes y Shleifer (1999); entre otras; muestran cómo las diferencias en la legislación y en la calidad de ejecución de la misma en distintos países configuran el sistema de gobierno de las empresas y, por tanto, su capacidad para obtener

⁷² Holl, P. (1977). *Corporate Government*. Washington: CIPE.

⁷³ Douma, S. (1991). *A historical examination of small business management* Atlanta: Mc Graw Hill.

recursos externos. Es decir, se habla de las normas legales que protegen los derechos económicos, de información, de representación y voto de los propietarios-inversores.

3.8. DIFICULTADES EN EL SISTEMA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

Al interior de todas las empresas, convergen diversos problemas que dan por resultado una falla en las estructuras administrativas. En la mayoría de los casos, el resultado que las empresas presentan es falta de claridad y delimitación del ámbito familiar y empresarial, unas estructuras de administración deficientemente definidas, insuficiencia o inexistencia de reglas de juego que permitan dilucidar como ha de manejarse y comportarse la empresa, y falta de conocimiento y preparación por parte de las personas que deben conducir el rumbo de la compañía, aspectos que sumados hacen ineficiente y poco productiva la compañía.

Es fundamental que las compañías se autorregulen; más aún, frente al inminente desarrollo de la globalización, el incremento en los fraudes fiscales y a inversionistas y la apertura de los mercados, y entender que muchos de los retos que representa su futuro se coligen necesariamente en la forma en que se organiza la empresa, como indicador de confiabilidad y competitividad.

En este aspecto el concepto de Gobierno Corporativo busca regular y fiscalizar todos los “problemas de agencia”. Estos conflictos son generados por la relación que se presenta entre el propietario del capital y la persona o personas encargados de su administración, de forma que al administrar dinero de otros y no el suyo propio, no le vigilan o administran en la forma en que lo realizaría el dueño.

El desacuerdo de intereses entre los dueños del capital y los administradores, pueden generarse situaciones en detrimento de los intereses de los accionistas, el público inversionista y terceros.

Frente a esto el concepto de Gobierno Corporativo y vigilancia; busca controlar la generación de estos conflictos que pueden presentarse de diversas maneras:

Socios o Accionistas VS. Administradores: El principal problema se presenta por la insuficiencia o la falta de mecanismos de control internos que regulen la actuación de los administradores. Esta falta de control permite al directivo un actuar en beneficio propio y en perjuicio de los demás accionistas y del fisco; sin presentar beneficios para la empresa, o que incurra en prebendas excesivas que complementan sus beneficios laborales, generando detrimento para la actividad y sostenimiento de la sociedad.

Accionistas Mayoritarios VS. Accionistas Minoritarios: En este aspecto la mayor dificultad se presenta en la forma en que se toman las decisiones al interior de la empresa, dado que el principio de una acción un voto (principio fundamental del Gobierno Corporativo) implica unos riesgos de expropiación para los accionistas minoritarios.

Grupos de Interés Vs. Empresa. Se consideran grupos de interés los empleados de la compañía, los tenedores de títulos, los órganos de regulación, control y vigilancia, los competidores y los acreedores; estos tienen diversas relaciones con la empresa, relaciones que dependen directamente de la gestión que se le den a los recursos, dado que en ello radica la sostenibilidad en las relaciones económicas que entre estos se presentan, las garantías que pueda brindar la organización al mercado y las garantías en el pago de sus acreencias.

Demanda de información: Una barrera a los accionistas, usando una buena información es el costo del proceso, sobre todo cuando se trata de un pequeño accionista. La tradicional respuesta a este problema es la hipótesis del mercado eficiente, lo que sugiere que el accionista en su camino, esté libre de los juicios y opiniones que emitan los profesionales y grandes inversionistas.

Vigilancia de costos: Con el fin de evitar que la política de los directivos, represente un riesgo para los accionistas; estos deben sumar esfuerzo para corregir y o evitar las fallas cometidas.

Suministro de información contable: Los resultados financieros son el vínculo crucial que permite a los proveedores de finanzas vigilar a los directivos. Imperfecciones y errores en el proceso de presentación de informes financieros pueden ser la causa de un debilitamiento en la eficacia de la gobernabilidad empresarial y de la debacle de la empresa. Esto debería, idealmente, ser corregido por el grupo de trabajo del proceso de auditoría externa.

Es por todo lo anterior que al presentarse problemas en la gobernabilidad de la sociedad se afecta directamente la relación con estos grupos de interés, quienes pueden ver como se disipan paulatinamente las garantías que sus acreedores poseen, y como la sostenibilidad económica de la empresa en la cual tienen interés se derrumba a causa de malos manejos administrativos.

Las sociedades deben realizar un auto análisis, de tal manera que logren conocer sus fortalezas y debilidades; teniendo en cuenta la forma en que son gobernadas y controladas

y prever el cumplimiento efectivo de las obligaciones, responsabilidades, funciones y atribuciones por ellas mismas constituidas o legalmente establecidas.

Todo esto debe propender a una participación más activa y equitativa en la toma de decisiones, al establecimiento de juntas directivas más capacitadas, transparentes y responsables, al ejercicio de un control efectivo al interior de la empresa, al fomento de una cultura que vele por el cumplimiento de las obligaciones para con el Estado y al aseguramiento de los derechos de los inversionistas y los denominados grupos de Interés. De tal forma que se logre evitar en cualquier momento que el interés particular prevalezca sobre el interés de la sociedad.

Aparece frente a esto, como herramienta idónea, la adopción de políticas de vigilancia y buen gobierno corporativo, mediante las cuales se regulen de manera efectiva los problemas de agencia. Estos instrumentos deben generar un marco autorregulatorio que garantice a los accionistas y otros inversionistas confianza en cómo se realiza la gestión empresarial.

Estos incluyen los principios de Gobierno Corporativo, y regulan la responsabilidad empresarial, así como políticas para el manejo del riesgo y la compensación de los administradores.

Paralelamente, se debe gestionar la aplicación efectiva de éstos principios contenidos en los Códigos, para lo cual se recomiendan el Arbitraje y los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, de manera que se asegure el cumplimiento y la eficacia en la aplicación de las reglas de Gobierno Corporativo.

3.9. EL ABOGADO Y EL CONTABLE EN EL GOBIERNO CORPORATIVO

La importancia de comprender que existe un cambio de concepto en las empresas que ha implicado el desarrollo de una nueva cultura en materia de gobierno corporativo, prevención de fraudes y transparencia, que ya no es un monopolio o patrimonio de las empresas cotizadas en bolsa. *“Veremos que cada vez más la legislación mercantil de México, como de otros países, van a ir adoptando figuras de la legislación de las securitys en materia de transparencia, compliance y gobierno corporativo, como sanas prácticas⁷⁴.”*

Esta nueva cultura de negocios generará un cambio positivo implicando mayor certidumbre a toda la comunidad interrelacionada con las empresas en general y no solo las cotizadas en bolsa, así como mayores ingresos para el Estado y facultades para el mismo de supervisión en las empresas; así, tanto accionistas como proveedores, la autoridad hacendaria y empleados podrán conocer la situación real de la empresa. Para ello uno de los pasos a seguir será incorporar conceptos de gobierno corporativo en la Ley General de Sociedades Mercantiles, Código Fiscal de la Federación; otras leyes aplicables y no solamente en la Ley del Mercado de Valores.

Se han implementado reformas muy importantes en la Ley del Mercado de Valores que han desencadenado una revolución corporativa en el caso de México, modificando el esquema de funciones realizadas por el Consejo de Administración y el Director General, e incluyendo en la vigilancia a comités independientes, conceptos que se han tomado del derecho europeo y del derecho americano para implementarlo en las sociedades mexicanas.

⁷⁴ Todd, Felix (2006).El abogado corporativo y el gobierno corporativo. **Reseña Foro Counsel to Counsel.**

Todos estos cambios han elevado el rol del abogado interno, al tener que jugar un papel muy activo en temas de control interno, prevención y persecución de fraudes. *“Los retos del abogado interno es la existencia o no de políticas internas adecuadas. Y obviamente la verificación del cumplimiento de las mismas.”*⁷⁵

Uno de los factores para lograr el cumplimiento de políticas y códigos de buenas prácticas es tanto el compromiso como la capacitación a todo el personal de forma que estas directrices se filtren a toda la organización. Así mismo no solo limitarse a la compañía misma sino a los terceros que se interrelacionan con las operaciones de la empresa, ya sea como canales de distribución y ventas o como proveedores de bienes o servicios.

El tema de gobierno corporativo y vigilancia no es algo nuevo para nuestro país, este se empezó a entender en México desde hace ya varios años, inicialmente con esquemas tales como el Código de Mejores Practicas sumado al Código de Conducta y al Código de Ética, sin embargo, el aspecto cultural es fundamental, mientras que no estemos realmente todos dispuestos a acatar plenamente esas normas y a tener una cultura de pago, va a ser muy complicado, honestamente, que lo podamos cumplir.

En México es ineludible reconocer que muchas veces el entorno social no va de la mano con todos estos cambios en la cultura de negocios que nos esta presentando la tendencia mundial, las compañías se encuentran ante la problemática de un entorno social, económico, político y por ende jurídico, que no va o que no refleja o que no puede soportar estas prácticas corporativas en su conjunto. En ese entorno creo que sí tenemos

⁷⁵ Zozaya, José (2006) El abogado corporativo y el gobierno corporativo. **Reseña Foro Counsel to Counsel.**

que ser conscientes de una responsabilidad empresarial en cuanto a que la ética sea también compartida, corresponsabilidad en la ética de la respuesta de las corporaciones hacia sus propios trabajadores. Y que será necesario realizar reformas en distintas leyes que den unidad a las nuevas tendencias de regulación.

El abogado debe lograr compatibilizar la forma de entendimiento de las políticas, sin alterar la esencia del gobierno corporativo, lo cual implica un gran desafío. Cuando deja una flexibilidad a la interpretación, cae uno en riesgos extremos, que, al final del día no traen nada bueno para la empresa.

3.9.1. COMPRENSIÓN E INVESTIGACION DE LAS FORMAS MÁS COMUNES DE LLEVAR A CABO ACTOS ILÍCITOS.

Es muy importante diferenciar muy claramente entre los dos tipos de fraudes que existen, donde uno es el fraude de empresa, aquel que engaña al mercado, ocultando información o utilizando información privilegiada y que resulta en perjuicio de la credibilidad de la empresa contra sus accionistas y el fraude que comete el empleado contra la empresa. En ambos casos hoy en día el abogado tiene un rol muy importante.

El gobierno corporativo lidia con ambos tipos de fraudes; procurando dar lineamientos que permitan prevenir y vigilar la posible ejecución de actos ilícitos. En el caso del fraude interno es relativamente más fácil de controlar con la implementación de los controles internos mencionados anteriormente, ya que la compañía tiene medios para hacerlo. Es en el caso de los fraudes fiscales donde la intervención de los comités independientes es de suma importancia, ya que en estos fraudes generalmente se ven implicados los directivos

de la empresa, es el fraude a terceros, especialmente a sus accionistas y al Estado, un tipo de fraude más complicado y más difícil de controlar.

Hoy día bajo las nuevas regulaciones a través de comités independientes, quienes integran dichos órganos también tendrán responsabilidad de reportar las averiguaciones de casos fraudulentos; que en caso de no hacerlo incluso pueden repercutirles en cuestiones penales.

Cuando se trata sobre todo de fraude de tipo contable, en cuanto aplicación de los principios de contabilidad; es muy difícil que el abogado tenga los conocimientos especiales y la posibilidad de poder detectar y es aquí donde se sugiere la asesoría de un profesional en contabilidad. Este acto delictuoso repercute en los resultados de la empresa; afectando en muchos de los casos no solo sus aspectos financieros sino sus datos no financieros como son la reputación e imagen de la empresa, el servicio a sus clientes, el trato a su personal, que en el caso de ser empresas que cotizan en bolsa puede llegar a afectar gravemente el valor de sus acciones. De ahí la importancia que las medidas de control interno, no solamente se limiten a las cifras financieras.

Es lógico pensar en las implicaciones de costos que generará el cumplir con todas estas nuevas regulaciones, pero los beneficios serán mayores a largo plazo.

El profesional en derecho en estos últimos años se ha elevado a una posición que lo conduce a definir los esquemas y lineamientos necesarios para obtener en la práctica un gobierno corporativo exitoso, el abogado hoy en día, debe formar parte, desde luego del equipo que compone el gobierno de la empresa, tomando decisiones y estas normalmente deben generarse en forma colegiada.

Hoy día el abogado tiene un desafío muy grande ya que en su función de vigilancia y cumplimiento de las políticas internas con un criterio jurídico; no se debe de ver comprometido dentro del desempeño directivo de la empresa; sino buscar lograr un equilibrio entre practicas y productividad, para lo cual el abogado requiere tener una amplia visión en el campo del Derecho Corporativo.

Por otro lado; la presentación de informes financieros, es elemento esencial necesario para el buen funcionamiento y eficacia del gobierno corporativo o empresarial. Contadores y Auditores; son los principales proveedores de información contable a los participantes en el mercado de capitales. Los directores de la empresa deben esperar del equipo contable y de auditoría, un informe financiero que dé cuenta de los resultados y actuar ético y confiable de la empresa.

La práctica actual permite un cierto grado de elección en el método para determinar las medidas, criterios para el conocimiento, e incluso la definición de contabilidad de la entidad. El ejercicio de esta opción para mejorar el rendimiento aparente (popularmente conocido como la contabilidad creativa) que impone costos adicionales de información a los usuarios. En el extremo, puede implicar la no divulgación de información.

Deben ser olvidados aquellos casos en los que la empresa actúa al mismo tiempo como auditor independiente y asesor de gestión a la empresa que están auditando; se debe elegir a las personas físicas de los despachos que sean totalmente ajenos a la empresa en cuestión; en caso contrario, esto puede dar lugar a un conflicto de intereses que pone la integridad de los informes financieros en duda debido a la presión del cliente para apaciguar a la gestión. El poder de la empresa como cliente para iniciar y terminar los servicios de consultoría de gestión y, más fundamentalmente, para seleccionar y destituir a

las empresas en contradicción con el concepto de un auditor independiente. Algunos cambios fueron promulgados en los Estados Unidos en la forma de la Ley Sarbanes-Oxley; entre ellos, prohibir a las empresas proporcionar, servicios de auditoría y de consultoría de gestión al mismo tiempo. Disposiciones similares están en marcha en virtud de la cláusula 49 del SEBI, Ley promulgada en la India.

Sin embargo, la buena presentación de la información financiera no es una condición suficiente para la eficacia de la gobernabilidad empresarial; si las empresas, no están en condiciones de ejercer una función de vigilancia.

3.10. REGLAS CONTRA PRINCIPIOS.

Para poder profundizar en este punto, es necesario traer a la luz, algunos conceptos básicos del derecho como:

Regla: *“ciertos axiomas o principios que en breves y generales palabras demuestran luego la cosa de que hablan, y tienen fuerza de ley en los casos que no están decididos por alguna ley contraria⁷⁶”*

Principio: *“son los enunciados normativos más generales que, sin haber sido integrados al ordenamiento jurídico en virtud de procedimientos formales, se entienden forman parte de él, porque le sirven de fundamento a otros enunciados normativos particulares o recogen de manera abstracta el contenido de un grupo de ellos⁷⁷”.*

⁷⁶Escriche, J. (1872). *Diccionario de legislación y jurisprudencia*. Madrid.

⁷⁷ Carpintero Francisco (2205). Norma y principio en el "Jus commune", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXVII*, 283-308.

Norma: *“La norma jurídica es una regla u ordenación del comportamiento humano dictado por la autoridad competente del caso, con un criterio de valor y cuyo incumplimiento trae aparejado una sanción. Generalmente, impone deberes y confiere derechos⁷⁸”*.

Código: *“colección de las constituciones de los emperadores romanos, hecha de orden de Justiniano y dividida en doce libros; también se llama código el cuerpo de leyes de cualquier otro Estado⁷⁹”*

Las reglas se piensa, son más sencillas de seguir que los principios, la demarcación de una línea clara entre un comportamiento aceptable e inaceptable. Las normas también deben reducir la discrecionalidad por parte de cada uno de los administradores y auditores.

En la práctica, las normas pueden ser más complejas que los principios. Pueden estar mal redactadas o establecidas, para hacer frente a nuevos tipos de transacciones no cubiertas por el código. Además, incluso si son reglas claras, uno puede todavía encontrar la forma de eludir su propósito subyacente. Esto es más difícil de lograr si uno está obligado por un principio más amplio.

Por otro lado, los principios son una forma de autorregulación. Permiten al sector determinar qué normas son aceptables o inaceptables. También se anticipan sobre las legislaciones celosas que podrían no ser prácticas.

3.10.1. ACCION Y OBLIGACION

⁷⁸ Aftalion, E. (1994). *Introducción del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot

⁷⁹ Aftalion, E. (1994). *Introducción del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Debido a que los Directores están firmemente convencidos de que es su deber participar en un análisis intelectual de forma tal que la empresa debe avanzar en el futuro; la mayor parte del tiempo, el equipo de Directivos, centra su tema de discusión en la imagen de la compañía, en hacer lo necesario para que resulte siempre más atractiva.

A diferencia de las tradicionales juntas; los equipos directivos, no se sienten obstaculizados por las normas y reglamentos de los ordenamientos que tratan de regular a las empresas. Las juntas generales que tienen por objeto cumplir con la norma; el equipo directivo que se ha venido describiendo; ve el cumplimiento de la normatividad como una mera base de referencia para el desarrollo del equipo. Los directivos referidos van mucho más allá del simple cumplimiento de los requisitos de una lista. No necesitan como modelo ninguna Ley o mandato para proteger los valores y monitorear la ética y el rendimiento de sus autoridades, llámese, presidente y/o CEO, consejo de administración, órgano de vigilancia, etc.

Al mismo tiempo, dichos directores reconocen que no es su función la de participar en el día a día de las operaciones de la empresa; predicar con el ejemplo es lo que más distingue a los directores referidos de los tradicionales, es la pasión que sienten por la obligación de participar en el día a día de los retos y estrategias de la empresa. Los grandes directivos pueden encontrarse en muy grandes y complejas empresas, como en las empresas más pequeñas.

3.11. GOBIERNO CORPORATIVO EN EL MUNDO.

El tema de gobierno corporativo, se origina con la idea de la empresa moderna. Se identifica inicialmente con la delegación del poder sobre la toma de decisiones hacia

administradores distintos a los dueños. Tanto Adam Smith en 1776 como Berle y Means en 1932 expresaron sus reservas acerca de la viabilidad de este tipo de firmas. Smith, al referirse a las compañías por acciones, describe un típico conflicto de agencia: *“De los directores de tales compañías sin embargo, siendo los administradores del dinero de otros y no del suyo propio, no puede esperarse que ellos lo vigilen con la misma ansiosa diligencia con la cual los socios en una sociedad privada frecuentemente vigilan el suyo propio.”*⁸⁰. Y Berle y Means apuntan a *“una estructura de propiedad difusa, para expresar sus dudas acerca de un control efectivo sobre los gerentes”*⁸¹.

El gobierno corporativo ha evolucionado de un concepto financiero, relativo al retorno sobre la inversión, esperado y exigido por los inversionistas, a uno que incluye aspectos relativos al diseño de la organización misma y que según la definición de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) tiene que ver con los medios internos por los cuales las corporaciones son operadas y controladas.

En 1976 Jensen y Meckling publican un artículo donde formalizan el problema de agencia y dan origen a la investigación moderna sobre gobierno corporativo en el ámbito económico. En su artículo, Jensen y Meckling 1976 establecen que *“un gerente (agente) cuya propiedad sobre la empresa que orienta es inferior al 100% tiene conflictos de interés con el propietario (principal) puesto que existen beneficios privados de control que son obtenidos por el gerente en desmedro de la riqueza de los propietarios”*⁸².

⁸⁰ Smith, A. (2002). *La riqueza de las Naciones*. Madrid: Alianza Editorial.

⁸¹ Berle, A., Means, G. (1932). *The Modern Corporation and Private Property*. New York: Commerce Clearing House.

⁸² Jensen, W., Meckling, H. (1967). Theory of the Firm, Management Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*.

Paralelamente las reformas orientadas al mercado en un gran número de países y los grandes procesos de privatización han mostrado la relevancia del sector privado en el desarrollo económico, por lo que importantes organismos multilaterales han realizado esfuerzos para elevar el nivel de los estándares de gobierno corporativo, especialmente en países emergentes.

El informe Cadbury (1992), de gobierno corporativo; fue el inicio y el referente de los esfuerzos realizados por organizaciones gremiales para mejorar el clima de inversión en diferentes países del mundo. Puede decirse que este reporte desató una fiebre entre las comunidades empresariales de diferentes países por el tema de gobierno corporativo, que se unió a la amplia discusión que la academia realizaba desde tiempo atrás. Diferentes países han publicado guías, que podemos agrupar como “Códigos de Buen Gobierno”, las cuales proveen recomendaciones en temas tales como compensación de ejecutivos y relaciones y roles entre las contrapartes, especialmente de la junta directiva. En años más recientes la OCDE (1999) publicó sus Principios de Gobierno Corporativo, los cuales también han recibido amplia difusión. Colombia se ha unido a estos esfuerzos con la reciente publicación del Código Marco de Buen Gobierno de Confecámaras (2002).

También se han analizado extensivamente las diferencias entre los modelos de gobierno de economías desarrolladas, en particular el modelo anglo-sajón (Estado Unidos y Gran Bretaña), el modelo japonés y el modelo germano. Este tipo de estudios destacan la importancia de la estructura de propiedad, el rol de los bancos y los conglomerados en el gobierno corporativo. En general se ha planteado que el modelo anglosajón corresponde a una estructura de mercado y los modelos japonés y germano corresponden a uno basado en relaciones.

Aunque en los EE.UU. el modelo de gobierno corporativo es el más notorio, hay una considerable variación en los modelos de gobernabilidad empresarial en todo el mundo. THE INTRICATED SHAREHOLDER STRUCTURES OF KEIRETSUS en Japón, la fuerte presencia de los bancos en el capital de las empresas alemanas, los CHAEBOLS en Corea del Sur y muchos otros, son ejemplos de acuerdos que tratan de responder a los mismos desafíos de gobernabilidad empresarial como en los EE.UU.

3.11.1. MODELO ANGLO AMERICANO

El modelo de la corporación (que en nuestro lenguaje equivale a una sociedad anónima) surge a partir de la incorporación de diferentes empresas en la Inglaterra de los siglos XVII y XVIII. “The East India Company” obtiene el “Royal Charter” en 1600, su conformación inicial ya guarda semejanza con las actuales corporaciones. Su estructura de gobierno estaba compuesta por la corte de propietarios (La actual asamblea general de accionistas) y la corte de directores (la junta directiva) compuesta por el gobernador, el gobernador asistente y 24 directores. En 1760 se funda la Bolsa de Londres y para 1844 el “Joint Stock Companies Act” exigía que todos los nuevos negocios con más de 25 participantes debían ser “Incorporados” (Registrados como sociedad). En 1855 se promulga el “Limited Liability Act” el cual limita la responsabilidad de los accionistas al monto de capital invertido por cada uno, en caso de bancarrota. El número de sociedades con responsabilidad limitada se incrementó rápidamente. Para 1914 había 65.000 registradas, número que pasó a 200.000 en 1945 y excede el 1’100.000 en la actualidad (Cadbury 2002).

En la década de 1920 ya existía en Gran Bretaña preocupación por la separación entre propiedad y control y la ineffectividad de las juntas directivas (“Liberal Industry Inquiry”

1926-1928); pero la segunda guerra mundial y los esfuerzos de reconstrucción reubicaron dramáticamente los puntos en la agenda del desempeño de las corporaciones.

La existencia de un mercado sobre el control corporativo apoyado en transacciones bursátiles y más recientemente en tomas hostiles ha sido de gran importancia en Gran Bretaña (y en E.E. U.U.), pero casi históricamente inexistente en otros países, al menos hasta épocas recientes. *“Los picos reportados para las fusiones empresariales corresponden a los años de 1968, 1972, 1989 y finales de 1990s. Según Mayer en años recientes el número de intentos de toma de control promedia los 230 (alrededor de 40 son hostiles). Entre 1985 y 1986 hubo en Gran Bretaña 325 ofertas por compañías listadas en bolsa, de este número 80 fueron hostiles, de las cuales 35 fueron exitosas, 23 permanecieron independientes y 22 fueron subsecuentemente adquiridas⁸³”*. Para este periodo, Mayer encuentra poca evidencia de los beneficios económicos de este tipo de transacciones (las empresas adquiridas están dentro del rendimiento promedio de la industria, aunque posterior a la toma se dan cambios significativos en la estructura de la junta y de los cargos ejecutivos, como es de esperar). Examinando la evolución y razones de las tomas de control (take-overs) de empresas en E.E. U.U., sugiere *“como la causa principal de la existencia de este mercado la falla de los mecanismos de control internos de las empresas, los cuales percibe como ineficientes para minimizar los excesos cometidos por los administradores⁸⁴”*.

Franks, Mayer y Rosi (2002) en un interesante estudio sobre la evolución de los patrones de control y dispersión de la propiedad de empresas listadas en la bolsa de Londres que

⁸³Mayer, F. (1996). *Controles del Gobierno Corporativo*. Boston: Prentice Hall.

⁸⁴Mayer, F. (1996). *Controles del Gobierno Corporativo*. Boston: Prentice Hall.

cubre todo el Siglo XX, encuentran que las mayores tasas de crecimiento de capital emitido y dispersión de la propiedad ocurren a través de adquisiciones previas a las emisiones públicas iniciales (IPOs por “Initial Public Offerings”). Por lo tanto la alta dispersión de la propiedad que caracteriza a las empresas británicas no tiene sus orígenes en la transacción pública en el mercado de acciones. Anterior a la emisión pública, sin embargo, hay poca variabilidad entre los “insiders” (internos) detentadores de la propiedad y el control. Posterior a la emisión la variabilidad se incrementa de manera significativa, lo que es consistente con la hipótesis de que un mercado activo de acciones posibilita la existencia de un mercado de control corporativo y con la función de redistribución de riesgos entre los participantes del mercado. Estos autores también reportan un crecimiento del tamaño de las juntas directivas focalizado en los años de 1960 (originado principalmente por adquisiciones).

En el año 2000, un estudio reportó que; *“la concentración de la propiedad en Gran Bretaña es sensiblemente menor que en Europa continental. Mientras que para esta última el promedio de votos asignados al mayor bloque de acciones está entre 40%-50%, en Gran Bretaña está en el 10% (en E.E. U.U. el porcentaje es inferior al 5%)⁸⁵”*. Otra diferencia importante es que desde el punto de vista de control solo en Gran Bretaña el segundo y tercer bloque de acciones son importantes; la consecuencia es que para ejercer control dominante se requieren coaliciones de accionistas. Las identidades de estos accionistas también están claramente definidas, en primer lugar están los fondos de pensiones y compañías de seguros y en segundo lugar los miembros de las juntas directivas. Gran Bretaña se caracteriza por tener una junta unitaria (no hay una separación entre juntas ejecutivas y no ejecutivas), adicionalmente los directores no ejecutivos son

⁸⁵ Mayer, F. (2000). *Controles del Gobierno Corporativo*. Boston: Prentice Hall.

generalmente independientes y no representan los intereses de un solo accionista. Además, el análisis de la rotación de miembros de la junta versus desempeño de la firma guarda poca relación con la proporción de miembros no ejecutivos. El rol del director externo parece estar más relacionado con una función de asesoría, más que con una función disciplinaria. En cambio cuando se separan las funciones de Presidente ejecutivo y Presidente de la junta la evidencia existente muestra un incremento en la rotación del Presidente ejecutivo como respuesta al bajo desempeño.

La presencia de accionistas institucionales no está acompañada de activismo. Estas empresas suelen adoptar una posición pasiva, liquidan sus posiciones antes que involucrarse en coaliciones activamente comprometidas con el control de la organización. ¿Cómo, entonces, se ejercen acciones de gobierno corporativo disciplinarias, si la evidencia apunta a una falta de actividad por parte de los directores no ejecutivos y los inversionistas institucionales? Sobre este particular algunos estudiosos reportan que *“empresas con un desempeño inferior altamente apalancadas y con bajos niveles de cobertura de intereses, obtienen nuevos fondos a través de emisiones de bonos y acciones, condicionados a cambios en las prácticas de administración. El rol de la banca de inversión parece resolver el problema de la acción colectiva⁸⁶”*.

En lo referente a la participación de los bancos en el control de las corporaciones (y en su estructura accionaria) también existe una similitud entre Gran Bretaña y E.E. U.U.: los bancos en estas economías no participan en el control de otras empresas; en el caso de

⁸⁶ Mayer, F. (2001). *Controles del Gobierno Corporativo*. Boston: Prentice Hall.

Gran Bretaña este alejamiento se ha dado de manera espontánea, mientras en E.E. U.U. la promulgación de el “Glass-Steagal Act”⁸⁷ lo prohibió explícitamente.

Históricamente, algunos de los textos más significativos son los promulgados en Reino Unido: el Código Cadbury, publicado en 1992, reunió las primeras recomendaciones sobre buen gobierno como resultado de las deliberaciones del comité creado en 1991 por la Bolsa de Londres; posteriormente, el Consejo de Informes Financieros y el Cuerpo de Profesionales Contables británicos fue considerado un referente del sector; el Código Greenbury (1995) se centraba más en aspectos relativos a la retribución del consejo; y el Código Hampel, publicado en 1998, evaluó el grado de cumplimiento de las recomendaciones de los Códigos Cadbury y Greenbury.

Siguiendo a Reino Unido, otros países publicaron sus propios textos: Council of Institutional Investor (EEUU, 1999), Código Viénot (Francia, 1995), Código Peters (Holanda, 1997), Informe Cardon (Bélgica, 1998) y Código Draghi (Italia, 1999).

En los Estados Unidos, una sociedad se rige por un consejo de administración, que tiene el poder de elegir a un funcionario ejecutivo, generalmente conocido como el más alto funcionario de la empresa. El Director General tiene amplias facultades para administrar la sociedad sobre una base diaria, pero debe obtener la aprobación de la mayoría de los accionistas, tales como la contratación de sus subordinados inmediatos, la recaudación de dinero, la adquisición de otra empresa, las grandes expansiones de capital, u otros costosos proyectos. Otras funciones del director general podrán incluir el establecimiento de

⁸⁷ EN 1933, como respuesta a la crisis financiera de 1929; este acto separó la inversión y las actividades de la banca comercial. En ese momento, "la actividad bancaria inadecuada", o lo que se consideraba demasiado entusiasta participación de bancos comerciales en el mercado de valores de inversión, se considera el principal culpable de la crisis financiera. Según este razonamiento, los bancos comerciales asumieron demasiados riesgos con los depositantes el dinero. Se deroga en 1999.

políticas, toma de decisiones, supervisión de gestión del rendimiento o control corporativo.

El Consejo de Administración es elegido y responsable ante los accionistas, los estatutos de muchas empresas hacen que sea difícil para todos, pero algunas veces los accionistas más grandes tienen alguna influencia sobre la composición del consejo. Incentivos perversos han invadido muchas juntas corporativas en el mundo desarrollado, con los miembros del consejo bajo la tutela del jefe Ejecutivo, cuyas acciones están destinadas a supervisar. Con frecuencia, los miembros de las juntas de directores son ejecutivos de otras corporaciones, lo cual es visto como un conflicto de intereses.

El Reino Unido ha sido pionero en un modelo flexible de la regulación de gobierno corporativo, conocido como el "cumplir o explicar" un código de buen gobierno. Este es un principio basado en un código que enumera una docena de prácticas recomendadas, tales como la separación de los CEO y Presidente de la Junta, la introducción de un límite de tiempo para ejecutivos de los contratos, la introducción de un número mínimo de no-directores ejecutivos, de directores independientes, la designación de un alto director no ejecutivo, la formación y la composición de la remuneración, la auditoría y los comités de nombramiento. Públicamente empresas que cotizan en bolsa en el Reino Unido tienen a bien aplicar los principios o, en caso de que decidan no hacerlo, para explicar en una parte de sus informes anuales la razón por la que se decidió no hacerlo. El seguimiento de esas explicaciones se deja en manos de los propios accionistas. El principio del Código es que una misma talla no encaja en todos los asuntos de gobierno corporativo y que, en lugar de un régimen estatutario como la Ley Sarbanes-Oxley en los EE.UU., es mejor dejar cierta flexibilidad a las empresas a fin de que puedan tomar decisiones más adaptadas a sus circunstancias. Si tienen buenas razones para desviarse de la norma de viva voz, deberían

ser capaces de explicarlo convenientemente a sus accionistas.

El código ha estado, en vigor desde 1993 y ha tenido efectos drásticos sobre la manera en que las empresas se rigen en el Reino Unido. Un estudio realizado por Arcot, Bruno y Faure-Grimaud del Grupo de Mercados Financieros en la London School of Economics pone de manifiesto que en 1993, alrededor del 10% de las empresas en el Reino Unido miembro de la FTSE (Financial Times Stock Exchange) 350 eran competentes en todas las dimensiones mientras que en el 2003 se encontraban más del 60%. El mismo éxito no se logró a la hora de buscar la explicación para las empresas no competentes o preparadas. Muchas son simplemente desviaciones que no se explican y la gran mayoría de las explicaciones no identifican las circunstancias concretas que justifiquen dichas desviaciones. Sin embargo, la opinión general es que en Reino Unido el sistema funciona bastante bien y, de hecho, a menudo se marca como un punto de referencia, seguido por varios países.

3.11.2. MODELO ALEMÁN

La evolución del gobierno corporativo en Alemania se asocia con el sistema de Banco Principal. Bajo este esquema los empresarios entregan el control total o parcialmente de la firma al banco, quien en contraprestación provee financiamiento. Al obtener el control, el banco se asegura el repago de la obligación. El esquema se complementa con propiedad accionaria cruzada y juntas directivas interconectadas. La creación en 1870 del Deutsche Bank, puede decirse que sienta las bases del modelo, el cual, como en Japón, generó un tremendo crecimiento industrial.

Sin embargo, este esquema parece haber sido bastante dinámico y turbulento, alejado del equilibrio ideal popularizado por la literatura. Para 1920 la mayoría de las industrias parecían haberse emancipado de la influencia controladora de los bancos.

Aunque los bancos siguen manteniendo influencia activa en los asuntos de estas empresas, la necesidad de financiamiento externo ya no es la manera en que esta se cristaliza. En la actualidad el sistema de propiedad accionaria cruzada, parece bloquear efectivamente la participación de outsiders en las decisiones clave de los grandes grupos industriales alemanes. Al inicio de la década de 1990 los bancos poseían cerca del 10% de las acciones de las corporaciones alemanas listadas en bolsa, porcentaje que se incrementaba al 25% para 33 grandes corporaciones industriales. Las compañías de seguro, por su parte, poseían cerca del 11% de todas las empresas listadas. Los bancos alemanes también actúan como depositarios de acciones para otros tipos de accionistas, las cuales ascendían en 1988 al 40% de todas las acciones en el mercado. En conjunto, hacia 1990, los bancos alemanes controlaban el 50% de las acciones de las empresas listadas en bolsa.

Una característica importante del modelo alemán de gobierno es el sistema de codeterminación (Acto de Co-determinación de 1976), que rige para las empresas listadas en bolsa. Bajo este sistema las empresas están gobernadas por dos juntas: (1) La Junta de Administración, que tiene autoridad ejecutiva sobre el día a día y para casi todos los propósitos la capacidad de toma de decisiones. Esta junta la componen exclusivamente empleados. (2) La Junta Supervisora, cuya autorización se requiere para todas las decisiones financieras y de inversión importantes. La junta supervisora está compuesta en un 50% por representantes de los trabajadores y en un 50% por “outsiders”, representantes de los accionistas o, principalmente, ejecutivos de otras corporaciones o instituciones

financieras que tengan un interés importante de alguna naturaleza sobre la empresa. El sistema claramente entrega amplia capacidad de maniobra a los ejecutivos, aumentando la posibilidad de un conflicto de agencia; sin embargo, este conflicto se reduce debido a los severos costos en reputación que sufren los ejecutivos en caso de comportamiento deshonesto, debido al reducido grupo de empresas y ejecutivos que dominan los grandes negocios en Alemania.

3.11.3. MODELO JAPONÉS

La historia empresarial japonesa, y por ende el gobierno corporativo japonés, puede decirse que se inicia con el desembarco del Comodoro Mathew Perry en 1854. Este militar estadounidense arribó a Japón con el propósito de acabar el aislamiento japonés (1630-1854) y abrir su economía al “comercio”. La intromisión occidental originó un intenso periodo de modernización de la economía japonesa que al final del Siglo XIX se había convertido en una potencia económica y militar. La consolidación del poderío japonés se traduce en victorias militares sobre China (Guerra Sino-Japonesa 1894-1895) y sobre Rusia (Guerra Ruso-Japonesa 1904-1905), que culminan con la anexión de Corea. En el ámbito empresarial surgieron los “zaibatsu”, mega-corporaciones monopólicas, con fuertes lazos con bancos y control sobre los canales de distribución de sus productos. Los “zaibatsu” contaban con apoyo gubernamental a través de subsidios y exenciones de impuestos y eran grupos familiares que concentraban el poder y el control de las empresas entre sus miembros. Con la creación de “Holdings companies”, la ayuda de juntas directivas interconectadas (“Interlocking directorships”: cuando una persona es miembro de varias juntas directivas) y la innovación, en 1920, de el empleo de por vida; se estructura el panorama del gobierno corporativo de preguerra en Japón, el cual se ha

descrito como un sistema feudal, donde miles de trabajadores eran leales a su casa. Estos grupos son la génesis del paradigma de gobierno corporativo japonés, conocido como el “Main Bank System” (Aoki, 1994).

Después de la derrota de la segunda guerra mundial, los vencedores anunciaron su propósito de dismantelar los “zaibatsu”. Aunque exitosos parcialmente en desentronizar las cabezas feudales, lo que surgió fue el “keiretsu” cuyo funcionamiento alrededor de un banco principal, con propiedad accionaria cruzada (reciproca) y juntas directivas interconectadas, guarda semejanza con los “zaibatsu” originales.

El éxito de la economía japonesa de posguerra radica parcialmente en el eficiente uso de los excedentes de ahorro producidos por los japoneses. En un momento de alta incertidumbre, el sistema de relaciones muy cercanas entre los grandes bancos y sus clientes industriales redituó grandes dividendos. Al asegurar una evaluación adecuada del riesgo de crédito y mantener una base de clientes de alta calidad, el sistema japonés de gobierno corporativo, permitió el gigantesco desarrollo económico de Japón. El banco principal, aparte de ser el mayor prestamista (15-25%) de una empresa y proveer los principales servicios financieros, poseía cerca del 10% de las acciones de la misma. Con acceso a información muy detallada de la empresa y responsabilidades muy claras en caso de reorganización por desempeño deficiente, el banco principal se constituyó en un mecanismo de monitoreo eficiente. Entre los mecanismos de gobierno complementarios se tienen: (1) El empleo vitalicio, el cual eleva el costo de un comportamiento oportunístico por parte de los gerentes y se constituye en un costo de reputación similar al encontrado en Alemania. (2) Propiedad accionaria recíproca entre las empresas pertenecientes a un mismo grupo, lo cual reduce los incentivos para tomar ventaja sobre proveedores, clientes

o bancos prestamistas en nombre de incrementar el valor de los accionistas. Esta propiedad cruzada es una señal de compromiso a largo plazo que se suma a la imbricada y fluida red de relaciones con proveedores y clientes que facilita el monitoreo y la intervención en caso de riesgo financiero. (3) Juntas directivas, dominadas por “insiders”, quienes pueden tener asiento en otras juntas, siendo el presidente de la junta el Presidente de la compañía.

Aunque el empleo de por vida es más el resultado de restricciones legales que una característica de gobierno y que la organización en keiretsus es ante todo un sofisma, esta visión de gobierno corporativo parece ajustarse bastante a la realidad empresarial japonesa. Con el tiempo y la crisis de la economía japonesa en los 90s, sucesivas reformas han reducido el rol de los bancos e incrementado la posición de los mercados de deuda y de acciones en el financiamiento y control de las empresas japonesas, lo que parece indicar que muchas firmas no estaban satisfechas con una relación tan cerrada con los bancos.

3.11.4. ALGUNOS OTROS MODELOS

En los países de Asia Oriental, dominan las compañías de propiedad familiar. Un estudio realizado por Claessens, Djankov y Lang⁸⁸ en el año dos mil, investigó a las quince familias más adineradas en los países de Asia oriental y encontró que dominaron la lista de los activos empresariales. En países como Pakistán, Indonesia y Filipinas, las 15 familias con mayor solvencia económica controlan más del 50% de las empresas de propiedad pública a través de un sistema de familias cruzadas, que por lo tanto, dominan los mercados de capitales. Empresas de propiedad familiar, también dominan el modelo latín de gobierno corporativo, es decir, las empresas en México, Italia, España, Francia (hasta cierto punto), Brasil, Argentina y otros países de América del sur.

⁸⁸ Claessens, D. (1999). *Who Controls East Asian Corporations?. Business Week.*

Europa y Asia ejemplifican el sistema de operaciones con información privilegiada: los accionistas y las partes interesadas cuentan con:

- un pequeño número de empresas que cotizan en bolsa,
- una liquidez del mercado de capitales, donde la propiedad y el control no se negocian con frecuencia.
- alta concentración de las acciones en manos de las empresas, instituciones, familias o del gobierno.
- el abuso de información privilegiada, utilizando un sistema de redes interconectas y grupos con importante y privilegiada información denominados comités.

Al mismo tiempo que los países en desarrollo están experimentando un proceso de crecimiento económico y de transformación, también están experimentando una revolución en el negocio y las relaciones políticas que caracterizan a sus sectores público y privado. El establecimiento de buenas prácticas de gobierno corporativo es esencial para sostener el desarrollo a largo plazo y el crecimiento, ya que estos países pasan de la vida privada y el mercado hostil, hacia sistemas democráticos abiertos y favorables al mercado. Un buen gobierno de las empresas garantiza que los sistemas de las organizaciones puedan tener eficiencia y productividad al máximo, reducir al mínimo la corrupción y el abuso de poder, y proporcionar un sistema de gestión de la rendición de cuentas. Estas metas son igualmente importantes tanto para las empresas privadas como para organismos gubernamentales.

Debido a la relación implícita entre los intereses privados y el gobierno, las buenas prácticas en la gestión empresarial son esenciales para el establecimiento de la buena gobernabilidad a nivel nacional en los países en desarrollo. Una serie de vínculos

mantienen siempre cercanos a los sectores público y privado. Por un lado, el poder judicial y los órganos reguladores, así como las legislaturas desempeñan un papel en la gestión y la supervisión empresarial. Al mismo tiempo, los grandes intereses corporativos utilizan su influencia para ejercer no solo poder económico sino también poder político. Estos dos sectores son tan relacionados que un país no puede cambiar significativamente una institución sin hacer cambios en las demás.

Según Nicolas Meisel, *“hay cuatro prioridades en las que los países en desarrollo deberían concentrarse, mientras estén experimentando con las nuevas formas del gobierno corporativo. La primera es centrarse en la mejora de la calidad de la información y el aumento de la velocidad en la que es creada y distribuida al público. Una buena comunicación es importante para el funcionamiento de cualquier organización. La segunda es permitir a los auditores independientes más autonomía al mismo tiempo que mantienen y aumentan el nivel en la rendición de cuentas. En tercer lugar, si una organización jerárquica se está allegando de orientación privada para satisfacer el interés general, las nuevas competencias del Consejo deberían ser alentadas a llenar este papel. Por último, la parte que el Estado desempeña y cómo son seleccionados los funcionarios públicos debe ser considerado si una economía en desarrollo quiere lograr un crecimiento sostenible. Esto puede ser más fácil para los recién llegados al ramo, pues algunas veces las personas con experiencia prefieren continuar con el uso de modelos obsoletos⁸⁹”*.

3.12. CODIGOS Y DIRECTRICES

⁸⁹ Meisel, N. (2008). Is ‘Good Governance’ a Good Development Strategy? Agence Française de Développement.

Los códigos y principios de gobernabilidad corporativa se han desarrollado en diferentes países y expedidos a partir de la función de las bolsas de valores; empresas, inversores institucionales, o asociaciones (institutos) de los directores y administradores con el apoyo de los gobiernos y las organizaciones internacionales. Por regla general, el cumplimiento de estas recomendaciones de gobierno corporativo, no está facultado por la ley, aunque los códigos vinculados a la cotización refieren que los requisitos pueden tener un efecto coercitivo.

Como ejemplo, para las empresas de Londres y Toronto que cotizan en Bolsa, no es formalmente necesario seguir las recomendaciones de sus respectivos códigos nacionales. Sin embargo, deben revelar si siguen las recomendaciones que figuran en esos documentos y si no, deben dar explicaciones en relación con prácticas divergentes. Tales requisitos de divulgación ejercen una gran presión sobre empresas que cotizan en bolsa.

En los Estados Unidos, las empresas están reguladas fundamentalmente por el Estado en el que se incorporen a pesar de que también son reguladas por el gobierno federal y si son públicas por su bolsa de valores.

La mayoría de los Estados de la Unión Americana están permitidos a regirse por la American Bar Association⁹⁰; modelo de Ley para negocios corporativos.

Una cuestión que se ha planteado, es el grado en que las empresas manejan sus responsabilidades de gobierno; en otras palabras, se limitan a tratar de sustituir el umbral legal, o en caso de que la gobernabilidad formule directrices que ascienden al nivel de las

⁹⁰ The American Bar Association Complete Personal Legal Guide.

mejores prácticas. Por ejemplo, las directrices emitidas por los directores de las asociaciones, directores de empresas y empresas individuales tienden a ser totalmente voluntarias. Por ejemplo, *THE GM BOARD GUIDE LINES*⁹¹ refleja los esfuerzos de la compañía para mejorar su propia capacidad de gobierno. Dichos documentos, sin embargo, pueden tener un efecto multiplicador y más amplio impulsando a otras empresas a adoptar documentos similares y la práctica de mejores normas.

La **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)**, emitió en mayo de 1999 sus “Principios de Gobierno Corporativo” en los que se encuentran las ideas básicas que dan forma al concepto que es utilizado por los países miembros y algunos otros en proceso de serlo.

Los principios de la OCDE contemplan que el marco de Gobierno Corporativo debe:

- Proteger los derechos de accionistas.
- Asegurar el tratamiento equitativo para todos los accionistas, incluyendo a los minoritarios y a los extranjeros.
- Todos los accionistas deben tener la oportunidad de obtener una efectiva reparación de los daños por la violación de sus derechos.
- Reconocer los derechos de terceras partes interesadas y promover una cooperación activa entre ellas y las sociedades en la creación de riqueza, generación de empleos y logro de empresas financieras sustentables.

⁹¹ Board guide lines. (1994) General Motors Company.

- Asegurar que haya una revelación adecuada y a tiempo de todos los asuntos relevantes de la empresa, incluyendo la situación financiera, su desempeño, la tenencia accionaria y su administración.
- Asegurar la guía estratégica de la compañía, el monitoreo efectivo del equipo de dirección por el consejo de administración y las responsabilidades del Consejo de Administración con sus accionistas.

La OCDE y el Banco Mundial, a través de la Corporación Financiera Internacional, tienen establecido un amplio programa de difusión del concepto de Gobierno Corporativo en el mundo. Este programa incluye la celebración de mesas redondas por regiones geográficas, así, en América Latina se han llevado a cabo cuatro mesas redondas Latinoamericanas de gobierno corporativo. La primera se celebró en el año 2000 en Sao Paulo, Brasil; la segunda en 2001 en Buenos Aires, Argentina; la tercera en 2002 en la Ciudad de México y la cuarta en 2003 en Santiago de Chile, Chile.

Es así como una de las directrices más influyentes han sido los **PRINCIPIOS DE UN GOBIERNO CORPORATIVO DE LA OCDE**. La OCDE sigue siendo un defensor de los principios de gobernabilidad empresarial en todo el mundo.

Basándose en la labor de la OCDE, otras organizaciones internacionales, asociaciones del sector privado y más de 20 empresas nacionales han adoptado los códigos de buen gobierno, las Naciones Unidas para el Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en Normas Internacionales de Contabilidad y Presentación de Informes (ISAR) ha elaborado orientaciones voluntarias sobre buenas prácticas en la gobernabilidad de las

empresas. Estos convenios reconocidos en el ámbito internacional constan de más de cincuenta rubros distintos divididos en cinco categorías:

- Consejo de administración, equipo de trabajo y proceso
- Responsabilidad y ejercicio de los derechos
- Transparencia financiera y publicidad en la información
- Estructura de propiedad y control en el ejercicio de los derechos.
- Auditoria.

3.12.1. CONSEJO EMPRESARIAL MUNDIAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE.

El Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible, (*World Business Council for Sustainable Development*), también conocido por sus siglas en inglés **WBCSD**, es una asociación mundial de más de 200 empresas que trabajan exclusivamente con el sector empresarial y el desarrollo sostenible.

Sus orígenes se remontan a 1990, cuando Stephan Schmidheiny fue nombrado consejero principal del Secretario General para el Comercio e Industria de la *Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas* (UNCED), más conocida como *Segunda Cumbre de la Tierra* o *Segunda Cumbre de Río*, que se realizó en Río de Janeiro, en 1992.⁹² Creó un foro denominado "Business Council for Sustainable Development" ("Consejo Empresarial para el Desarrollo Sostenible"), que pasó a *Changing Course*, un libro que acuñó el concepto de ecoeficiencia.

⁹² Fuchs, P. (2004). *Biografía de Stephan Schmidheiny*. Argentina: Buenos Aires Editorial.

El WBCSD fue creado en 1995 en una fusión del Consejo Empresarial para el Desarrollo Sostenible y el Consejo Mundial de la Industria para el Medio Ambiente y tiene su sede en Ginebra, Suiza con una oficina en Washington D.C. Estados Unidos.

El Consejo constituye una plataforma para las empresas con el fin de explorar el desarrollo sostenible, compartir conocimientos, experiencias y mejores prácticas, y para abogar por posiciones de negocios sobre estos temas en una variedad de foros, en colaboración con gobiernos, organizaciones no gubernamentales y organizaciones intergubernamentales.

Trabaja sobre una variedad de cuestiones relacionadas con el desarrollo sostenible. Su atención no sólo se centra en las áreas generales de la energía y el clima, el desarrollo, los ecosistemas y la función de los negocios en la sociedad, sino que también ejecuta proyectos específicos en el sector del cemento, la movilidad, los neumáticos, los productos químicos, el agua, la eficiencia energética en los edificios y la silvicultura.

El WBCSD trabaja con la ONU a través de sus agencias especializadas tales como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). También ha participado en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (UNFCCC), la Cumbre de la Tierra (Cumbre de Río) y el Foro de las Naciones Unidas sobre los Bosques (UNFF).⁹³

Los objetivos del Consejo son:

- Ser una de las principales empresas de sensibilización sobre el desarrollo sostenible;

⁹³ Las Naciones Unidas y las empresas Centro de Información de México de las Naciones Unidas

- Participar en el desarrollo de políticas para crear las condiciones para las empresas a hacer una contribución efectiva para el progreso humano sostenible;
- Desarrollar y promover las oportunidades empresariales para el desarrollo sostenible;
- Demostrar la contribución empresarial al desarrollo sostenible de soluciones de vanguardia y compartir prácticas entre los miembros;
- Contribuir a un futuro sostenible para las naciones en desarrollo y las naciones en transición.

El WBCSD ha realizado una lista de 10 ideas con el objetivo de orientar a los gobiernos, las empresas y otras organizaciones en el ámbito del desarrollo sostenible.

1. *“Los negocios son parte de la solución; el desarrollo sostenible es un medio eficaz a largo plazo como estrategia de crecimiento de las empresas.*
2. *Los negocios no pueden tener éxito en sociedades que fracasan. No hay futuro para el éxito de las empresas si las sociedades que las rodean no están funcionando. Los gobiernos y las empresas deben crear asociaciones para prestar servicios sociales esenciales como la energía, el agua, la atención de la salud y la infraestructura.*
3. *La pobreza es un enemigo clave para las sociedades estables. La pobreza genera inestabilidad política y económica, una gran amenaza para los negocios y el desarrollo sostenible. Por el contrario, las empresas pueden levantar el nivel de vida y erradicar la pobreza.*

4. *El acceso a los mercados para todos favorece el desarrollo sostenible. El mejor modo de lograr el desarrollo sostenible es a través de mercados globales abiertos, transparentes y competitivos.*
5. *El buen gobierno es necesario para hacer que el negocio sea una parte de la solución. Se necesitan marcos de apoyo y reglamentos para crear negocios que contribuyan plenamente al desarrollo sostenible.*
6. *Las empresas tienen que ganarse su licencia para operar, innovar y crecer. La manera de hacer negocios es crucial para su éxito. La contabilidad, la ética, la transparencia, la responsabilidad social y ambiental y la confianza son requisitos básicos para el éxito empresarial y el desarrollo sostenible.*
7. *Innovación y desarrollo de la tecnología son cruciales para el desarrollo sostenible. Proporcionan soluciones clave para muchos de los problemas que amenazan el desarrollo sostenible. Los negocios siempre han sido, y seguirán siendo el principal contribuyente al desarrollo tecnológico.*
8. *La eficiencia ecológica - hacer más con menos - es la esencia de las oportunidades empresariales para el desarrollo sostenible. Combinar la excelencia operacional ambiental y económica para proporcionar bienes y servicios con menores impactos externos y mayor calidad de la vida es una estrategia clave de desarrollo sostenible para los negocios.*
9. *Los ecosistemas en equilibrio - un requisito previo para las empresas. Las empresas no pueden funcionar si los ecosistemas y los servicios que aportan, como el agua, la biodiversidad, los alimentos, las fibras y el clima, se degradan.*
10. *La cooperación está reñida con el enfrentamiento. Los problemas de desarrollo sostenible son enormes y requieren contribuciones de todas las partes: gobiernos,*

empresas, sociedad civil y organismos internacionales. La confrontación pone en riesgo las soluciones. La cooperación y las asociaciones creativas promueven el desarrollo sostenible”⁹⁴.

El Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible está formado por 207⁹⁵ compañías internacionales unidas por un compromiso compartido por el desarrollo sostenible a través del crecimiento económico, equilibrio ecológico y progreso social. La incorporación de nuevos miembros al WBCSD se realiza con una invitación previa del Comité Ejecutivo a las empresas comprometidas con el desarrollo sostenible. Entre sus miembros hay empresas multinacionales como General Motors, DuPont, 3M, Deutsche Bank, Coca-Cola, Sony, Oracle, BP y Royal Dutch Shell.

Las empresas miembros prometen su apoyo y contribución al WBCSD poniendo a su disposición conocimientos, experiencia, y recursos humanos apropiados. Así mismo, se les pide que informen públicamente sobre su desempeño ambiental y que aspiren a ampliar sus informes para cubrir los tres pilares del desarrollo sostenible: el económico, el social y el medioambiental.

Un elemento clave es el compromiso personal de los directores ejecutivos que actúan como miembros del Consejo. Son influyentes defensores de las posiciones políticas del WBCSD, y codirigen sus grupos de trabajo. También organizan el apoyo al programa de trabajo del WBCSD y aseguran la adopción de prácticas de gestión sostenible en el marco de sus empresas.

⁹⁴ WBCSD's 10 messages by which to operate

⁹⁵ Según la lista de miembros del WBCSD

El World Business Council for Sustainable Development, ha hecho un trabajo sobre la gobernabilidad empresarial, en particular sobre la rendición de cuentas y presentación de informes, y en 2004 creó una herramienta para poder discutir ciertas cuestiones de desafíos estratégicos para las empresas en el uso de la responsabilidad, códigos, normas, objetivos y cimientos. El propósito de este documento es proporcionar información general, una idea del paisaje y una perspectiva de una gran asociación profesional con pocos códigos, normas y marcos pertinentes para la sustentabilidad del programa.

3.13. RENDIMIENTO Y DESARROLLO DEL GOBIERNO CORPORATIVO

En su 'Global Investor Opinion Survey, de más de 200 inversionistas institucionales llevado a cabo por primera vez en el año 2000 y actualizado en 2002, McKinsey⁹⁶ encontró que el 80% de los encuestados pagarían una prima para garantizar el buen gobierno de sus empresas. Una empresa se califica como bien regulada o gobernada, cuando los directores no se encuentran vinculados con el manejo o gestión, que lleve a cabo y de manera periódica la evaluación formal de sus directores, que cumpla con sus obligaciones fiscales y que se responda a las solicitudes de información de los inversionistas de manera clara y expedita. El tamaño de la prima varía en el mercado, del 11% para las empresas canadienses a alrededor del 40% para las empresas donde el telón de fondo de reglamentación era menos cierto (Marruecos, Egipto y Rusia).

Otros estudios determinan el precio en base a la calidad de la empresa o a la percepción que se tenga de ella. En un estudio que la revista Forbes⁹⁷ realizó durante cinco años, respecto de las empresas más admiradas, dejó al descubierto que en la empresa más

⁹⁶ McKinsey Company. (2002) *Global Investor Opinion Survey: Key Findings*.

⁹⁷ (2006). *Ranking de las 10 mejores empresas*. **Forbes**

admirada había un retorno promedio de 125%, mientras que en la menos admirada, la firma tenía un retorno del 80%. En un estudio separado Business Week⁹⁸ creó un listado de los inversionistas institucionales y de los "expertos", para ayudar a diferenciar entre los Consejos de Administración; equipos al mando de la empresa y el buen y mal gobierno y encontró que las empresas con las más altas clasificaciones tuvieron el mayor rendimiento financiero.

Por otro lado, la investigación sobre la relación específica entre los controles de gobierno corporativo y la empresa ha arrojado resultados varios y a menudo débiles. Los siguientes ejemplos son ilustrativos.

3.13.1. COMPOSICION DEL EQUIPO DE DIRECTIVOS

Algunos investigadores han encontrado apoyo para vincular a la frecuencia de las reuniones el aumento de la rentabilidad. Otros han encontrado una relación negativa entre la proporción de consejeros externos y la firme ejecución, mientras que otros no encontraron relación entre el exterior del equipo de directivos y el rendimiento. En un reciente documento de Black y Bhagat⁹⁹, se encontró que las empresas con más directivos independientes no funcionan mejor que otras compañías. Es poco probable que los directivos o el equipo que dirija la empresa tengan un impacto directo sobre el rendimiento de la misma.

3.13.2. REMUNERACION Y/O COMPENSACIÓN

⁹⁸ *Business Week*. (2007).

⁹⁹ Bhagat, Black, (2006). The Uncertain Relationship between Board Composition and Firm Performance, *Business Lawyer*, 54.

Los resultados de anteriores investigaciones sobre la relación entre el rendimiento y la empresa de compensación ejecutiva no han podido encontrar coherente y significativa las relaciones entre la remuneración de los ejecutivos y el desarrollo de la empresa. Si los niveles de pago están por debajo del promedio, esto no necesariamente implica una forma de control y el gobierno corporativo resulta ineficiente. No todas las empresas experimentan el mismo grado de conflicto, y dispositivos externos e internos de control pueden ser más eficaces para algunos que para otros.

Algunos investigadores han encontrado que el mayor rendimiento del presidente y/o CEO, así como el desarrollo de incentivos, proceden de la propiedad de acciones de la empresa, mientras que otros investigadores encontraron que la relación entre la propiedad accionarial y el firme desempeño depende del nivel de la empresa. Los resultados sugieren que los aumentos en la propiedad por encima del 20% a causa del manejo o dirección, cada vez está más arraigada, y menos interesada en el bienestar de los accionistas.

Algunos sostienen que el desempeño esta positivamente asociado con los planes de crecimiento de la empresa, y que los administradores dirigen sus energías y su decisión a ampliar horizontes hacia el largo plazo para lograr un mejor rendimiento de la empresa. Sin embargo, ese punto de vista fue objeto de importantes críticas a raíz de diversos escándalos de seguridad incluyendo fondos mutuos y, en particular, la opción backdating de las subvenciones como se ha documentado por la Universidad de Iowa a través del académico Erik Lie¹⁰⁰ y comunicadas por James Blander y Charles Forelle¹⁰¹ del Wall Street Journal.

¹⁰⁰ Lie, E. (2005). On the Timing of CEO Stock Option Awards. *University of Iowa Journal*, 45.

El backdating *“is the practice of granting an employee stock option that is dated prior to the date that the company actually granted the option. This practice raises a number of legal and accounting issues. The practice of backdating itself is not illegal, nor is granting of discounted stock options. What is illegal is the improper disclosures, both in financial records and in filings with the United States Securities and Exchange Commission¹⁰²”*

“Cinco altos ejecutivos de dos conocidas empresas de Silicon Valley se han convertido en las últimas víctimas corporativas del escándalo de "backdating" que hace meses sacude a decenas de compañías estadounidenses. Con ello, ahora suman más de 20 los altos ejecutivos o miembros de la junta directiva que se han visto forzados a renunciar debido a esta práctica de compensación ejecutiva que está siendo investigada por las autoridades de Estados Unidos

La práctica del backdating consiste en pretender que las opciones de acciones —una forma de compensación ejecutiva— se concedieron a una fecha anterior a la verdadera, normalmente cuando los títulos cotizaban a un precio bajo en la bolsa.

Al manipular con posterioridad las fechas, la práctica puede convertir en realidad el sueño de todo inversionista: comprar barato y vender caro. Y como en este caso los ejecutivos ya saben que el precio de las acciones subió después de la fecha escogida, tienen retornos garantizados. El backdating fue revelado por primera vez en un artículo de The Wall Street Journal en noviembre de 2005.

¹⁰¹ James, B., Forelle, C. (2005). Backdating option. *Wall Street Journal*.

¹⁰² Lie, E. (2005). On the Timing of CEO Stock Option Awards. *University of Iowa Journal*, 45.

Las últimas renunciadas son las de Shelby Bonnie, fundador y presidente ejecutivo de CNET Networks, una editorial especializada en la Web, y George Samenuk, presidente de McAfee Inc., un proveedor de sistemas de seguridad para computadoras. Ambos renunciaron después de que investigaciones internas revelaran que habían hecho uso del backdating.

Actualmente, las autoridades estadounidenses investigan a más de 100 empresas por esta práctica, mientras que decenas más están realizando sus propias investigaciones internas para determinar si sus altos ejecutivos recurrieron a esta práctica para aumentar sus remuneraciones. Entre los más de 20 altos directivos que han sido despedidos o suspendidos figuran ejecutivos de Apple Computer, del operador de Internet Monster Worldwide y del fabricante de software Comverse Technology, cuyo presidente ejecutivo está en Namibia y enfrenta un proceso de extradición.

Los expertos creen que el número de despidos sólo aumentara en las próximas semanas. Uno de ellos es Charles Elson, director del Centro de Gobierno Corporativo Weinberg de la Universidad de Delaware, que piensa que muchos ejecutivos más perderán sus empleos. "Se trata de un quiebre fundamental en la relación de confianza con los inversionistas".

El backdating ciertamente viola los estándares de contabilidad y de desglose. Pero también puede constituir un fraude. Varios fiscalistas se han volcado a investigar de cerca a decenas de empresas. Cinco ex ejecutivos de dos empresas ya enfrentan cargos criminales por su presunta participación en esquemas de backdating.

Aunque a veces no basta con despedir a los ejecutivos involucrados para esquivar a las agencias reguladoras o a los accionistas enojados y dispuestos a emprender acciones legales, ciertamente es de ayuda. Los despidos en McAfee y CNET muestran que el backdating se ha vuelto un asunto muy serio en las juntas directivas estadounidenses. Junto a otros despidos, ello muestra que pedir la salida de los ejecutivos involucrados se ha convertido en una respuesta mínima ante la práctica del backdating.

Es difícil saber con exactitud quién se quedará y quién se tendrá que ir en las decenas de empresas bajo investigación. Desde luego, la suerte de un ejecutivo dependerá de la evidencia que arroje una investigación. Pero la manera en que se trata esa evidencia puede variar de una empresa a otra.

Si un presidente ejecutivo que ha sido salpicado (por backdating) se mantiene inamovible, se envía la poco afortunada señal de que algunas prácticas irregulares serán toleradas e incluso aplaudidas, no se trata de responsabilidades legales del presidente ejecutivo; se trata de la credibilidad e integridad del líder.¹⁰³”

Incluso antes de la influencia negativa en la opinión pública causada por el escándalo de 2006 del famoso backdating, las opciones de gobierno corporativo fueron criticadas. En particular y con un largo y duro argumento, se refirieron a la interacción de las empresas ejecutivas con el programa de acciones de recompra. Numerosas autoridades (incluyendo la Reserva Federal de EE.UU. y el economista Weisbenner¹⁰⁴) determinaron que en dicha opción, pueden estar los empleados en concierto con recompras de valores; de manera contraria a los intereses de los accionistas. Estos autores sostuvieron que, en parte, las

¹⁰³ Charles Forelle y James Bandler. (2002). *The Wall Street Journal*

¹⁰⁴ Associate Professor of Finance University of Illinois

empresas de valores de EE.UU. que usaron el sistema de recompras, como Standard & Poors¹⁰⁵ y 500 empresas mas, aumentaron a US \$ 500 millones su tasa anual a finales de 2006 debido a los efectos de dicha opción.

Una combinación de los cambios en la contabilidad y el manejo o gestión de los asuntos públicos condujo a las opciones a convertirse en un medio menos popular de la remuneración en el 2006, y varias implementaciones alternativas de recompras surgieron para desafiar la posición dominante del "mercado abierto" recompras en efectivo como el medio preferido de la aplicación de un plan de acciones.

Hoy en día es tan importante el Gobierno Corporativo como un desempeño financiero eficiente. Se dice que alrededor del 80% de los inversionistas pagarían más por una compañía con un buen Gobierno Corporativo; ya que este elemento le brinda una mayor seguridad a su inversión asegurando sanas prácticas corporativas. Entre mayor transparencia e información exista, mayor es la confianza de los inversionistas en el mercado. Por lo anterior el Gobierno Corporativo lejos de ser una moda, se considera un concepto necesario para la sustentabilidad y crecimiento de las empresas.

¹⁰⁵Standard & Poor's es un proveedor líder de información sobre los mercados financieros. Como la principal fuente mundial de calificaciones crediticias, índices, análisis, datos y evaluaciones de riesgo, Standard & Poor's ofrece a los estrategas financieros la información que necesitan para tomar decisiones con mayor confianza.

4. CAPITULO 4 LEY SARBANES OXLEY

La Ley Sarbanes Oxley, cuyo título oficial en inglés es Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745 (30 de julio de 2002), es una ley de Estados Unidos también conocida como el Acta de Reforma de la Contabilidad Pública de Empresas y de Protección al Inversionista. También es llamada SOx o SarbOx.

La Ley Sarbanes Oxley nace en Estados Unidos con el fin de monitorear a las empresas que cotizan en bolsa, evitando que las acciones de las mismas sean alteradas de manera dudosa, mientras que su valor es menor. Su finalidad es evitar fraudes y riesgo de bancarrota, protegiendo al inversor.

Esta ley, más allá del ámbito nacional, afecta a todas las empresas que cotizan en NYSEC (Bolsa de Valores De Nueva York), así como a sus filiales.

La Ley Sarbanes-Oxley es una Ley federal de Estados Unidos que ha generado mucha controversia, ya que va en respuesta a los escándalos financieros de algunas grandes corporaciones, entre las que se incluyen los casos que afectan a Enron, Tyco International, WorldCom y Peregrine Systems. Estos escándalos hicieron caer la confianza de la opinión pública en los sistemas de contabilidad y auditoría. La Ley toma el nombre del senador Paul Sarbanes (Demócrata) y el congresista Michael G. Oxley (Republicano). Fue aprobada por amplia mayoría, tanto en el congreso como el senado. La legislación abarca y establece nuevos estándares para los consejos de administración y dirección y los mecanismos contables de todas las empresas que cotizan en bolsa en los Estados Unidos. Introduce responsabilidades penales para el consejo de administración y establece unos requerimientos por parte de la SEC (Securities and Exchanges Commission), es decir, la

comisión reguladora del mercado de valores de Estados Unidos. Los partidarios de esta Ley afirman que la legislación era necesaria y útil, mientras que los críticos creen que causara más daño económico del que previene.

La primera y más importante parte de la Ley establece un nueva agencia cuasi pública, "the Public Company Accounting Oversight Board", es decir, una compañía reguladora encargada de revisar, regular, inspeccionar y disciplinar a las auditoras. La Ley también se refiere a la independencia de las auditoras, el gobierno corporativo y la transparencia financiera. Se considera uno de los cambios más significativos en la legislación empresarial, desde el "New Deal" de 1930.

4.1. ANALISIS DE LA LEY SARBANES OXLEY

La Ley Sarbanes-Oxley contiene 11 títulos que describen los mandatos específicos y los requisitos para la presentación de informes financieros. Cada título consta de varias secciones que se resumen a continuación.

1.- PUBLIC COMPANY ACCOUNTING OVERSIGHT BOARD (PCAOB)

El Título I consta de nueve secciones y establece el Public Company Accounting Oversight Board, para proporcionar una supervisión independiente de empresas de contabilidad pública y ofrecer servicios de auditoría ("los auditores"). También crea una junta de supervisión encargada de registrar los auditores, que define los procedimientos específicos y procedimientos para las auditorías, la inspección y la conducta policial y el control de calidad, y cumplimiento de los mandatos específicos de SOX (SARBANES OXLEY).

2.- INDEPENDENCIA DEL AUDITOR

El Título II consta de nueve secciones y establece normas para la independencia del auditor externo, para limitar los conflictos de intereses. También se ocupa de crear la figura de un nuevo auditor de autorización, la rotación de socios auditores, auditor de cuentas y presentación de informes. Empresas de auditoría que restringen el suministro de servicios distintos del de auditoría (por ejemplo, la consulta) para los mismos.

3.- RESPONSABILIDAD CORPORATIVA

Título III se compone de ocho secciones y los mandatos que los altos ejecutivos deben tomar para determinar la responsabilidad individual por la exactitud e integridad de los informes financieros corporativos. Define la interacción de los auditores externos y los comités de auditoría corporativa, y especifica la responsabilidad de los directivos en la exactitud y validez de los informes financieros corporativos. Enumera límites específicos sobre los comportamientos de las empresas oficiales y describe decomiso de los beneficios específicos y la imposición de sanciones civiles en caso de incumplimiento. Por ejemplo, la Sección 302 requiere que la empresa "principales agentes" (por lo general, el Funcionario Ejecutivo Principal y Director Financiero) certifique y apruebe la integridad de sus informes financieros trimestrales de la empresa.

4.- AUMENTO DE LA DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN FINANCIERA

Título IV consta de nueve secciones. En él se describen los requisitos de información para mejorar las transacciones financieras, incluidas las cuentas de las transacciones, las cifras pro-forma y operaciones de las empresas oficiales. Se requiere de controles internos para garantizar la exactitud de los informes financieros y la información, y los mandatos, tanto las auditorías y los informes sobre los controles. También se requiere la presentación oportuna de informes de los cambios en la situación financiera y mejorar la evaluación específica de la SEC o sus agentes de informes corporativos.

5.- CONFLICTOS DE INTERESES

Título V se compone de una sola sección, que incluye medidas destinadas a ayudar a restablecer la confianza de los inversores en la presentación de informes de analistas de valores. En él se definen los códigos de conducta para los analistas de valores y requiere la revelación de los conflictos de intereses.

6.- COMISION DE RECURSOS Y AUTORIDAD.

Título VI consta de cuatro secciones; en las que se definen las prácticas para restaurar la confianza de los inversores en valores analistas. También define la autoridad de la SEC para censurar o prohibir la práctica de los valores profesionales y define las condiciones bajo las cuales una persona puede ser excluida de la práctica como un agente, asesor o distribuidor.

7.- ESTUDIOS E INFORMES.

Título VII se compone de cinco secciones y requiere de la Contraloría General y la SEC para realizar diversos estudios e informar sobre sus resultados. Estudios e informes que incluyen los efectos de la consolidación de empresas de contabilidad pública, el papel de las agencias de calificación crediticia en el funcionamiento de los mercados de valores, violaciones y acciones de aplicación.

8.- FRAUDE CORPORATIVO Y RESPONSABILIDAD PENAL.

Título VIII consta de siete secciones y también se conoce como la "Corporación Penal y Ley contra el Fraude de 2002". En él se describen las sanciones penales específicas para el fraude por manipulación, destrucción o alteración de registros financieros u otra interferencia en las investigaciones, al tiempo que otorga ciertas protecciones para los denunciantes.

9.- “WHITE COLLAR” PENA DE MEJORAMIENTO.

Título IX consta de dos secciones. Esta sección también se le llama el "White Collar Crime Penalty Enhancement Act of 2002." Esta sección aumenta las sanciones penales relacionadas con delitos de cuello blanco y conspiraciones. Se recomienda la condena más firme y específicamente agrega la falta de certificar los informes financieros corporativos como una ofensa criminal.

10.- IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES Y DEVOLUCIONES.

El Título X se compone de una sección. La sección 1001 estipula que el Funcionario Ejecutivo Principal de la empresa debe firmar la declaración de impuestos.

11.- RENDICIÓN DE CUENTAS CONTRA EL FRAUDE CORPORATIVO

Título XI consta de siete secciones. Sección 1101 recomienda un nombre para este título como "Ley de Responsabilidad Corporativa del fraude de 2002". Identifica el fraude empresarial y manipulación de los registros como delitos penales y se suman a los delitos sanciones específicas. Asimismo, revisa la sentencia, refuerza sus directrices y sanciones. Esto permite a la SEC congelar temporalmente los pagos grandes o inusuales.

La ley mencionada trajo consigo la imposición y creación de algunos organismos vigilantes de las empresas; entre ellos, la creación del "Public Company Accounting Oversight Board" (Comisión encargada de supervisar las auditorías de las compañías que cotizan en bolsa). El requerimiento de que las compañías que cotizan en bolsa garanticen la veracidad de las evaluaciones de sus controles internos en el informe financiero, así como que los auditores independientes de estas compañías constaten esta transparencia y veracidad.

Incluye también la certificación de los informes financieros, por parte del comité ejecutivo y financiero de la empresa, independencia de la empresa auditora.

El requerimiento de que las compañías que cotizan en bolsa tengan un comité de auditores completamente independientes, que supervisen la relación entre la compañía y su auditoría. Este comité de auditores pertenece a la compañía, no obstante los miembros que lo forman son completamente independientes a la misma. Esto implica que sobre los miembros, que forman el comité de auditores, recae la responsabilidad de confirmar la independencia.

Prohibición de préstamos personales a directores y ejecutivos.

Transparencia de la información de acciones y opciones, de la compañía en cuestión, que puedan tener los directivos, ejecutivos y empleados claves de la compañía y consorcios, en el caso de que posean más de un 10% de acciones de la compañía. Asimismo estos datos deben estar reflejados en los informes de las compañías.

Endurecimiento de la responsabilidad civil y penal, ante el incumplimiento de la Ley. Se alargan las penas de prisión, así como las multas a los altos ejecutivos que incumplen y/o permiten el incumplimiento de las exigencias en lo referente al informe financiero.

Protecciones a los empleados en caso de fraude corporativo. La OSHA (Oficina de Empleo y Salud) se encargará en menos de 90 días de reintegrar al trabajador, se establece una indemnización por daños, la devolución del dinero defraudado, los gastos en pleitos legales y otros costes.

4.2. REQUERIMIENTOS QUE ESTABLECE LA PCAOB (Public Company Accounting Oversight Board) EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 404.

Asesoramiento del diseño y la eficacia del funcionamiento de los controles internos relacionados con el mantenimiento de los balances financieros relevantes.

Comprensión de la importancia de las transacciones anotadas, autorizadas, procesadas, y contabilizadas.

Documentar con suficiente información el flujo de transacciones para identificar posibles errores o fraudes que hayan podido ocurrir.

Evaluar la credibilidad de los controles de la compañía, de acuerdo con el “COSO” (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission), organización encargada de identificar fraudes financieros.

Evaluar los controles diseñados para prevenir o detectar fraudes, incluidos los controles a la dirección.

Evaluar el control del proceso del informe financiero al final de ejercicio.

Evaluar el control sobre la veracidad de los asientos contables.

4.3. CONTROLES INTERNOS

En el artículo 302 de la Ley se establecen los procedimientos internos con el fin de asegurar la transparencia financiera.

Los artículos referentes a controles internos, son quizás los más importantes de la Ley. En el artículo 302 se especifica la responsabilidad penal que recae sobre la directiva de la empresa, ya que tienen que firmar unos informes de forma que aseguren la veracidad de

los datos que éstos contienen. Los funcionarios firmantes avalan que ellos son responsables.

Esto es un cambio sustancial en lo referente a la legislación anterior, ya que al menos hay una persona que firma y ante posibles irregularidades o fraudes esta persona firmante será la responsable.

Con esto a la auditora externa se le exime de culpa, o al menos de parte de culpa, ya que el informe de auditoría se efectúa a partir de los informes que le concede la compañía. Si el informe que le es entregado a la empresa auditora está mal diseñado, contiene información falsa o está falto de información la responsabilidad, recae sobre el trabajador de la compañía auditada que ha firmado los informes. Esto otorga una independencia declarada y comprobada de la empresa auditora con respecto a la compañía a auditar.

La Ley Sarbanes-Oxley establece un responsable o responsables, una cabeza de turco sobre la que recaerán las posibles consecuencias ante un fraude, algo que anteriormente no existía y que conllevaba dificultades legales a la hora de buscar responsables, como ocurrió en el caso Enron. En este caso fueron imputados varios de los directivos, y finalmente todos menos dos quedaron absueltos.

(Sarbanes-Oxley Act, 2002) Ley SARBANES-OXLEY, Artículo 302

RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA POR LOS INFORMES FINANCIEROS

REGLAMENTOS REQUERIDOS. La comisión, por reglamento, requerirá de cada compañía que presente informes periódicos {...} que el principal funcionario o funcionarios ejecutivos y el principal funcionario o funcionarios financieros, o personas que efectúen funciones similares, en cada informe anual o trimestral

presentado o suministrado bajo cualquier artículo de tal ley certifique que: 1. El funcionario firmante ha revisado el informe 2. El informe no contiene ninguna declaración falsa de un hecho material u omite declarar un hecho material necesario a fin de hacer que a luz de las circunstancias bajo las cuales fueron hechos tales informes no son fraudulentos. 3. Los estados financieros, y otra información incluida en el informe presentan razonablemente {...} la situación financiera y los resultados de las operaciones del emisor por los períodos presentados en el informe. 4. Los funcionarios firmantes: a. Son responsables por establecer y mantener controles internos. b. Han diseñado controles internos para asegurar que información importante referente al emisor {...} sea puesta en conocimiento de tales funcionarios {...} 5. Los funcionarios firmantes han revelado a los auditores del emisor y al comité de auditoría de la junta de directores (o personas que desempeñan función equivalente) a. Todas las deficiencias {...} de los controles internos que podrían afectar adversamente la habilidad del emisor para registrar, procesar, resumir y reportar datos financieros {...}. b. Cualquier fraude, significativo o no, que involucre a la gerencia u otros empleados que desempeñen un papel importante en los controles internos del emisor¹⁰⁶.

Por otro lado, la novedad que introduce el **artículo 404** de la Ley SARBANES-OXLEY es la exigencia de redactar un informe de control interno al final de cada ejercicio fiscal. Dentro de este informe de control interno se establece la responsabilidad del equipo directivo de tener una estructura de control interno adecuada. Anteriormente esta exigencia no existía y ahora el equipo directivo es responsable ante posibles fraudes. Por ejemplo, en el caso Enron no existía control interno declarado y los movimientos de ingeniería

¹⁰⁶ *Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745. (2002).*

financiera entre filiales de Enron en paraísos fiscales y la central en EEUU quedaban sin ser vigilados ni controlados, de lo cual un caso extremo fue lo ocurrido en el año 2001 anteriormente mencionado.

Este informe de control interno es revisado y evaluado por la empresa auditora, que certificara la anterior evaluación hecha por la comisión de los directivos encargados de realizar dicho informe.

(Sarbanes-Oxley Act, 2002) Ley SARBANES-OXLEY, Artículo 404 EVALUACION DE LA GERENCIA DE LOS CONTROLES INTERNOS.

a) REGULACIONES REQUERIDAS. La Comisión prescribirá regulaciones requiriendo que cada informe anual {...} contenga un informe de control interno, el cuál: 1. determinará la responsabilidad de la gerencia por establecer y mantener una estructura adecuada de control interno y los procedimientos, 2. contendrá una evaluación, al final del año fiscal más reciente del emisor, de la estructura de control interno y los procedimientos para la información financiera.

b) EVALUACION E INFORME DEL CONTROL INTERNO. Con respecto a la evaluación del control interno requerido por el inciso (a), cada firma de contabilidad pública que prepara o emite el informe de auditoría para el emisor testificará, e informará sobre la evaluación hecha por la gerencia del emisor. Una testificación bajo esta subsección será hecha de acuerdo con las normas para compromisos de

*testificación emitidas o adoptadas por la Junta. La testificación no estará sujeta a un compromiso separado.*¹⁰⁷

A su vez, la Ley establece una modificación en el código penal de los Estados Unidos. El **artículo 906** de la Ley Sarbanes-Oxley establece una nueva disposición en el código penal donde se especifican las multas y penas para los responsables legales de infracción de los requerimientos expuestos en la Ley SARBANES-OXLEY.

El responsable *“será multado con no más de \$1.000.000.00 usd., o encarcelado por no más de 10 años, o ambos; en el caso de que sabiendo que “el informe que acompaña al estado no cumple con todos los requerimientos”.*¹⁰⁸

En el caso de que sabiendo que *“el informe que acompaña al requerimiento no cumple con los requisitos; el responsable “será multado hasta con \$5.000.000 o encarcelado por no más de 20 años, o ambos”.*¹⁰⁹

Esta sección del código penal que ha introducido la Ley Sarbanes-Oxley es toda una novedad, porque especifica la pena del tipo de delito financiero en cuestión, y endurece las penas anteriormente existentes para este tipo de delitos.

Además de especificar la pena, también aclara sobre quién recae la responsabilidad. A diferencia de lo ocurrido con el caso de los escándalos de Enron y otras compañías donde la responsabilidad penal no fue fácil de establecer en unos culpables claros.

4.4. COSTE DE IMPLEMENTACIÓN

¹⁰⁷ *Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745. (2002).*

¹⁰⁸ *Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745. (2002).*

¹⁰⁹ *Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745. (2002).*

Existen distintas opiniones acerca de la Ley, John Thain (NYSE Chief Executive Officer) establece; “*No hay lugar a dudas que la Ley SARBANES-OXLEY era necesaria. No obstante, el coste de implementación de los nuevos requerimientos ha llevado a las compañías a cuestionarse la necesidad de la Ley.*”¹¹⁰

Para las compañías, la necesidad de actualizar los sistemas de información para cumplir los requerimientos de control e informe suponen un gran coste. En muchos de los casos esto implica cambios significativos o incluso reemplazarlos, ya que anteriormente fueron diseñados sin la necesidad del cumplimiento de los nuevos estamentos. Recientemente artículos publicados en el New York Times, Wall Street Journal, Financial Times y The Economist han sugerido que las opiniones de la Ley SARBANES-OXLEY son la causa de un decrecimiento de las compañías americanas cotizadas en bolsa en comparación con otras bolsas como Londres o Hong Kong, es decir, la Ley desincentiva a las compañías para cotizar en bolsas americanas.

Se ha comprobado que el coste asociado al cumplimiento del apartado 404 de la Ley SARBANES-OXLEY es realmente significativo. Según “*Financial Executives International*”¹¹¹ (FEI), en una muestra de 217 compañías con un promedio de ingresos mayores de \$5.000 millones de dólares, se estimó un coste de 4,36 millones de dólares en el primer año.

El gran coste de implementación incurrido durante el primer año, puede ser atribuido a la gran carga de trabajo que tuvieron que realizar las auditoras, y el coste monetario que esto acarrea. Estos costes de establecimiento de la Ley pueden ser poco significantes para una

¹¹⁰ John Thain fue CEO de la Bolsa de valores de Nueva York y dirigió la inversión del banco Goldman Sach's de 1985 a 1990.

¹¹¹ Organización profesional de altos ejecutivos de finanzas, dedicada a asesorar y proteger al inversionista.

minoría de grandes compañías, no obstante pueden llegar a ser insostenible para una empresa más pequeña con una facturación de unos pocos millones. Por otro lado la Ley todavía no es efectiva para las compañías pequeñas con un valor de menos de 75 millones de dólares en el mercado bursátil, y todavía no está claro lo que la Ley requerirá a las pequeñas compañías, cuando ésta se haga efecto.

Conforme más compañías y auditoras ganen experiencia con la Ley Sarbanes-Oxley, se prevé que los costes vayan disminuyendo. Los ingresos de las auditoras han crecido mucho desde que entró en vigor la Ley, aunque ya estaban creciendo antes de la imposición de la Ley como consecuencia de los escándalos financieros por los cuales las autoridades se vieron obligados a redactar la Ley.

Hay quien afirma que la Ley Sarbanes-Oxley ha hecho que muchos negocios se hayan trasladado de Nueva York a Londres, donde las autoridades reguladoras de los servicios financieros son más flexibles.

Hace ya más de seis años que el congreso de los Estados Unidos impuso la Ley con la intención de recuperar la confianza de los inversores. En los últimos 2 años, el artículo 404 de la Ley Sarbanes-Oxley, anteriormente explicado, ha requerido que la gestión de gran cantidad de compañías que cotizan en bolsa y sus compañías auditoras independientes escriban un informe sobre los controles internos de las compañías. Esto es lo que ha hecho incrementar los costes de auditoría.

4.4.1. PEQUEÑAS Y GRANDES COMPAÑÍAS

El enfoque que utilizaron las compañías sujetas al cumplimiento de la sección 404 de la ley Sarbanes-Oxley (SOX) fue encarar el tema como un “proyecto”. Por haber

subdimensionado el esfuerzo, para muchas de estas organizaciones ha sido un proyecto contra reloj y dependiendo de la asignación de recursos efectuada, ya sea con su staff o asistido por consultoras, los resultados obtenidos varían de compañía en compañía.

Esta presión por el cumplimiento llevó a muchas empresas a implementar soluciones para cerrar brechas que, quizás, no hayan equilibrado la relación costo-efectividad. Otras, hasta detuvieron proyectos de tecnología informática para poder tener una “foto” del control interno y no complicarse, al mismo tiempo, con el cambio de plataformas o sistemas de aplicación.

El objetivo del proyecto, implementado por las empresas y planteado por la ley Sarbanes Oxley, fue sentar las bases para evaluar la efectividad del control interno relacionado con la emisión de información financiera, identificar y remediar las brechas significativas respecto del marco de referencia seleccionado (mayormente el marco integrado del control interno del COSO) y permitirle al CEO (Chief Executive Officer) y al CFO (Chief Financial Officer) emitir una declaración, sin debilidades sustanciales.

El primer paso que hay que dar es tomar conciencia que cumplir con la sección 404 de SOX ya no puede tomarse como un “proyecto”, sino como un “programa de cumplimiento”.

Como todo programa, tiene que tener una estructura organizativa, una asignación apropiada de recursos y establecer las normas y procedimientos de funcionamiento.

Idealmente, este programa debe estar liderado por un comité o consejo encargado de velar por su cumplimiento. Este comité puede estar presidido por el CEO y otros ejecutivos de primer nivel.

Reportando a este comité, también debe existir un responsable táctico/operativo a cargo del cumplimiento del mismo. Para ocupar esta posición, varias compañías han establecido la figura del Chief Compliance Officer (CCO).

Entre los aspectos a ser considerados en el establecimiento de este programa es necesario remarcar:

- ***El papel de la auditoría interna:*** para aquellas organizaciones que se apoyaron fuertemente en la función de la auditoría interna, ahora deberán considerar cuánto esfuerzo dedicarán al cumplimiento de SOX y cuánto a las auditorías operativas.

Según datos de una encuesta efectuada por KPMG a 530 compañías públicas en los Estados Unidos, “*el 85% de las empresas con ingresos mayores a \$1.000.00 usd. millones utilizaron durante ese año Auditores Internos para documentar y probar controles internos y más del 50% de estas compañías incrementaron el presupuesto de la función de auditoría interna para estas tareas*¹¹²”.

En definitiva, se deberá definir cuántas horas de auditoría interna se afectarán al programa de cumplimiento y asignar las partidas presupuestarias correspondientes.

- ***El papel de los sistemas de información y la simplificación y estandarización de procesos y tecnologías:*** sin lugar a dudas, el área que ha causado el principal “dolor de cabeza” en el proceso de cumplimiento ha sido la de Sistemas de Información.

¹¹² Encuesta aplicada por KPMG con respuestas al mes de noviembre de 2003.

Según datos de la encuesta mencionada, *“el 70% de las compañías identificó a la función de sistemas y a los controles de los mismos como el mayor desafío en el proceso de cumplimiento¹¹³”*. De los datos de una encuesta posterior, se llegó a la conclusión que las compañías con ingresos superiores a \$5.000.00 millones de dólares; tuvieron que probar más de 200 aplicaciones, lo que significa 5 veces más que lo que probaron las compañías más pequeñas. ¿Cómo se explica esto? Por la redundancia de aplicaciones.

Las compañías deberán revisar sus planes de sistemas para asegurar que los requerimientos del negocio se alineen con nuevas o mejores capacidades tecnológicas que permitan tomar las ventajas de la tecnología informática, eliminando la redundancia.

También el programa de cumplimiento debe permitirse revisar lo que se denomina el “costo total del control”. Es decir, hay que analizar el costo incremental del cumplimiento de SOX (recursos adicionales, consultoras, software de soporte, etc.) pero, además, un costo que es proporcionalmente mucho mayor, es el costo operativo de los controles, integrado por la combinación de tecnología, procesos y personas (cantidad de horas hombre haciendo controles operativos, complejidad del flujo de actividades y puntos de control y tecnología usada en cada proceso y en los controles relacionados). Las encuestas muestran que la mayoría de los controles en los procesos de las compañías encuestados son manuales y detectivos.

En este sentido, las compañías tendrán muchas oportunidades de reducir costos operativos de los controles, ya sea redefiniendo o estandarizando procesos, automatizando controles,

¹¹³ Encuesta aplicada por KPMG con respuestas al mes de noviembre de 2003.

eliminando controles superfluos o redundantes, estandarizando o centralizando aplicaciones.

Es decir, el programa debe contemplar este análisis de mejora del sistema de control y obediencia, y no sólo limitarse a mantener el sistema de control interno.

Este ejercicio de mejorar los procesos e integrar los controles de cumplimiento también hay que incorporarlo a los nuevos proyectos de tecnología informática, de forma tal de que un cambio en la tecnología no impacte la efectividad del control interno.

4.4.2. CAUSAS FUNDAMENTALES QUE HAN AFECTADO A LOS COSTES DE IMPLEMENTACIÓN

Las auditoras, se han visto obligadas a adoptar nuevos mecanismos y medidas para poder acoplarse a la nueva situación. Esto ha supuesto un incremento de las tarifas y comisiones de las auditoras.

La razón principal, que hizo que en el segundo año de aplicación de la Ley disminuyeran los costes de implementación de la nueva normativa, fue el resultado de la aplicación de lo aprendido el año anterior. La gran inversión en aprendizaje fue el primer año, y el segundo ya se llevaba parte del camino recorrido. Muchos de los informes que se tuvieron que hacer en el primer año, no fue necesario repetirlos en el segundo. Otra causa de importancia, fue el trabajo realizado en la revisión, ocultación y “maquillaje” de información de terceras personas que tenían que ver con la compañía, y que fue necesario para adaptarse a la nueva Ley. Por ejemplo, como se mencionó anteriormente, la nueva

Ley exige informes sobre las acciones y opciones de la compañía que están en posesión de directivos y ejecutivos de la empresa, algo que antes no era necesario.

Además, se observó una esperada disminución de los costes claves observados, gracias a la experiencia adquirida. Para las compañías pequeñas el número de controles claves realizados por las auditoras descendió un 21%; en promedio de 262 que se hicieron en el año 2004, a 206 en el año 2005. Para las grandes compañías este descenso fue del 19%, de 669 controles en año 2004 a 540 en 2005. Dichos controles tuvieron que ser más numerosos durante el primer año, ya que la Ley Sarbanes-Oxley exige una revisión exhaustiva y más amplia.

Se observa una adaptación a la nueva normativa, ya que el esfuerzo tanto para grandes compañías, como para pequeñas se ha reducido aproximadamente en un 20% del primero al segundo año.

4.5. VALORACIÓN CRÍTICA

La Ley Sarbanes-Oxley se aprobó con el fin de evitar posibles escándalos como los ocurridos a Enron, WorldCom, y demás compañías que sufrieron algo parecido.

En estados Unidos hubo un gran revuelo, así como un descontento general por parte de los inversores, ya que desconfiaban de las instituciones reguladoras y del Gobierno. Para evitar esa caída de la confianza aprobaron esta Ley, ya que a efectos prácticos no evita que pueda volver a ocurrir algo así. Esta Ley no podría evitar que una compañía haga una contabilidad fraudulenta como hizo Enron, Stanford, Madoff, WorldCom y muchas otras. Si la información que se les ofrece a las compañías auditoras es falsa, o incompleta, éstas compañías auditoras harán unos informes irreales e incompletos. Lo que sí establece la

Ley es una responsabilidad, ya que hay una persona encargada de firmar los informes y de garantizar a la compañía auditora que la información es veraz y completa. La Ley Sarbanes-Oxley ha supuesto unos grandes costes para las compañías, a la vez que ha supuesto unos mayores ingresos para las empresas dedicadas a auditoría independiente. Esto ha supuesto un desincentivo para algunas compañías que iban a entrar a formar parte en el parqué americano, y que han decidido trasladarse a otros mercados como el europeo y japonés donde existe una mayor flexibilidad.

Después de la desaparición de la compañía auditora Arthur Andersen el número de grandes compañías auditoras en Estados Unidos; disminuyó, quedando reducido a KPMG, Deloitte, Price WaterHouse Coopers y Ernst & Young. Se redujo la competencia, ya que como éstas compañías también ofrecen servicios de consultoría, y la nueva legislación exige una mayor independencia entre la compañía auditora y la empresa auditada, la capacidad de elección entre unas compañías consultoras y otras se ha limitado.

Esta Ley ha tenido unos grandes costes, ya analizados anteriormente, y aún así no garantiza que no pueda volver a ocurrir lo mismo. Es una Ley que hizo el Gobierno de la Administración Bush para lavar la imagen de las instituciones americanas y del propio Gobierno, ya que algunos directivos tenían una estrecha relación con la Administración Bush. Está claro que Enron estafo a América y que tenía grandes lazos con la administración gubernamental; llegando al extremo de que al poco tiempo del escándalo financiero de Enron, a antiguos directivos de esta firma se les asignó un puesto de trabajo en la Administración del Gobierno.

Es curioso, pero la ley SOX, una ley hecha para lavar la cara de las instituciones americanas y dar confianza a los inversores, no pudo evitar la mayor crisis financiera en la

historia de la humanidad. ¿De qué ha valido? ¿Merece la pena gastar tanto dinero en controlar la información contable de las empresas para que luego en forma sorpresiva suframos fraudes de grandes magnitudes; como los que actualmente vivimos? Esta ley; solo ha servido para aumentar la burocracia en los procesos de desarrollo de software, pero no ha aumentado el control de las actividades comerciales fraudulentas o de alto riesgo. El control de las empresas además de ser interno; debe basarse en un control externo independiente y autosuficiente.

5. CAPITULO 5 LEY DEL MERCADO DE VALORES

5.1. ANTECEDENTES

El mercado de valores se ha venido regulando en leyes bancarias y en ordenamientos especiales, tales como:

- Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios (1926). Dió valor oficial exclusivamente a las cotizaciones de bolsas de valores que tuvieran concesión; señaló las bases para la formación de bolsas y para la calificación de valores para efectos de cotización y prohibió las transacciones que tuvieran el carácter de operaciones de azar.
- Decreto del 12 de julio de 1928. Somete a las bolsas de valores a la vigilancia e inspección de la Comisión Nacional Bancaria, que se realizaría de acuerdo con un reglamento que al efecto se expediría.
- Ley General de Instituciones de Crédito de 1932. Dedicó un capítulo a las bolsas de valores, considerándolas como organizaciones auxiliares de crédito. Entre los puntos más destacados señalaba:
 1. Que la concesión para el establecimiento de bolsas de valores sólo se otorgaría a las sociedades que se constituyan con ese objeto.
 2. Que sólo serían socios de ellas los corredores de cambio titulados y que, en todo caso, la citada Comisión podría velar su administración.
 3. Que eran materia de contratación en la bolsa: los valores y efectos públicos, los títulos de crédito y los valores emitidos por particulares y sociedades legalmente constituidas y los metales preciosos.

4. Los requisitos para inscribir valores y la obligación de las sociedades emisoras de informar semestralmente su situación financiera.

En el articulado de esta Ley se refleja la preocupación del legislador por proporcionar seguridad en las transacciones y delimitar la operación bursátil, únicamente a aquellos valores que hayan sido inscritos en la bolsa y, consecuentemente, hayan satisfecho los requisitos mínimos señalados.

- Reglamento de Bolsas de Valores 1933 (vigente hasta 1975).
- Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (1941). Consideró a las bolsas de valores también como organizaciones auxiliares de crédito; exigía autorización de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público para el establecimiento de las mismas, y que éstas se inscribieran en la CNB para dar inicio a sus operaciones. En cuanto a los socios de las bolsas, dispuso que solamente lo serían los corredores de cambio titulados y los agentes de bolsa autorizados.

Excluyó la contratación de valores colocados en la república por empresas extranjeras que no hubieran obtenido la respectiva autorización de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público; las empresas mexicanas que quisieran inscribir y ofrecer acciones y otros títulos en bolsas extranjeras, deberían obtener previamente autorización de la misma.

- Decreto mediante el cual se crea la Comisión Nacional de Valores (1946). El mercado de valores mexicano estuvo vigilado por la Secretaria de Hacienda a través de la CNB, hasta que por Decreto publicado el 16 de abril de 1946, se creó la Comisión Nacional de Valores (CNV).

- Reglamento Especial para el Ofrecimiento de Valores no Registrados en Bolsa de 1947. Reguló no sólo la oferta pública de las acciones emitidas por sociedades anónimas, sino todo tipo de valores. Estableció que el ofrecimiento de valores bancarios emitidos por instituciones de crédito, el gobierno federal o de los estados de la república, no requería autorización de la CNV.
- Ley de la Comisión Nacional de Valores (1953). Estableció a la CNV como órgano federal integrado por representantes de entidades gubernamentales y organismos privados y precisó sus facultades.
- Ley de Sociedades de Inversión de 1954.
- Ley del Mercado de Valores de 1975 (vigente hasta junio de 2006). En el Diario Oficial de la Federación del 2 de enero de 1975, se publicó la Ley del Mercado de Valores, con lo que el mercado bursátil adquirió su propio marco jurídico. A partir de ese momento, la bolsa dejó de ser una institución auxiliar de crédito y de estar regulada como tal, para desenvolverse en forma autónoma. Así mismo conjunta las diversas bolsas de valores en una sola, mediante la creación de las actuales casas de bolsa, con un capital mínimo establecido, esto con el objeto de sustituir a las personas físicas en la intermediación bursátil; además puntualizó cuál sería la intervención de la banca, las compañías de seguros y de fianzas en el mercado de valores.

5.2. IMPORTANCIA DEL MERCADO BURSÁTIL

El crédito bancario ha sido durante mucho tiempo una de las principales fuentes de financiamiento, por lo cual ha evolucionado a través del tiempo en una variedad de productos financieros, dentro de los cuales están créditos para; capital de trabajo

transitorio; distribución de bienes duraderos; producción; vivienda, etcétera. Sin embargo tenemos que reconocer que últimamente el crédito se ha orientado más al consumo.

En efecto durante 2005 *“los bancos, sofoles, tiendas departamentales, empresas de telefonía celular, televisión por cables, entre otras, otorgaron en promedio cincuenta y dos mil seiscientos tres créditos al consumo cada día a personas físicas. Así, al cierre del año había setenta punto siete millones de créditos al consumo, contra cincuenta y un punto cinco millones del año previo. En el mismo periodo el otorgamiento de créditos a empresas fue de tres mil setecientos noventa y siete cada día y pasó de tres punto cinco millones en el año 2005 a cuatro punto nueve millones al cierre del año 2006¹¹⁴”*. Como podemos observar se están otorgando más créditos para el consumo que para actividades productivas, lo cual nos está llevando a ser un país consumista, en lugar de promover el desarrollo del país.

Durante las últimas décadas la competencia por capital se ha vuelto cada vez más intensa. Las opciones de inversión se han incrementado de forma significativa debido al uso, cada vez más frecuente a nivel internacional, del mercado de valores como mecanismo de financiamiento respecto del sistema bancario.

De ahí el énfasis de la mayoría de los países del mundo en desarrollar y expedir un marco jurídico flexible y ágil en virtud de que éste beneficia especialmente el desarrollo de empresas dedicadas a la producción y también a la explotación, transformación, venta de bienes y servicios, al proporcionarles los medios indispensables de capital para la realización de sus programas, en condiciones atractivas y competitivas.

¹¹⁴ *Periódico Reforma*, 23 de febrero de 2006.

Al mercado acuden inversionistas con capital, donde tienen acceso a una diversificación de portafolios, en donde hay liquidez, vigilancia y es fácil evaluar su patrimonio y decisiones a corto plazo. Todo lo anterior significa para el país: ahorro, democratización del capital, proporcionándose la redistribución del ingreso y de la riqueza, ya que quienes colocan en él sus excedentes de ingreso adquieren una participación en la propiedad de las empresas, de tal suerte que las utilidades obtenidas por éstas se repartirán entre un mayor número de personas; se producen recursos para la generación de empleos, promoción del crecimiento y desarrollo económico, así como mayor transparencia en el manejo de las empresas, en beneficio de los trabajadores, fisco y terceros.

5.3. LEY DEL MERCADO DE VALORES DE 2006

La nueva Ley del Mercado de Valores se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 29 de diciembre de 2005, de acuerdo con el artículo segundo transitorio entrará en vigor a los ciento ochenta días naturales siguientes a su publicación, abrogando la anterior Ley del Mercado de Valores. En la elaboración de ésta ley, se tomaron en cuenta: el contenido de algunas reformas llevadas a cabo en diversos periodos a la Ley del Mercado de Valores de 1975, destacando especialmente las de 2001; disposiciones expedidas por las autoridades financieras, especialmente las de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; la observación atenta de las prácticas, usos bursátiles, mercantiles y la doctrina; el desarrollo internacional en el derecho comparado en materia de mercado de valores, incorporando los mejores estándares internacionales en esta materia, respetando las características que distinguen a nuestro sistema jurídico, todo ello con la idea de facilitar las inversiones y la recepción de la inversión extranjera.

Entre los aspectos novedosos de la nueva Ley del Mercado de Valores de 2006, para adecuarla a un entorno más dinámico y competitivo, tenemos que:

- Se incluyen excepciones para la oferta privada de valores realizadas en el mercado extrabursátil, así como regular el ofrecimiento de valores no inscritos en el Registro Nacional de Valores. Este concepto no existe en la ley de 1975. Se consideró conveniente establecer, de forma más clara los supuestos en los que puede realizarse una oferta privada de valores, el régimen aplicable a la oferta pública en el extranjero de valores emitidos en el país o por personas morales mexicanas y cuando las actividades de valores se encuentran reservadas a los intermediarios del mercado de valores. Se precisaron las limitaciones en cuanto a la oferta y negociación de valores no inscritos.
- Deberes de diligencia y lealtad de administradores. Se introducen nuevos conceptos ajenos a nuestra tradición y práctica jurídica-corporativa tal es el caso de los deberes de diligencia (artículos 30-33) y lealtad (artículos 34-37) que deben observar los consejeros.

“Diligencia: (del lat. Diligentia) f. Cuidado y actividad en ejecutar una cosa. 2. Prontitud, agilidad, prisa”¹¹⁵. Entre los deberes de diligencia contemplados en la nueva ley para los citados órganos sociales, tenemos: actuar de buena fe y en el mejor interés de la sociedad y personas morales que ésta controle; abstenerse de participar en deliberaciones y votaciones de asuntos en situaciones de conflicto de interés; asistir a las sesiones del consejo y de los comités.

¹¹⁵ *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. (1992). Madrid.*

*“Lealtad (de leal).f. Cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las de honor y hombría de bien. Legalidad, verdad, realidad”*¹¹⁶. Entre los deberes de lealtad que deben guardar los miembros y secretario del Consejo de Administración de las sociedades anónimas bursátiles están: guardar confidencialidad respecto de la información y los asuntos que tengan conocimiento con motivo de su cargo en la sociedad, cuando dicha información no sea de carácter público. Abstenerse de participar y estar presentes en algún asunto en que tengan conflicto de interés; informar al comité de auditoría y al auditor externo de todas aquellas irregularidades que durante su ejercicio tengan conocimiento y que se relacionen con la sociedad o las personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa.

- Se incluyen excepciones para la oferta privada de valores realizadas en el mercado extrabursátil, así como regular el ofrecimiento de valores no inscritos en el Registro Nacional de Valores. Se establecen de forma más clara los supuestos en los que puede realizarse una oferta privada de valores. Se precisaron las limitaciones en cuanto a la oferta y negociación de valores no inscritos y se incluyen mejores prácticas corporativas, enfocadas a derechos de minoría e independencia de gestión.
- Se previenen medidas expresas para fomentar el acceso de empresas medianas al mercado de valores, con el objeto de desarrollar inversiones en las mismas, a fin de darle un impulso al mercado de valores, resaltando que de manera voluntaria dichas empresas adopten buenas prácticas de gobierno societario.

¹¹⁶ *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. (1992). Madrid.*

- Se fomenta el desarrollo de empresas otorgando facilidades que permitan incentivar a las de carácter familiar para pasar a ser empresas públicas listadas en bolsa con mayor facilidad.
- Se consolida el régimen aplicable a las sociedades anónimas bursátiles, cuyas acciones se encuentren listadas en la bolsa de valores, para mejorar su organización y funcionamiento, sus estructuras y su régimen de responsabilidades haciéndolos más congruentes con la práctica.
- Se actualiza y flexibiliza el marco normativo aplicable a las casas de bolsa y las entidades financieras participantes en este sector, como bolsas de valores, instituciones para el depósito de valores, contrapartes centrales, sociedades que administran sistemas para facilitar operaciones con valores, proveedores de precios e instituciones calificadoras de valores, entre otras.
- Se moderniza el régimen de delitos y sanciones.
- Se redefinen las funciones y facultades de las autoridades financieras, con objeto de evitar duplicidad en los procesos de autorización, regulación y supervisión de los participantes del mercado reduciendo los costos regulatorios.

5.3.1. CÓDIGO DE MEJORES PRÁCTICAS CORPORATIVAS

A instancias del Consejo Coordinador Empresarial se creó el Comité de Mejores Prácticas Corporativas, mismo que se integró por representantes del sector empresarial, el académico, el profesional y diversas autoridades. En 1999 dicho Comité emitió el Código de Mejores Prácticas Corporativas¹¹⁷.

¹¹⁷ *Código de Mejores Prácticas Corporativas.* (Internet). Disponible desde: <http://www.bmv.com.mx/DOC/CMPC.pdf>.

En la elaboración del Código fueron consideradas diversas experiencias internacionales, diversos principios implementados en otras jurisdicciones y la naturaleza y características propias de las sociedades mexicanas.

El Código de Mejores Prácticas Corporativas consiste en una serie de principios que a manera de recomendaciones tienen como finalidad mejorar el funcionamiento del Consejo de Administración de las sociedades, y la revelación de información a los accionistas de las sociedades emisoras.

Las recomendaciones del Código tienen como objetivos:

1. Que las sociedades amplíen la información relativa a su estructura administrativa y las funciones de sus órganos sociales.
2. Que las sociedades cuenten con mecanismos que procuren que su información financiera sea suficiente.
3. Que existan procesos que promuevan la participación y comunicación entre los consejeros; y
4. Que existan procesos que fomenten una adecuada revelación a los accionistas.

Las recomendaciones son de adhesión voluntaria, sin embargo, para el caso de emisoras de valores en el mercado mexicano existen, en la Ley del Mercado de Valores reformada en el año 2001, algunas disposiciones que hacen obligatorios ciertos principios a los que se hará referencia más adelante.

5.3.2. NORMAS DE GOBIERNO CORPORATIVO DE APLICACIÓN GENERAL DERIVADAS DE LA REFORMA A LA LEY DEL MERCADO DE VALORES EN 2001

Considerando que gran parte del desarrollo de los principios de Gobierno Corporativo acordados por el Comité de Mejores Prácticas Corporativas se debe a la necesidad de fortalecer el mercado de valores, fomentar una cultura del cumplimiento de las obligaciones fiscales y proteger a las empresas de todo tipo de fraudes, mediante la reforma de 2001 a la Ley del Mercado de Valores¹¹⁸, se incluyeron como obligatorios ciertos principios de Gobierno Corporativo para emisoras de acciones en el mercado mexicano.

Entre las disposiciones obligatorias que incluyen principios de Gobierno Corporativo, destacan las relativas a:

- La integración y funcionamiento del Consejo de Administración: el Consejo de Administración se integra por un mínimo de 5 y un máximo de 20 consejeros, de los cuales el 25% deberán ser independientes; los consejeros suplentes solamente podrán suplir a un consejero propietario previamente designado; el Consejo debe sesionar, por lo menos, una vez cada tres meses y conoce en exclusiva de las operaciones con partes relacionadas que se aparten del giro ordinario de negocios de la sociedad.
- La integración de un Comité de Auditoría: el cual se conforma por una mayoría de consejeros independientes y tiene a su cargo el opinar sobre las operaciones con partes relacionadas, pudiendo contratar al efecto especialistas independientes.
- Las Asambleas de Accionistas: los accionistas que representen el 10% del capital pueden solicitar se convoque a una asamblea; para asistir a las asambleas se deberá

¹¹⁸ Ley del Mercado de Valores, (Internet). Disponible desde: www.shcp.gob.mx/servs/normativ/leyes/l_mv.html.

presentar el formulario en el cual se establezcan expresamente las instrucciones con relación a la votación; y los accionistas que representen cuando menos el 20% de las acciones con derecho a voto pueden oponerse a las resoluciones de la asamblea respectiva.

- Adicionalmente, con relación al cumplimiento de las recomendaciones del Código de Mejores Prácticas Corporativas, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores estableció en disposiciones de carácter general, que las emisoras de valores (tanto deuda, como capital) deben revelar el grado de adhesión al mencionado Código como requisito para su oferta pública.

5.3.3. LEY DEL MERCADO DE VALORES 2006 Y EL GOBIERNO CORPORATIVO

Con la aprobación de la nueva Ley del Mercado de Valores, se ha dado en México un nuevo y muy importante paso en el desarrollo del Gobierno Corporativo.

Con la aprobación de dicha ley se ha puesto énfasis en la implementación de una regulación más intensiva en materia de prácticas societarias que no es un obstáculo para el funcionamiento de las sociedades públicas en México.

Los retos que México ha vencido a lo largo de los últimos años, en cuanto a prácticas societarias se refiere, se presenta a continuación.

La Ley del Mercado de Valores¹¹⁹ de junio de 2006, adicionalmente a los principios de Gobierno Corporativos que la ley predecesora reconoció, incorpora de manera predominante muy importantes disposiciones vinculadas con el Gobierno Corporativo, siendo éstas desde mi perspectiva, las de mayor trascendencia en dicho cuerpo normativo.

Las disposiciones más relevantes en materia de Gobierno Corporativo se establecen en virtud de la creación de nuevos tipos societarios, el auge de fraudes fiscales y corporativos que últimamente se han venido desarrollando y la necesaria conversión de las sociedades anónimas públicas en Sociedades Anónimas Bursátiles.

Algunos de los temas de mayor relevancia cuya regulación ha sido directamente beneficiada en virtud de su vinculación con principios y obligaciones de Gobierno Corporativo, según la nueva Ley del Mercado de Valores, son:

- **Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión**

“Artículo 12.- Las sociedades anónimas podrán constituirse como sociedades anónimas promotoras de inversión o adoptar dicha modalidad, observando para ello las disposiciones que se contienen en el presente ordenamiento legal y en lo previsto por éste.

Las sociedades anónimas que una vez constituidas pretendan adoptar la modalidad a que se refiere este artículo, deberán previamente contar con el acuerdo de su asamblea general extraordinaria de accionistas. Los accionistas que voten en contra, podrán ejercer el derecho de separación al valor contable de las acciones en la fecha de su ejercicio, una vez que surta efectos el acuerdo correspondiente.

¹¹⁹*Ley del Mercado de Valores.* Cuarta Sección del Diario Oficial de la Federación. (Internet). Disponible desde: www.gobernacion.gob.mx/dof/2005/diciembre/dof_30-12-2005.pdf

La denominación social de las sociedades a que hace referencia este artículo se formará libremente conforme a lo previsto por el artículo 88 de la Ley General de Sociedad Mercantiles, debiendo agregar a su denominación social la expresión "Promotora de Inversión" o su abreviatura "P.I"¹²⁰

Con la finalidad de impulsar el capital de riesgo, se regula un nuevo tipo societario, la sociedad anónima promotora de inversión ("SAPI"), la cual representa un paso intermedio entre una sociedad mercantil común y una sociedad anónima bursátil cuyas acciones se encuentran listadas en bolsa.

En relación con las SAPIs, la regulación en materia de Gobierno Corporativo se centra en la inclusión de requisitos mínimos del derecho de minorías como lo son: poder nombrar un miembro en el Consejo de Administración cuando se tenga el 10% de participación accionaria; solicitar que se convoque a la asamblea general de accionistas respecto de los asuntos sobre los cuales se tenga derecho a voto cuando se tenga el 10% de la participación accionaria; ejercer la acción de responsabilidad civil contra los administradores cuando se tenga el 15% de la participación accionaria y; oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales cuando se tenga el 20% de la participación accionaria.

"Su objeto es impulsar la mediana empresa, en base a recibir aportaciones de capital privado de riesgo (capital que se aporta a un negocio cuando este comienza). Pero para que este capital llegue, se requiere que estas sociedades implementen mejores prácticas de gobierno corporativo, (adoptar el régimen de administración y vigilancia de las

¹²⁰ Artículo 13, *Ley del Mercado de Valores* (2006). México, Distrito Federal. Sista.

sociedades bursátiles, así como establecer prácticas de revelación de información); protección legal para minorías.”¹²¹

Los beneficios para una empresa familiar de cotizar en bolsa, se ven reflejados en lo siguiente: el capital de la emisora se expande y desarrolla; genera valor a la empresa; fortalece su estructura financiera; gestión institucional; seguridad y transparencia; mejor imagen y proyección, asociaciones estratégicas, reconocimiento financiero y liquidez.

El artículo 14 de la Ley del Mercado de Valores, permite a la Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión (SAPIs) adoptar para su administración y vigilancia, el régimen aplicable a las Sociedades Anónimas Bursátiles (SABs) (mejores prácticas corporativas) o bien quedarse en el régimen previsto en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

- **Sociedades Anónimas Bursátiles**

“Artículo 22.- Las sociedades anónimas cuyas acciones representativas del capital social o títulos de crédito que representen dichas acciones, se encuentren inscritas en el registro, formaran su denominación social libremente conforme a lo previsto en el artículo 88 de la ley general de sociedades mercantiles, debiendo adicionalmente agregar a su denominación social la expresión "bursátil", o su abreviatura "B".

Las sociedades anónimas bursátiles estarán sujetas a las disposiciones especiales que se contienen en el presente ordenamiento legal y, en lo no previsto por este, a lo señalado en la ley general de sociedades mercantiles.

Las entidades financieras que obtengan la inscripción en el registro de las acciones representativas de su capital social o títulos de crédito que las representen, estarán

¹²¹ De la Fuente, Jesús (2009). *Ley del Mercado de Valores*. México: Porrúa.

sujetas a lo dispuesto en las leyes especiales del sistema financiero que las rijan y demás disposiciones secundarias emitidas conforme a dichas leyes, así como a lo siguiente:

I. *Los accionistas tendrán los derechos establecidos en los artículos 48 a 52 de esta ley.*

II. *El capital social estará compuesto conforme a lo establecido en las leyes relativas al sistema financiero que las rijan. Cuando las mencionadas leyes no regulen dicha composición, la entidad se ajustara a lo previsto en esta ley. Las entidades financieras podrán emitir acciones no suscritas que conserven en tesorería, así como adquirir y colocar las acciones representativas de su capital social, en términos de lo previsto en los artículos 53, 56 y 57 del presente ordenamiento legal, salvo tratándose de sociedades de inversión en instrumentos de deuda, de renta variable y especializadas en fondos para el retiro, las cuales estarán sujetas, según corresponda, a la ley de sociedades de inversión, a la ley de los sistemas de ahorro para el retiro y a las disposiciones de carácter general que emanen de dichas leyes.*

III. *La revelación de información, adicionalmente a lo previsto en las leyes especiales del sistema financiero que las rijan y disposiciones secundarias que emanen de dichas leyes, se regirá por lo dispuesto en los artículos 104 a 106 de esta ley y disposiciones de carácter general que emanen del presente ordenamiento legal, salvo tratándose de sociedades de inversión en instrumentos de deuda, de renta variable y especializadas en fondos para el retiro, las cuales estarán sujetas a la ley de sociedades de inversión, a la ley de los sistemas de ahorro para el retiro y disposiciones de carácter general que emanen de dichas leyes.*

IV. La integración, organización y funcionamiento de los órganos sociales, incluyendo los de administración y vigilancia, deberán ajustarse a lo establecido en las leyes especiales del sistema financiero que las rijan y disposiciones secundarias que emanen de dichas leyes, salvo tratándose de sociedades controladoras de grupos financieros que quedaran sujetas en dichas materias a lo previsto en el presente ordenamiento legal.

Sin perjuicio de lo anterior y con la salvedad mencionada, las funciones que el presente ordenamiento legal preve para la asamblea de accionistas, el consejo de administración, los comités que desempeñen las funciones en materia de prácticas societarias y de auditoría, y el director general de las sociedades anónimas bursátiles, deberán realizarse en las entidades financieras de que se trate, por algún órgano social o persona, en términos de lo dispuesto en las leyes especiales del sistema financiero que las rijan y disposiciones que emanen de estas. Cuando las normas especiales respectivas no regulen alguna de las funciones, la entidad financiera deberá sujetarse respecto de esa función a lo previsto en esta ley.

V. Los accionistas, así como los titulares de los órganos sociales y personas que tengan a su cargo la administración y vigilancia de la entidad financiera, responderán por sus actos en los términos que, en su caso, contemplen las leyes especiales del sistema financiero que las rijan y conforme a la legislación mercantil y del orden común aplicables.

Tratándose de sociedades controladoras de grupos financieros, los accionistas y las personas que tengan a su cargo la administración y vigilancia de la entidad, estarán

sujetas en materia de funciones, deberes y responsabilidades a lo previsto en el presente ordenamiento legal.”¹²²

Hoy en día las sociedades mercantiles anónimas que tienen inscritas en el Registro Nacional de Valores¹²³ acciones representativas de su capital social son reguladas por la Ley de Mercado de Valores¹²⁴, conocidas comúnmente como “sociedades públicas”. Con la entrada en vigor de la nueva Ley del Mercado de Valores, dichas sociedades públicas adquirirán, por ministerio de ley, el carácter de Sociedades Anónimas Bursátiles (“SAB”), debiendo dar cumplimiento a lo previsto en dicha ley para las SABs en un plazo de 180 días naturales a partir de su entrada en vigor.

La nueva Ley del Mercado de Valores moderniza la operación de las sociedades públicas con la finalidad de conceptualizar a los grupos de empresas como una misma unidad económica, a la cual le son aplicables de manera consolidada cuestiones tales como: la revelación de información y; las funciones del Consejo de Administración en materia de auditoría y aspectos societarios. Lo anterior a efecto de que las políticas de operaciones con personas relacionadas sean observadas en todos los integrantes del “*grupo empresarial*”¹²⁵, incrementando el nivel de certidumbre en los participantes del mercado.

En lo que se refiere a la administración de las SABs la nueva Ley del Mercado de Valores puntualiza y perfecciona las funciones del Consejo de Administración y del director

¹²² Artículo 22, *Ley del Mercado de Valores* (2006). México, Distrito Federal. Sista.

¹²³ La inscripción en el Registro Nacional de Valores, a cargo de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, es necesaria a efecto de que los valores puedan ser objeto de oferta pública e intermediación en el mercado de valores.

¹²⁴ *Ley del Mercado de Valores* publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1975.

¹²⁵ La nueva Ley del Mercado de Valores define como grupo empresarial, al conjunto de personas morales organizadas bajo esquemas de participación directa o indirecta de capital social, en las que una misma sociedad mantiene el control de dichas personas morales. Asimismo, se considera como grupo empresarial a los grupos financieros.

general tradicionalmente conocidas. El Consejo de Administración de las SABs tendrá a su cargo; el establecer estrategias generales para la conducción del negocio; la aprobación de las operaciones relevantes o aquellas que la sociedad celebre con partes relacionadas (uso y goce de bienes, otorgamiento de préstamos u otorgamiento de garantías a personas relacionadas); aprobación de las políticas contables y los estados financieros, así como la contratación del auditor externo y; la vigilancia de la gestión y conducción de la sociedad y las personas morales que la misma controle y el desempeño de los directivos relevantes.

El Consejo de Administración de las SABs estará integrado por un máximo de 21 consejeros, de los cuales, cuando menos, el 25% deberán ser independientes. El Consejo de Administración, para el desempeño de sus funciones, contará con el auxilio de uno o más comités que el mismo determine. El o los comités que desarrollen las actividades en materia de prácticas societarias y de auditoría son obligatorios y se integrarán exclusivamente con consejeros independientes y por un mínimo de tres miembros designados por el propio consejo, a propuesta del presidente de dicho órgano.

El Comité de Prácticas Societarias tendrá a su cargo entre otros; el solicitar la opinión de expertos independientes en los casos en que lo juzgue conveniente para el adecuado desempeño de sus funciones; opinar en materia de operaciones con partes relacionadas; y; opinar en materia de uso o goce de los bienes de la sociedad.

El Comité de Auditoría tendrá a su cargo; la evaluación del auditor externo, para lo cual podrá requerir la presencia del mismo, sin perjuicio de ello el auditor deberá reunirse por lo menos una vez al año con el comité de auditoría; la discusión de los estados financieros con los responsables de su elaboración y recomendar o no al Consejo de Administración

su aprobación; vigilar el estado del sistema de control interno y de auditoría interna de la sociedad y sus subsidiarias; opinar sobre el informe del director general; investigar incumplimientos a los lineamientos y políticas de operación, sistema de control interno y auditoría interna; y; vigilar que se establezcan mecanismos y controles internos que permitan verificar que los actos y operaciones de la sociedad y las personas morales que la misma controle se apeguen a la normatividad aplicable, garantizar y velar por el cumplimiento de las obligaciones fiscales e implementar metodologías que permitan su desarrollo.

Los presidentes de los comités de prácticas societarias y de auditoría serán designados y/o removidos de su cargo exclusivamente por la asamblea general de accionistas y deberán ser seleccionados por su experiencia, reconocida capacidad y prestigio profesional. Tienen adicionalmente la obligación de elaborar un informe anual sobre las actividades del comité respectivo y presentarlo al Consejo de Administración.

Por otro lado, el director general será responsable, entre otras, de las funciones de gestión, conducción y ejecución de los negocios de las SABs y de las personas morales que éstas controlen, sujetándose para ello a las estrategias, políticas y lineamientos aprobados por el Consejo de Administración. Tiene además a su cargo la suscripción (junto con los directivos relevantes encargados de su preparación) y difusión de la información relevante, así como el ejercicio de las acciones de responsabilidad que procedan.

Adicionalmente, la nueva Ley del Mercado de Valores, precisa la función y responsabilidad de los consejeros y directivos de las SABs, para que los desempeñen procurando la creación de valor en beneficio de la sociedad, sin favorecer a un

determinado accionista o grupo de accionistas, por lo que deberán actuar diligentemente adoptando decisiones razonadas y cumpliendo los demás deberes impuestos por la ley, el Código Fiscal de la Federación y los estatutos sociales. Al efecto la nueva Ley del Mercado de Valores establece los deberes de lealtad y diligencia.

Deber de diligencia, los miembros del Consejo de Administración, en el ejercicio diligente de las funciones que la nueva Ley del Mercado de Valores y los estatutos sociales correspondientes le confieran, deberán actuar de buena fe y en el mejor interés de la SAB y personas morales que ésta controle. Los miembros del Consejo de Administración de las SABs faltarán al deber de diligencia y serán susceptibles de responsabilidad cuando causen un daño patrimonial a la SAB o a las personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa, en virtud de; haberse ausentado, salvo causa justificada a juicio de la asamblea de accionistas, a las sesiones del Consejo de Administración y, en su caso, comités de los que formen parte, y que con motivo de su inasistencia no pueda sesionar legalmente el órgano de que se trate; no revelen al Consejo de Administración o, en su caso, a los comités de los que formen parte, información relevante que conozcan y que sea necesaria para la adecuada toma de decisiones en dichos órganos legales e incumplan deberes que les imponga la Ley del Mercado de Valores o los estatutos sociales de la SAB.

“El deber de diligencia implica el; informarse; prepararse para las sesiones del consejo y comités; participar en las reuniones, evaluar la suficiencia y veracidad de la información; y, velar por el correcto uso y aprovechamiento de recursos humanos y materiales”¹²⁶.

¹²⁶ De la Fuente, Jesús (2009). *Ley del Mercado de Valores*. México: Porrúa.

Las SABs podrán pactar indemnizaciones y contratar a favor de los miembros del Consejo de Administración seguros, fianzas o cauciones que cubran el monto de la indemnización por los daños que cause su actuación a la SAB o personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa.

Deber de lealtad, los miembros y secretario del Consejo de Administración de las SABs deberá guardar la confidencialidad respecto de la información y los asuntos que tengan conocimiento con motivo de su cargo cuando dicha información no sea de carácter público. Los miembros y secretario del Consejo de Administración de las SABs incurrirán en deslealtad y, en consecuencia serán responsables de los daños y perjuicios causados a la SAB o a las personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa, cuando, sin causa legítima, por virtud de su empleo, cargo o comisión, obtengan beneficios económicos para sí o los procuren a favor de terceros, incluyendo a un determinado accionista o grupo de accionistas. Asimismo, los miembros del Consejo de Administración incurrirán en deslealtad, cuando, entre otras cosas; voten en sesiones del Consejo de Administración o tomen determinaciones relacionadas con el patrimonio de la SAB o personas morales que ésta controle, con conflicto de interés; favorezcan, con conocimiento de causa, a un determinado accionista en detrimento o perjuicio de los demás accionistas; aprueben las operaciones que celebre la SAB o las personas morales que ésta controle o en las que tenga influencia significativa, con personas relacionadas, sin ajustarse o dar cumplimiento a los requisitos establecidos por la Ley del Mercado de Valores; hagan uso indebido de la información relevante que no sea del conocimiento público y; aprovechen o exploten, en beneficio propio o a favor de terceros, sin la dispensa del Consejo de Administración, oportunidades de negocio que correspondan a la SAB o personas morales que ésta controle.

“Los deberes de diligencia y lealtad se trasladan también a las empresas subsidiarias o controladas de la sociedad (como parte de la Nueva LMV de romper con el velo corporativo), con lo cual se crea una responsabilidad a los consejeros por actos, hechos y omisiones que tienen efectos en entidades en las que no actúan directamente como administradores”¹²⁷

En virtud de lo anterior, la SAB afectada en ningún caso podrá pactar en contrario, ni prever en sus estatutos sociales, prestaciones, beneficios o excluyentes de responsabilidad, ni contratar a favor de persona alguna seguros, fianzas o cauciones que cubran el monto de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por los rubros antes mencionados.

Por lo que hace a la vigilancia de las SABs, desaparece la figura del comisario de la sociedad anónima. En tal virtud, las funciones de vigilancia se distribuyen entre el Consejo de Administración, los comités de auditoría y prácticas societarias y el auditor externo independiente. Asimismo en materia de asambleas de accionistas y derechos de los socios, con la finalidad de tutelar los intereses de los accionistas, la Ley del Mercado de Valores establece que la Asamblea General ordinaria de accionistas deberá reunirse para aprobar las operaciones que pretenda llevar a cabo la SAB o las personas morales que ésta controle, cuando representen el 25% o más de los activos consolidados de la SAB.

“Encomendar al consejo las estrategias de negocio y al director general la gestión y conducción diaria de la empresa, hace posible transferir hacia el consejo las funciones de vigilancia y control, con el apoyo de consejeros independientes y del auditor externo. Lo

¹²⁷ De la Fuente, Jesús (2009). *Ley del Mercado de Valores*. México: Porrúa.

anterior, sin perjuicio de las facultades de la asamblea de accionistas a quién deberán rendirle cuentas.

El hecho que el consejo de administración vigile la gestión de la dirección general, apoyándose en un comité integrado por consejeros independientes que desempeñen funciones en materia de control interno y en un auditor externo independiente, hace notar que el mantener la figura del comisario generaría duplicidades. Por ello se elimina la figura del comisario en la SAB y en su caso de las SAPI.

El problema de origen de la figura del comisario se genera de la amplitud de su mandato. El artículo 166, fracción IX, de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que debe vigilar “ilimitadamente” y en “cualquier tiempo” la sociedad, lo cual es imposible de cumplir por alguna persona”

La función primordial del comisario en el régimen vigente consiste en verificar la calidad de la información financiera que se genera en la empresa. En la práctica, el comisario es el auditor externo de la empresa o está cercanamente relacionado con el mismo. Sin embargo, estas dos figuras pueden ser incompatibles, ya que el primero es nombrado por un grupo de accionistas y cuenta con otras facultades que pueden resultar en un régimen de vigilancia con algunos problemas de eficiencia.

De hecho, cuando han surgido conflictos entre accionistas, en ocasiones ha sido cuestionada su imparcialidad. Más aún, cuando diferentes grupos de accionistas pueden nombrar cada uno a un comisario, la sociedad puede recibir opiniones diferentes de la situación financiera de la empresa, ocasionando problemas a la sociedad.

La desaparición de la figura del comisario no conlleva la desaparición de las funciones que tradicionalmente le han correspondido. Por el contrario, sus funciones fueron objeto

de una redistribución hacia el consejo de administración, los comités de auditoría y de prácticas societarias y el auditor externo independiente.”¹²⁸

Las SABs podrán estipular en sus estatutos sociales cláusulas que establezcan medidas tendientes a prevenir la adquisición de acciones que otorguen el control de la sociedad, por parte de terceros o de los mismos accionistas siempre que dichas cláusulas; sean aprobadas en asamblea general extraordinaria de accionistas en la cual no haya votado en contra el 5% o más del capital social representado por los accionistas presentes; no excluyan a uno o más accionistas distintos de la persona que pretenda obtener el control de los beneficios económicos que resulten de dichas cláusulas; no restrinjan en forma absoluta la toma de control de la sociedad y; no contravengan lo previsto para las ofertas públicas forzosas de adquisición, ni hagan nugatorio el ejercicio de los derechos patrimoniales del adquirente.

Asimismo los accionistas titulares de acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido, que en lo individual o en conjunto tengan el 10% del capital social de la SAB tendrán derecho a; designar y revocar en asamblea general de accionistas a un miembro del Consejo de Administración; requerir al presidente del Consejo de Administración o de los comités que lleven a cabo las funciones en materia de prácticas societarias y auditoría y solicitar que se aplace por una sola vez, por tres días naturales, la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados.

El desarrollo de los mercados de valores ha demostrado a nivel internacional, que no es posible la consolidación de los mismos si no se cuenta con una adecuada regulación y

¹²⁸ De la Fuente, Jesús (2009). *Ley del Mercado de Valores*. México: Porrúa.

ejecución de las normas de Gobierno Corporativo, en las cuales se deposita la confianza y permanencia de los inversionistas.

México cuenta ya con normas de Gobierno Corporativo; que recogen las experiencias internacionales de los últimos años, que permiten la integración de empresas de mercado que tutelan la protección de los intereses de los inversionistas minoritarios; sin embargo no son suficientes ni eficientes.

Toca el turno a las sociedades, autoridades, órganos autorregulados y demás participantes del mercado de valores mexicano el implementar, cumplir y supervisar el cumplimiento de las normas en materia de Gobierno Corporativo. Del éxito de las mismas dependerá el desarrollo del mercado mexicano de valores.

6. CAPITULO 6 CREACION DEL COMITÉ DE AUDITORIA

El fraude fiscal constituye el principal elemento de inequidad de todo sistema tributario. La actuación de los poderes públicos frente a los comportamientos defraudatorios debe encaminarse no sólo a su detección y a la regularización tributaria, sino también a evitar que esos incumplimientos tengan lugar, incidiendo en el carácter disuasorio de la lucha contra el fraude, y a la vez favoreciendo el cumplimiento voluntario de las obligaciones fiscales; objetivo en el que el comité de auditoría de las sociedades mercantiles juega un papel definitivo.

El comité de auditoría tiene una función vital como órgano supervisor máximo de las finanzas de una entidad. Sus variadas funciones van desde supervisar el manejo de riesgo, fomentar la cultura de la tributación y asegurar la calidad de la información financiera, hasta velar porque el personal de la empresa reciba los mensajes correctos.

“La misión del Comité de Auditoría consiste en dar transparencia a la administración de las entidades para asegurar que las auditorías interna y externa se realicen con la mayor objetividad y que la información financiera que reciban los órganos de administración, los accionistas, los medios de información y el público en general, sea útil, oportuna y confiable; es decir sean suficiente y refleje adecuadamente la posición financiera y los resultados de las operaciones de la entidad que la emita.”¹²⁹

De acuerdo al Código de Mejores Prácticas Corporativas (CMPC) y de la Ley del Mercado de Valores; es un hecho, que los comités de auditoría llegaron para quedarse, no

¹²⁹ De la Fuente, Jesús (2009). *Ley del Mercado de Valores*. México: Porrúa.

únicamente en las empresas que cotizan en el mercado de valores que la tienen que aplicar en forma obligatoria sino en todas las sociedades, públicas o no, convencidos de la bondad y utilidad de su aplicación.

El punto importante que la profesión debe vender; es que las obligaciones derivadas del Código de Mejores Prácticas, de la Ley del Mercado de Valores y de la Ley Sarbanes-Oxley servirán para tener una información financiera globalizada basada en principios de contabilidad generalmente aceptados e información específica por industrias basadas en normas de aplicación estándar, garantizar el ingreso de los recursos suficientes a la economía del Estado; además de información específica acerca de las estrategias corporativas, riesgos en las prácticas de administración, políticas de compensación y una adecuada medición del desarrollo de las empresas.

Aquí vale la pena destacar que la interpretación del funcionamiento de los consejos de administración debe ser de planeación estratégica, de vigilancia en el desarrollo de esa planeación y no convertirse, como algunos lo interpretan, en operadores, lo que automáticamente los convertiría en juez y parte; esta misma situación es aplicable a todos los comités que derivan del consejo: auditoría, finanzas, compensaciones, etcétera.

Lo anterior nos lleva a conformar consejos de administración con miembros totalmente independientes a los accionistas y a los administradores, con todas las consecuencias que eso pueda tener.

La mejor salida que este problema puede tener, es la que se ha dado en la práctica en algunos países: incorporar consejeros independientes a las empresas. Seguramente, esto dará origen a una nueva función, la de consejero independiente. Esta nueva actividad aportará mayor confianza en la información que se proporcione, no sólo a los inversionistas mayoritarios y minoritarios, sino al fisco, proveedores, trabajadores y al interesado en el desarrollo de las empresas.

“El comité de auditoría, se constituye como órgano del consejo de administración para coordinar las actividades tendientes a la correcta evaluación de riesgos de la sociedad y de las personas morales en cuyo capital social participe mayoritariamente, con la colaboración de auditoría interna, las áreas involucradas y, en su caso, el apoyo de asesores externos.”¹³⁰

Los comités de auditoría se van a convertir en una parte fundamental para conocer la integridad de los reportes financieros, del control interno y de los procedimientos implementados por la administración, lo que forzosamente agregará confianza a los usuarios de la información

La composición de los comités de auditoría en nuestro país se ha dado, utilizando a los consejeros independientes únicamente; pero sería mejor que también se incorporaran miembros que no fueran consejeros independientes, pues sobran abogados fiscalistas certificados que aportarían una alta calidad a su funcionamiento.

¹³⁰ De la Fuente, Jesús (2009). *Ley del Mercado de Valores*. México: Porrúa.

Al respecto, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en su Circular única de casas de bolsa, estableció las funciones mínimas que deberá realizar el comité de auditoría, así como las normas relativas a su integración, periodicidad de sus sesiones y la oportunidad y suficiencia de la información que deba considerar y algunos aspectos son:

“Artículo 108.- El consejo de administración de cada casa de bolsa deberá constituir un comité de auditoría, cuyo objeto será entre otros, apoyar al citado consejo en la definición y actualización de los objetivos, políticas y lineamientos del sistema de control interno, así como en la verificación y evaluación de este último. Asimismo, el comité referido dará seguimiento a las actividades de auditoría interna y externa de la casa de bolsa, fungiendo como un canal de comunicación entre el consejo de administración por una parte y los auditores interno y externo por la otra...”

Artículo 109.- El comité de auditoría deberá, al menos, desempeñar las actividades siguientes:

- I. Elaborar para aprobación del consejo de administración, previa opinión del director general:*
 - a) Los objetivos, lineamientos y políticas en materia de control interno que la propia casa de bolsa requiera para el adecuado funcionamiento, así como sus actualizaciones.*

- b) La propuesta de designación del auditor externo independiente, así como el alcance de sus actividades.*
 - c) Los códigos de conducta y ética de la casa de bolsa.*
 - d) Las políticas contables referentes al registro, valuación de rubros de los estados financieros y presentación y revelación de información de la casa de bolsa, a fin de que ésta sea precisa, íntegra, confiable, oportuna y que coadyuve a la toma de decisiones.*
 - e) Las políticas a que hace referencia el artículo 186 de las presentes disposiciones...*
- II.** *Aprobar los manuales en materia de control interno que se requieran para el correcto funcionamiento de la casa de bolsa, acordes con los lineamientos generales que sobre el particular hayan sido aprobados por el consejo de administración.*
- III.** *Verificar, cuando menos una vez al año o cuando lo requiera la Comisión, que el programa de auditoría interna se desempeñe de conformidad con estándares de calidad adecuados en materia contable y de controles internos, y que las actividades del área de auditoría interna se realicen con efectividad.*
- IV.** *Vigilar en todo momento la independencia del área de auditoría interna respecto de las demás unidades de negocio y administrativas de la casa de bolsa.*

- V. *Vigilar que las políticas, procedimientos y operaciones contenidas en los manuales en materia de control interno, sean acordes con las leyes y demás disposiciones reglamentarias y administrativas aplicables, así como con los objetivos, lineamientos y políticas de control interno aprobados por el consejo de administración.*
- VI. *Evaluar e informar al consejo de administración, cuando menos una vez al año, sobre la situación que guarda el sistema de control interno de la casa de bolsa. El informe deberá contener, como mínimo, lo siguiente:*
- a) *Las deficiencias, desviaciones o aspectos del sistema de control interno que requieran una mejoría, tomando en cuenta para tal efecto los informes y dictámenes de los auditores interno y externo.*
 - b) *La mención y seguimiento de las medidas preventivas y correctivas implementadas con base en las observaciones de la Comisión y los resultados de las auditorías interna y externa, así como con la evaluación del sistema de control interno realizada por el propio comité.*
 - c) *La valoración del desempeño de las funciones del área de auditoría interna y externa, así como las de contraloría interna.*

- d) *La evaluación del desempeño del auditor externo independiente, así como de su dictamen y de los reportes o informes que éste elabore en cumplimiento de las disposiciones de carácter general establecidas por la Comisión.*

- e) *Los aspectos relevantes que pudieran afectar el desempeño de la casa de bolsa.*

Los manuales a que se refiere la fracción II de este artículo deberán ser revisados al menos una vez al año o cuando existan cambios significativos en la operación de la casa de bolsa.”¹³¹

6.1. EL AUDITOR EXTERNO

“Por auditor externo se entiende al contador público que cuente con capacidad técnica certificada por algún órgano colegiado de contadores públicos que integre a la mayoría o represente al mayor número de estos profesionistas, cuente con la honorabilidad y cumpla con los requisitos independencia conforme al artículo 83 de la Circular única de Emisoras y sea socio de un Despacho que preste servicios profesionales de auditoría ajustándose a lo previsto en los artículos 85 y 86 de dicha Circular.”¹³²

¹³¹ Artículos 108 y 109 *Circular única de casas de bolsa*. Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 6 de septiembre de 2004, modificadas mediante Resoluciones publicadas en el mismo Diario Oficial el 9 de marzo de 2005, 29 de marzo, 26 de junio, 6 y 22 de diciembre de 2006, 17 de enero de 2007, 11 de agosto, 19 de septiembre y 23 de octubre de 2008.

¹³² De la Fuente, Jesús (2009). *Ley del Mercado de Valores*. México: Porrúa.

El auditor externo de la casa de bolsa, podrá asistir a las sesiones del consejo de administración para informar sobre aquellos asuntos relacionados con el desarrollo o los resultados de la auditoría

El principal objetivo es asegurar que sean personas calificadas para el desempeño de su actividad, que realicen ésta con integridad y con un adecuado grado de independencia. Se requiere que los servicios sean prestados por personas morales, con el propósito de beneficiar la transparencia, certidumbre y calidad en la prestación de servicios.

Considerando que el abogado externo sólo emite opiniones legales y los aspectos sobre las que versan éstas; se estima que no existe incompatibilidad entre las funciones del Secretario del consejo y la emisión de las opiniones señaladas. En el artículo 87 de la Circular Única de Emisoras que forma parte de dichas disposiciones expedidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores se señala: "**ARTICULO 87.-** *El licenciado en derecho que rinda la opinión legal en términos del artículo 87, fracción II de la Ley del Mercado de Valores, no será independiente respecto de la emisora para los efectos de dicho precepto legal, cuando a la fecha de celebración del contrato de prestación de servicios y durante el desarrollo de los estudios y análisis necesarios para emitir la opinión correspondiente, éste, el despacho en el que, en su caso, labore o algún socio o empleado del propio despacho, según corresponda, se ubiquen en alguno de los supuestos a que hace referencia el artículo 83, fracciones I a VI y VIII de estas disposiciones o, en su caso, presten servicios adicionales que impliquen o puedan implicar la existencia de conflictos de interés.*

Asimismo, se entenderá que el licenciado en derecho a que hace referencia este artículo, no es independiente, cuando éste o el despacho en el que en su caso labore, algún socio o empleado del despacho, mantenga convenios o relaciones de reciprocidad con el Auditor Externo de la Emisora para la prestación de sus servicios.

El licenciado en derecho a que hace referencia este artículo, a la fecha en que se suscriba el contrato de prestación de servicios correspondiente deberá entregar a la Emisora y a través de ésta a la Bolsa para su difusión al público inversionista, un documento en donde manifieste, bajo protesta de decir verdad, lo siguiente:

- I. Su consentimiento para proporcionar a la Comisión cualquier información que ésta le requiera a fin de verificar su independencia.*

- II. Que se obliga a conservar físicamente o a través de medios electromagnéticos y por un periodo no inferior a 5 años, en sus oficinas, toda la documentación, información y demás elementos de juicio utilizados para elaborar la opinión correspondiente y a proporcionarla a la Comisión.*

- III. Su consentimiento para que la Emisora incluya en el prospecto o suplemento a que hacen referencia los artículos 2o., fracción I, inciso m) y 3o., fracción X de las presentes disposiciones, la opinión legal que rindió, así como cualquier otra información legal cuya fuente provenga de la mencionada opinión legal.*

Lo anterior, en el entendido que previamente a la inclusión de la información, el licenciado en derecho la verifique.”¹³³

Adicionalmente, los Licenciados en Derecho a que se refiere este precepto, no podrán mantener acuerdos de reciprocidad con los auditores externos que contrate la emisora, cuando impliquen la existencia de relaciones de negocio para la prestación de sus servicios profesionales que puedan derivar en conflictos de interés. A su vez, los auditores externos tienen la obligación de denunciar al comité de auditoría cualquier irregularidad o situación observada con motivo de la prestación de sus servicios, que ponga en peligro la estabilidad, liquidez o solvencia de la emisora, así como cualquier violación o incumplimiento a la ley.

La relación de los auditores externos dependerá en el futuro del Comité de Auditoría; este último es el vínculo entre la empresa y el auditor externo, hará los arreglos necesarios para pedir cotización a las firmas, determinará con los auditores externos el monto de los honorarios, revisará el programa de trabajo para llevar a cabo la auditoría, teniendo las reuniones necesarias para discutir los problemas que se presenten. Una de las funciones más importantes del comité es determinar la independencia de los auditores, deberá también vigilar que exista una adecuada coordinación entre los auditores internos y externos. El comité también debe revisar que la auditoría interna, tenga la capacidad y los recursos necesarios para llevar a cabo un buen trabajo.

¹³³ Artículo 87 *Circular única de Emisoras*, Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 19 de marzo de 2003, modificadas mediante Resoluciones Primera, Segunda, Tercera y Cuarta, publicadas en el citado Diario Oficial el 7 de octubre de 2003, 6 de septiembre de 2004, 22 de septiembre de 2006 y 19 de septiembre de 2008, respectivamente.

Por supuesto que ambos auditores deben establecer un canal de comunicación adecuado con el comité, para informar de lo encontrado oportunamente; a su vez, el comité tendrá un canal similar para reportar al consejo de administración.

El objetivo del trabajo de los auditores externos no cambia, por las reglas del gobierno corporativo, seguirán opinando que los estados financieros se presenten razonablemente, velarán por el cumplimiento de las obligaciones fiscales, en todos los aspectos importantes, la situación financiera de la entidad, el resultado de sus operaciones, las variaciones en el capital contable y los cambios en la situación financiera de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados. El cambio se da en la comunicación y discusión del entorno de la auditoría con el comité.

La discusión entre el Comité y los auditores externos deberá incluir; las credenciales de la firma, experiencia en la industria en que se va a llevar a cabo el trabajo, incluida la independencia y cómo se va a desarrollar el trabajo; la revisión de controles internos así como la identificación de riesgos que puedan afectar los estados financieros y su inclusión en el plan de trabajo. Respecto a los reportes financieros, revisar y reportar cuando se alejen de políticas contables, descubrimientos y observaciones que afecten la calidad de los informes.

Los auditores externos también deberán reportar todos los asuntos de importancia que consideren la atención del comité; las discusiones entre el comité y los auditores se darán

durante todo el año y no al final del trabajo, con objeto de corregir sobre la marcha lo que sea necesario.

Con el fin de dar seguridad a la función que realizan los auditores y abogados externos, se estableció en la Ley del Mercado de Valores que sólo serán responsables por los daños y perjuicios que ocasionen a la emisora, por negligencia inexcusable o cuando emitan dolosamente información relevante o incorporen información falsa u omisiones.

“Artículo 347.- Las personas que proporcionen servicios de auditoría externa, así como dictámenes, informes u opiniones previstas en esta Ley, responderán por los daños y perjuicios que ocasionen a la emisora que los contrate, cuando:

- I. Por negligencia inexcusable, el dictamen u opinión que proporcionen contenga vicios u omisiones que en razón de su profesión u oficio debieran formar parte del análisis, evaluación o estudio que dio origen al dictamen u opinión.*

- II. Intencionalmente, en el dictamen u opinión:*
 - a) Omitan información relevante de la que tengan conocimiento, cuando deba contenerse en su dictamen u opinión.*

 - b) Incorporen información falsa o que induzca a error, o bien, adecuen el resultado con el fin de aparentar una situación distinta de la que corresponda a la realidad.*

- c) *Recomienden la celebración de alguna operación, optando dentro de las alternativas, en su caso existentes, por aquella que, a sabiendas, habrá de generar efectos patrimoniales notoriamente perjudiciales para la sociedad o para un determinado grupo de socios o tenedores de valores.*

- d) *Sugieran, acepten, propicien o propongan que una determinada transacción se registre en contravención de los principios de contabilidad emitidos o reconocidos por la Comisión.*

*Las acciones por los actos ilícitos a que se refiere este artículo se ejercerán en términos de lo establecido en el artículo 38 de esta Ley, o bien, tratándose de instrumentos de deuda, por el representante común de los tenedores de valores, previo acuerdo de la asamblea de tenedores.*¹³⁴

6.2. EVALUACIÓN DE LOS AUDITORES EXTERNOS

La actual avalancha de estados financieros re-expresados, proyecciones erróneas sobre las utilidades y prominentes fracasos fiscales y corporativos, ha enviado una fresca corriente de cambio que recorre las salas de consejo de las compañías, con la finalidad de fortalecer la independencia y efectividad de los comités de auditoría.

Como respuesta a lo anterior, los miembros de comités de auditoría estarán interesados en mejorar; tanto la efectividad como la eficiencia de sus comités, incluyendo una mejor

¹³⁴ Artículo 347, *Ley del Mercado de Valores* (2006). México, Distrito Federal. Sista.

interacción del comité de auditoría con la administración, auditoría interna y los auditores externos. La relación con los auditores externos es un elemento clave de reforma tanto en el Reino Unido como en los Estados Unidos. Los comités de auditoría parecen determinados a asumir mayor responsabilidad, incluyendo una mejora en sus responsabilidades relacionadas con la designación de auditores externos y aprobar importantes servicios distintos a la auditoría (*non-audit services*).

El comité de auditoría juega un papel clave en revisar el alcance y los resultados de la auditoría externa, su rentabilidad, así como la independencia y objetividad de los auditores. En los casos en los que los auditores provean un importante volumen de servicios distintos a la auditoría, el comité deberá revisar la naturaleza y alcance de dichos servicios, tratando de equilibrar el que se mantenga la objetividad y el valor por el dinero erogado.

En el entorno actual, muchos comités de auditoría se encuentran considerando la manera en que deberían cumplir con sus responsabilidades en relación con la efectividad y eficiencia de los arreglos de auditoría externa. El poner en licitación la auditoría no es de ninguna manera la única opción disponible para cumplir con esta responsabilidad. Los comités de auditoría deben ser capaces de evaluar el desempeño de sus auditores independientes y de hacerlos responsables por el desempeño de sus obligaciones profesionales.

Una alternativa válida a la licitación sería la revisión del proceso de auditoría, la efectividad y desempeño del equipo de auditoría, su rendimiento, calidad y rentabilidad de

la auditoría. Además de ayudar a optimizar el desempeño de los auditores, tal revisión fomentaría la buena comunicación entre el auditor y el comité de auditoría.

Tal revisión debería evaluar la relación entre el auditor y la alta gerencia y garantizar la existencia de un equilibrio adecuado. La relación no deberá ser tan cercana que pudiera poner en riesgo la independencia y objetividad de los auditores; no obstante, deberá ser tal que tanto la administración como los auditores puedan trabajar conjuntamente en un ambiente de retos constructivos.

Para lo anterior, sugiero una lista de puntos a revisar para que un comité de auditoría realice una revisión formal de la efectividad y eficiencia de sus auditores externos, sin tener que recurrir a licitación. Esta revisión le proporciona al comité de auditoría un enfoque disciplinado para revisar constantemente el desempeño de los auditores. Asimismo, servirá para asegurarse que los auditores se mantienen alerta a las necesidades de la compañía y para conservar una relación adecuada con la alta gerencia, el comité de auditoría y el consejo de administración, en su conjunto. Sugiero una lista de puntos a revisar para que un comité de auditoría realice una revisión:

6.2.1. CAPACIDAD DE LA FIRMA DE AUDITORES EXTERNOS

¿Cuál es la reputación de la firma de auditores externos?

¿Existen casos recientes o actuales de litigio en contra de la firma?

¿Cuál es la reputación y presencia de la firma de auditores externos en mi industria?

¿Tiene la firma de auditores externos la capacidad, los recursos y la cobertura geográfica que se requiere para auditar a esta compañía?

6.2.2. PROCESOS DE CALIDAD

¿Cuáles son los procesos de control de calidad en la firma de auditores externos?

Los factores a considerar, incluyen el nivel y naturaleza de los procedimientos de revisión, en enfoque a juicios y asuntos de auditoría, revisiones independientes de control de calidad y el enfoque al riesgo que tiene la firma de auditores externos.

¿De qué manera se remunera y evalúa a las personas clave de la firma de auditores externos?

¿Se corre el riesgo de afectar la independencia de los auditores externos con estos esquemas de remuneración y evaluación?

¿Cuál es el proceso de la firma de auditores externos para la revisión interna de los juicios sobre asuntos de contabilidad, incluyendo el entendimiento de asuntos clave?

¿Qué especialistas utiliza la firma de contadores externos y de qué manera están relacionados con el proceso de auditoría?

6.2.3. EQUIPO DE AUDITORÍA

¿Cuentan las personas asignadas al equipo de auditoría externa con la experiencia necesaria, incluyendo conocimiento de la industria, para auditar de manera efectiva esta compañía?

¿Se han asignado recursos suficientes a la auditoría?

¿Cuál es el alcance del involucramiento del socio a cargo de la auditoría o de otro personal de jerarquía en el proceso de auditoría? ¿Es suficiente?

¿Cuenta la firma de auditores externos con planes para suceder a miembros clave del equipo, que cumplan con los requisitos de rotación de socios de auditoría y que faciliten la preservación de la objetividad?

6.2.4. ALCANCE DE LA AUDITORÍA

¿Es adecuado el alcance de auditoría externo para atender la totalidad de los riesgos existentes en la generación de información financiera que enfrenta la compañía?

Los factores a considerar incluyen la cobertura geográfica, los recursos asignados, el nivel de las pruebas de auditoría y la naturaleza de los informes de auditoría que se emiten en cada ubicación.

¿Acuerda la firma de auditores externos el alcance y el plan de auditoría con el comité de auditoría?

¿Son de un nivel adecuado las aportaciones que los especialistas hacen a la auditoría en áreas como impuestos, pensiones, regulaciones y el medio ambiente?

¿Cubre la auditoría externa todas las operaciones clave?

¿De qué forma se controlan las auditorías en el extranjero?

¿Se tiene un estándar de efectividad en la auditoría constante a nivel internacional?

¿Son efectivos los procesos de emisión de informes para equipos de auditoría en subsidiarias?

¿Cuál es el enfoque de la firma de auditores externos para obtener y evaluar las declaraciones de la administración?

¿Tiene el auditor externo una relación de trabajo efectiva con auditoría interna?

6.2.5. HONORARIOS DE AUDITORÍA

¿Son razonables los honorarios de auditoría, dado el alcance de la auditoría externa?

¿Cómo se comparan los honorarios que devenga la auditoría con las de otras compañías de tamaño similar de esta industria? (Los honorarios demasiado altos o bajos pueden ser motivo de preocupación.)

¿De qué manera se manejan las diferencias entre honorarios reales y estimados?

¿Se evalúan las cantidades y relación de honorarios y servicios de auditoría y de servicios distintos de la auditoría?

6.2.6. COMUNICACIONES DE AUDITORÍA

¿Informa oportunamente la firma de auditores externos al comité de auditoría lo referente a asuntos importantes y nuevos hallazgos respecto a administración de riesgos, gobierno corporativo, contabilidad financiera, obligaciones tributarias y sobre riesgos y controles relacionados?

¿Discute el auditor externo las políticas contables críticas y si el tratamiento contable es conservador o agresivo?

¿Se reúnen la firma de auditores externos y el comité de auditoría de manera libre, periódica y confidencial?

¿Resuelve la firma de auditores externos problemas de contabilidad oportunamente? ¿Pide la firma de auditores externos retroalimentación respecto a la calidad y efectividad de los servicios que prestan?

6.2.7. ADMINISTRACIÓN DE LA AUDITORÍA EXTERNA E INDEPENDENCIA

¿Controla el comité de auditoría la relación con el auditor externo o la controla la administración?

¿Tiene la firma de auditores externos líneas abiertas de comunicación e información con el comité de auditoría?

¿Se comunican adecuadamente las diferencias de auditoría no ajustadas y las debilidades en controles internos?

¿Demuestran las personas asignadas a la auditoría un alto grado de integridad en sus tratos con el comité de auditoría?

¿Comenta la firma de auditores externos con el comité de auditoría su proceso interno para garantizar la independencia?

¿Respeto la administración a los auditores externos como proveedores de un proceso de auditoría objetivo y retador?

¿Es adecuado el nivel y la naturaleza de actividades sociales entre la firma de auditores externos y la administración?

¿Tienen los servicios distintos a la auditoría el potencial de afectar la independencia de la auditoría?

Es importante reconocer que el responder a las leyes y mejores prácticas ha originado el designar presupuestos específicos para fortalecer las funciones de los Comités, siendo ahora el reto para las organizaciones el aprovechar los beneficios de contar con un Comité de Auditoría sólido y con prácticas mundialmente recomendadas.

En teoría la función de los Comités de Auditoría no ha cambiado. Su responsabilidad consiste en vigilar la integridad y confiabilidad en los estados financieros de las empresas.

En la práctica sin embargo, servir en un Comité de Auditoría, se ha convertido en un trabajo más demandante. Los reguladores han puesto más énfasis sobre la calidad del Control Interno en las compañías y sobre las capacidades e independencia de los miembros del Comité.

Una consideración que no podemos hacer a un lado es la del comportamiento ético de todos los involucrados en el ambiente de negocios; podemos seguir creando leyes, comités, multas elevadas, poner policías atrás de los Comités y siempre habrá alguien dispuesto al fraude; podemos escribir códigos y reglamentos de comportamiento y firmarlos todos los involucrados, pero si no hay un comportamiento ético nada funciona.

Desgraciadamente, la ética en los negocios y en el comportamiento humano, cada día se deteriora más, como los ejemplos de grandes fraudes en Estados Unidos y Europa.

6.3. OBJETIVOS DEL COMITÉ DE AUDITORIA.

1.- Convertirse en un órgano con autoridad para auditar, supervisar, vigilar y preveer riesgo, crisis en los mercados financieros; los incumplimientos de leyes y regulaciones; sobre todo detectar con oportunidad la actuación delictuosa, falta de ética de los Directivos o políticas de la empresa; entre otros, son ejemplos de riesgos que la entidad debe estar preparada para administrar.

Una de las principales responsabilidades de los Comités de Auditoría es asegurar que los encargados de administración de riesgo, posean un plan adecuado para monitorear, medir y mitigar los diversos riesgos de la entidad.

2.- Supervisar el proceso de la revelación de información. Las empresas públicas están en la obligación de emitir periódicamente a los reguladores y accionistas estados financieros elaborados de acuerdo a las leyes y regulaciones vigentes. En el caso de las entidades que utilizan las NIIF (Normas Internacionales de Información Financiera) o GAAP (Generally Accepted Accounting Principles), normas que requieren de un número mayor de revelaciones y de información más compleja en los estados financieros; esto implica que el Comité deberá estar al tanto de los últimos cambios en estas normas.

Las dificultades de las empresas para seguir y asimilar los cambios en la normativa contable se observaron recientemente con la adopción de la *NIIF7*¹³⁵, ya que muy pocas entidades estuvieron debidamente preparadas para estos cambios. La práctica recomendable para evitar estos problemas, consiste en que las entidades complejas y públicas establezcan un Comité de Revelaciones; cuya principal responsabilidad será revisar que los informes que se incluyen en los estados financieros, estén completos y en cumplimiento con las regulaciones y normas fiscales y contables.

Revelaciones incompletas o que no cumplen con los requisitos de los reguladores pueden afectar las calificaciones que recibe una entidad. El Comité de Auditoría debe monitorear que el Comité de Revelaciones o la gerencia (cuando no exista este comité) cumplan adecuadamente con estas responsabilidades.

3.- Estar al día en temas de valor razonable, NIIF, y otros temas relacionados con el proceso de emisión de reportes financieros.

Uno de los temas de mayor importancia en las normas (NIIF y GAAP) es poder determinar el valor razonable de todos los activos y pasivos financieros. Los mercados en Panamá y en Centroamérica no califican como mercados activos y por consiguiente en la mayoría de los casos los precios de mercado no pueden ser utilizados.

Las entidades requieren de determinar los valores aplicables para todos los instrumentos financieros. En dichos procesos, junto con los modelos de valuación que se utilizan, así

¹³⁵ El objetivo de esta NIIF es requerir a las entidades que, en sus estados financieros, revelen información que permita a los usuarios evaluar: la relevancia de los instrumentos financieros en la situación financiera y en el rendimiento de la entidad; y la naturaleza y alcance de los riesgos procedentes de los instrumentos financieros a los que la entidad se haya expuesto durante el ejercicio y en la fecha de presentación, así como la forma de gestionar dichos riesgos.

como las políticas contables y los juicios y estimaciones de la gerencia son incorporados en los informes financieros remitidos a los reguladores y accionistas y requieren de un continuo monitoreo por parte del Comité.

4.- Asegurarse que el Vicepresidente o gerente de finanzas-contabilidad (CFO) y su departamento tengan los recursos necesarios para realizar su trabajo.

La función del CFO ha ido evolucionando durante los últimos años y se ha vuelto mucho más compleja y abarcadora.

En la actualidad, muchos CFO asumen, además de sus responsabilidades básicas de la función contable financiera, otras obligaciones como participar activamente en la elaboración de estrategias, control de riesgos, supervisión de la tecnología, procesos de fusiones, adquisiciones y cumplimiento, entre otras actividades.

Los CFO necesitan ser apoyados por el Comité de Auditoría para cumplir con los objetivos a mediano y largo plazo de la entidad. El Comité debe asegurarse de que existe un plan de sucesión para las posiciones claves de finanzas y contabilidad; que el área cuente con el presupuesto necesario y que el personal clave posea el perfil y requisitos necesarios para cumplir con las diferentes funciones que le corresponden.

5.- Asegurarse que hay una visión compartida con la auditoría interna. Para muchos Comités de Auditoría, es difícil distinguir claramente la actividad que corresponde a la función de auditoría interna: ¿debe participar en el manejo de riesgos y auditorías operacionales? ¿O su función debe ser únicamente realizar auditorías sobre los procedimientos de control interno y el proceso de emisión de reportes financieros?

Determinar el enfoque de la función de la auditoría interna y asegurarse que ésta cuenta con los recursos y personal con el perfil necesario para realizar eficazmente las tareas que le corresponden es responsabilidad del Comité de Auditoría. Igualmente, es su responsabilidad reforzar la independencia de los auditores internos y su responsabilidad ante el Comité de Auditoría.

6.- Solicitar comunicación frecuente con la auditoría externa. Es una sana práctica que el presidente del Comité de Auditoría se reúna periódicamente con el Despacho encargado de la auditoría externa, de manera que pueda estar informado de los principales temas y asuntos contables y de control que hayan surgido durante el periodo.

Esto permitirá conocer los problemas encontrados por el auditor externo en los temas contables puedan ser resueltos en forma temprana y oportuna.

La frecuencia de estas comunicaciones informales es la base para una sólida relación con el auditor, lo cual permitirá al Comité de Auditoría mantener reuniones más provechosas con la Junta Directiva.

7.- Estar preparado para una crisis. Las crisis surgen en los momentos más inesperados. Por ejemplo, una noticia presentada por la prensa puede poner en juego la imagen y la reputación de una entidad. En situaciones como ésta, es preciso poder reaccionar rápidamente para controlar el daño.

Contar con un plan de manejo de crisis, permitirá a la empresa reaccionar apropiadamente ante acusaciones (válidas o no válidas) relacionadas con el blanqueo de capitales, irregularidades contables, fraudes, incumplimiento de leyes y regulaciones y otras situaciones que puedan afectar la imagen y reputación de la empresa.

8.- Asegurarse que la Junta Directiva conozca las actividades y necesidades del Comité de Auditoría. La comunicación con la Junta Directiva es uno de los factores críticos de éxito para el Comité de Auditoría. Debido a la función del Comité en el proceso de monitoreo en la emisión de informes financieros, revelaciones en los estados financieros, control interno, administración de riesgos y cumplimiento, una comunicación adecuada y oportuna con la Junta Directiva; es esencial para una supervisión efectiva del riesgo, poder identificar asuntos de riesgos críticos emergentes que afecten los reportes financieros, y poder aprobar con la seguridad necesaria, los estados financieros de la entidad.

9. - Evaluar el “*tone at the top*”¹³⁶. El Comité debe promover una cultura de cumplimiento y compromiso con la generación de información financiera íntegra a través de la organización. Evaluar lo adecuado de los procesos y herramientas utilizadas (por ejemplo, encuestas a empleados) para el monitoreo del cumplimiento de políticas a través de la organización, y asegurarse que las actividades de la gerencia superior (“senior”) sean claras, no sean ambiguas, y que el tono del mensaje sea consistente.

10.- Ser estricto con el desempeño del Comité de Auditoría. Los Comités deben anualmente realizar una auto-evaluación de su gestión y efectividad. Una auto-evaluación no es fácil, pero es esencial. Para muchos Comités estas evaluaciones no han sido productivas.

¹³⁶ Es el estándar establecido por los líderes de la organización según el cual se mide su rendimiento, la cultura con la cual los miembros de la organización operan, el tono establecido por la gerencia senior, con independencia de la documentación de la gestión estratégica y políticas, es la fuerza que impulsa a los profesionales individuales, la mano invisible que dirige las actividades sin importar la proximidad del management a la acción, y un compromiso con la calidad en la atención que reciben los clientes. Aunque el compromiso de calidad sea descrito en la estrategia de la organización, comunicaciones, descripciones de puestos, proceso de evaluación de desempeño, etc., a menos que el mensaje se transforme en una forma de vida en la organización, donde el management realmente predique con el ejemplo, la probabilidad de logro de los objetivos organizacionales podría ser sustancialmente disminuida.

El primer paso a seguir, es asegurarse que todos los miembros comprendan la importancia de esta evaluación. Utilice programas disponibles en el mercado o desarrolle los suyos amoldados a su organización y exigencias.

Una vez cuente con el programa y tenga los resultados, realice el seguimiento necesario para mejorar el desempeño del Comité de Auditoría.

6.4. BENEFICIO DE CONTAR CON UN SISTEMA DE AUDITORIA

Ya que hemos tratado las razones para contar con un comité de auditoría y las características de éstos, es necesario definir los beneficios que una organización debe de comprender y valorar al tener un órgano de gobierno independiente cuyo objetivo es el contribuir de manera profesional y con un alto sentido de responsabilidad y ética, al cumplimiento de objetivos estratégicos de la organización y asegurar que las prácticas de negocio se den de acuerdo a las políticas establecidas por la asamblea de accionistas a través del consejo de administración.

Por citar algunos de los principales beneficios sin tratar de ser exhaustivos, podemos mencionar los siguientes:

- a) Se logra un mayor valor de la empresa al atraer inversionistas que buscan invertir en negocios que cuenten con estructuras y prácticas de buen gobierno corporativo dando de esta manera seguridad a su inversión.
- b) Contribución a logro de objetivos estratégicos de la organización.
- c) Mejora continua en las distintas áreas del negocio.

- d) A nivel del consejo de administración se logra una adecuada comunicación y seguimiento sobre temas de relevancia que interesan a la organización al mantenerse debidamente informado a través del comité de auditoría.
- e) Se logra un cumplimiento adecuado de las obligaciones fiscales, evitando así el fraude fiscal y contribuyendo al crecimiento de la economía del Estado.

Muchas son las acciones hechas por el regulador para incorporar cambios en las leyes y reglamentos relativos a comités de auditoría, haciendo que éstos cumplan con las necesidades del mundo actual de negocios. Sin embargo, las organizaciones no debieran implementar prácticas de buen gobierno, únicamente por dar cumplimiento a la regulación, se deben valorar los beneficios de contar con éstas y provocar un cambio cultural en sus organizaciones de manera que se disfruten los beneficios de contar con estructuras y buenas prácticas de gobierno corporativo.

7. CAPITULO 7 PROPUESTA DE CREACIÓN DEL CONSEJO DE VIGILANCIA CORPORATIVO Y EL MANUAL DE GOBIERNO CORPORATIVO.

Habiendo realizado un estudio sobre las sociedades mercantiles, su funcionamiento y la poca vigilancia que se presta al desempeño de sus directivos, y de actuaciones poco éticas y en la mayoría de los casos fraudulentas por parte de estos; concluyó que en México es necesario institucionalizar con fundamento legal; un consejo de vigilancia corporativa cuya función total consistirá en garantizar el cumplimiento de las obligaciones fiscales así como; vigilar y dictaminar la actuación de las políticas de la empresa, las cuales sean propuestas por sus directivos; alertando con puntual oportunidad las situaciones de riesgo que se presenten para estas entidades mercantiles, que puedan devenir de conductas dolosas, poco éticas o incorrectas.

Entre las reformas legales inmediatas que se sugieren sean adoptadas por nuestros legisladores; se encuentran entre otras: que se implemente de manera obligatoria en el Código Fiscal de la Federación la obligación para todos los contribuyentes de contar con un gobierno corporativo y un consejo de vigilancia, que se legisle sobre la creación de mecanismos para el mejoramiento de la protección de los derechos de los accionistas; permitiendo el voto en ausencia a través de medios electrónicos y la notificación a las sesiones de Junta General por email, además de correo certificado; definir finalmente quiénes son esos terceros que eventualmente pueden solicitar la intervención de una compañía; ya que de esa forma se reconocerán claramente los derechos que tienen los inversionistas, acreedores, y trabajadores; estipular un control eficaz de la dirección (administradores) por parte del Directorio de las sociedades anónimas, así como delinear

con precisión las responsabilidades de ese Directorio con relación a la empresa y sus accionistas.

Me inclino también; por el principio de que se haga público el paquete retributivo del Directorio, de su Presidente y demás miembros del Consejo de Administración en los Bancos y demás entidades financieras y de todas aquellas sociedades mercantiles; así como por la creación de comités de directores independientes con funciones de supervisión en las labores financieras, fiscales y de auditoría de estas compañías.

Se deben establecer claramente los deberes de lealtad que el accionista mayoritario y controlador de una sociedad, debe acatar respecto del resto de socios minoritarios, con el objeto de evitar que utilice su posición privilegiada en detrimento del resto de socios o incluso en perjuicio del fisco, bajo la urgente necesidad de reformular íntegramente los principios que informan los grupos de empresas en nuestro país.

En consecuencia y como más adelante se hará, propongo: la creación de una institución corporativa que se denominará **“CONSEJO DE VIGILANCIA FISCAL Y CORPORATIVA”**; así como la obligación para todas las sociedades de contar con un **MANUAL o REGLAMENTO DE GOBIERNO CORPORATIVO**; y las reformas legales necesarias; entre otras leyes de, el Código Fiscal de la Federación, la Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley del Mercado de Valores, Código de Mejores Prácticas Corporativas, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y al Reglamento de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros en materia de inspección, vigilancia y contabilidad.

7.1. LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

La Ley General de Sociedades Mercantiles, fue creada con la finalidad de normar la constitución de las empresas y su funcionamiento. Desde que fue promulgada, a mediados del siglo pasado, no ha sufrido reformas en materia de órganos de vigilancia en consecuencia; actualmente es considerada como insuficiente para conseguir dicha finalidad contando solo con la arcaica figura del Comisario. Una reforma a esta Ley es urgente; específicamente en relación a dos puntos que menciona entre sus lineamientos: la vigilancia y constitución de las sociedades.

Con respecto a la constitución de una sociedad mercantil; la Ley, señala entre otras las funciones que realiza el administrador pueden llevarse a cabo por personas ajenas o no a la organización y que el Consejo de Administración se integrará en caso de haber más de un administrador a cargo de la sociedad. Para su vigilancia crea la figura del Comisario, encargado de realizar diversas tareas; entre las que se encuentran: vigilar el funcionamiento correcto cerciorándose del cumplimiento de las obligaciones legales, sistema contable y su cumplimiento, desempeño del Consejo de Administración, revisión ilimitada y en todo tiempo de las operaciones de la entidad, convocar a asambleas de accionistas y asistir a ellas.

La tendencia actual seguida por el gobierno corporativo, apunta a la desaparición del comisario en la organización, debido a que en numerosas ocasiones esta tarea, que lleva a cabo controles internos en la organización, es ejecutada por la misma persona que realiza la contabilidad de la sociedad o revisa dichos controles. De esta forma, consecuentemente, se vuelve nula la actuación de esa figura dentro de la organización.

Por otro lado, en la actualidad es difícil que en un solo puesto se agrupan tantas funciones de gran importancia en el desarrollo de su vigilancia y correcto funcionamiento de la entidad y se logren cumplir de manera eficiente cada una de ellas.

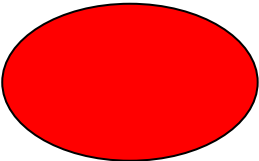
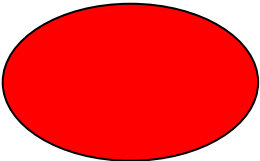
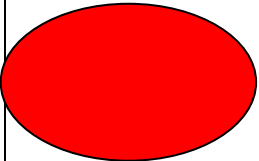
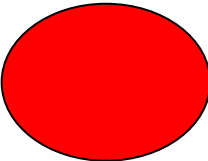





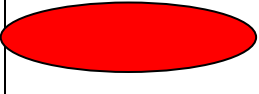
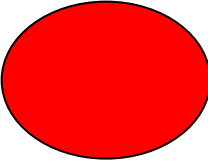


A diferencia de lo estipulado en la Ley General de Sociedades Mercantiles, el Código de Mejores Prácticas y la Ley del Mercado de Valores; estipula que es necesaria la creación de un Consejo de Administración, independientemente de la existencia o no de más de un administrador. Así mismo, concuerdan en que este Consejo tendría que estar integrado, además de personas internas, por externos que cuenten con independencia en relación a la empresa.

Se vuelve visible la existencia de discrepancias, en relación al mismo tema, entre lo estipulado por la Ley General de Sociedades Mercantiles, el Código de Mejores Prácticas Corporativas (CMP) y la Ley del Mercado de Valores (LMV). Propongo unificar los criterios contenidos en estos textos legales y los que sean necesarios, buscando favorecer el crecimiento de la cultura de vigilancia y supervisión; pugnando por conductas éticas y de buen gobierno corporativo, que entre otras cosas deriven en una adecuada cultura fiscal.

7.2. LEY DEL MERCADO DE VALORES

Atendiendo al concepto de libre empresa, en el cual las entidades juegan un papel crítico en el desarrollo económico y progreso social del país; consideró un punto de gran importancia el incentivarlas para despertar en ellas el interés de formar parte del mercado de valores. Lo anterior con el propósito de capturar capitales externos hacia el país y de mejorar la capacidad recaudatoria del Estado.

Una propuesta hecha por parte del sector privado a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, tiene la finalidad de volver atractivo, para todas las empresas mexicanas, el cotizar en Bolsa y favorecer la implantación del gobierno corporativo y de vigilancia en su administración; es la creación de dos sociedades nuevas en la Ley General de Sociedades Mercantiles y la Ley del Mercado de Valores y que explique anteriormente; como la sociedad anónima bursátil y la sociedad anónima extrabursátil; aspecto que se demuestra con el siguiente cuadro obtenido del sitio de internet: www.cnbv.org.mx.

	GOBIERNO CORPORATIVO	REGIMEN DE RESPONSABILIDAD	REGIMEN DE INFORMACION	DERECHO DE MINORIAS
Sociedad anónima bursátil				
Sociedad anónima extrabursátil	 	 	 	
Sociedad anónima	SIN CAMBIO	SIN CAMBIO	SIN CAMBIO	SIN CAMBIO
	APLICABLE			
	DISPONIBLE			

Como anteriormente lo señale; la sociedad anónima bursátil se refiere a todas aquellas empresas que se encuentren cotizando en Bolsa actualmente. La sociedad anónima extrabursátil es una estructura nueva que intenta preparar a aquellas que, sin estarlo, se encuentran interesadas en utilizar en un futuro el financiamiento a través de la Bolsa Mexicana de Valores.

De esta forma, las nuevas sociedades además de cumplir los requerimientos señalados en la Ley General de Sociedades Mercantiles; deberán, en diferentes niveles, apegarse a la cultura de gobierno corporativo, revelar información a terceros interesados, unirse al régimen de responsabilidad, ser garantes en el cumplimiento de la obligación fiscal y respetar los derechos de las minorías.

En El cuadro anterior, se presenta el nivel de observancia que deben seguir las sociedades a las disposiciones adicionales que la Ley General de Sociedades Mercantiles estipula, dependiendo del tipo de sociedad de que se trate.

Como se muestra en relación al seguimiento de la cultura de gobierno corporativo; la sociedad anónima bursátil debe mostrar un grado de apego total a ésta, en donde se redefinan las funciones del consejo y de los directivos; se formen comités que ayuden al consejo de administración en la correcta toma de decisiones y desaparezca la figura del comisario, surgiendo el CONSEJO DE VIGILANCIA CORPORATIVO. Mientras que en la sociedad anónima extrabursátil se deberán seguir en un grado menor, volviéndose necesaria la implantación del consejo de administración y la participación en él de al menos un consejero independiente.

7.2.1. FUNCIONES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION Y DIRECTIVOS

Cuando se habla de las estructuras que llevan a cabo la administración de la empresa, así como de las funciones que tienen dentro de las mismas cada componente que las forma, es necesaria una reingeniería. Para lo cual considero necesario mostrar la situación actual y en lo sucesivo las propuestas para las nuevas funciones a realizar y la estructura seguir por el consejo de administración y los directivos.

Actualmente en el consejo de administración, recae la responsabilidad de administrar el giro ordinario de la entidad, también debe verificar la existencia y mantenimiento de los sistemas contables, de control y de vigilancia que se aplican en la organización. Por otro lado el director general y los directivos, no cuentan con responsabilidades específicas; son encargados de dar apoyo al consejo de acuerdo a las encomiendas que les son dadas. Existe, en esta estructura actual, la figura de un comisario que vigila en todo momento las operaciones de la empresa; pero y ¿quién se encarga de que la ética sea un principio rector en la administración de la sociedad?, ¿quién o qué acción garantiza el fomento de una cultura tributaria?

Ahora bien, para llevar a cabo el apego de las sociedades a la filosofía del gobierno corporativo y de vigilancia, se deben definir las funciones de los miembros que integran la estructura de las sociedades mexicanas. Especialmente en las siguientes áreas:

a) En el consejo de administración se deberán tratar cuestiones relacionadas con la definición de la estrategia del negocio, gestión, aprobación en la contratación y nombramiento de directivos, como la remuneración de los mismos y aprobación de los sistemas contables utilizados en la organización; sin mencionar los medios de producción o prestación de servicios, objeto de la empresa.

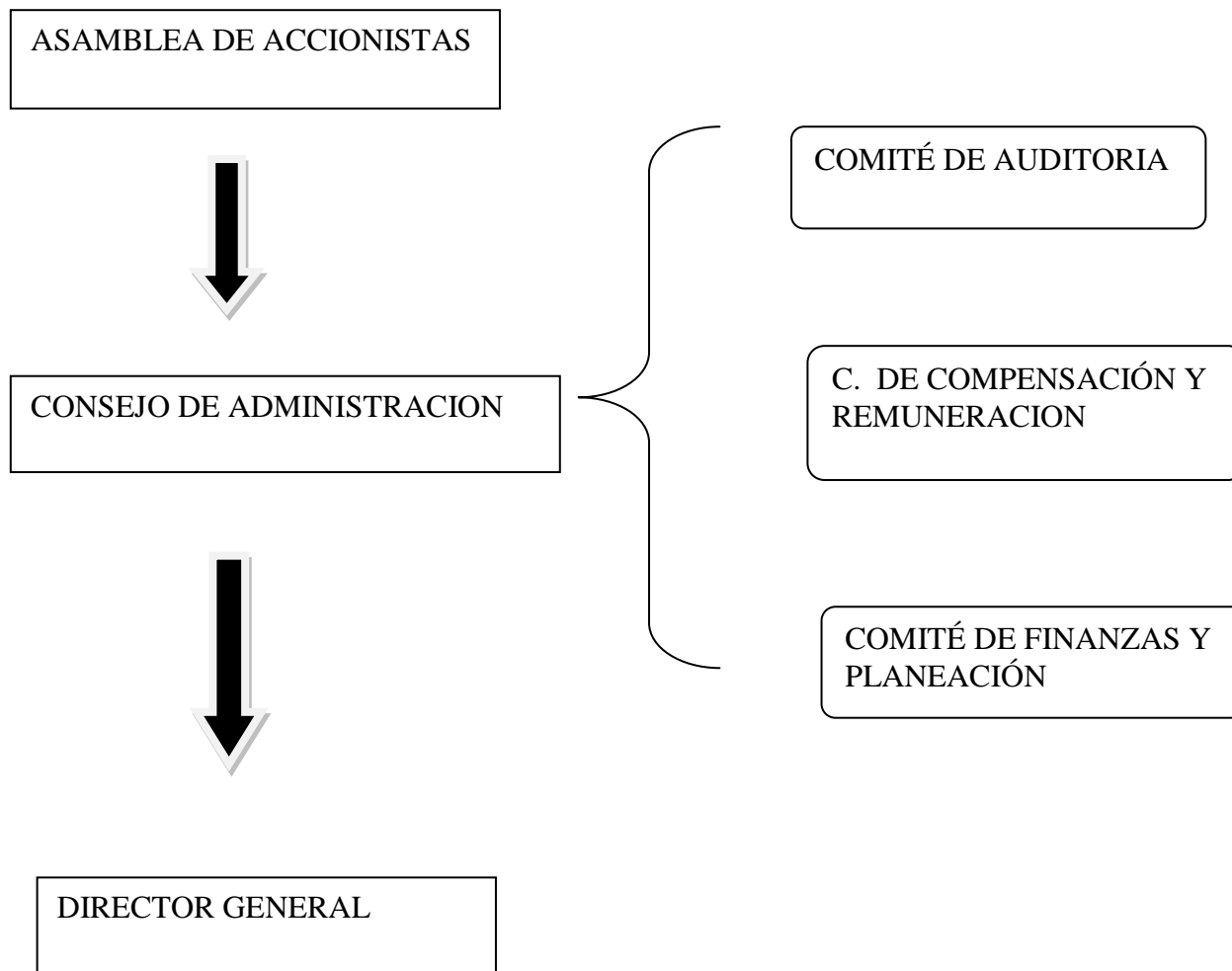
b) el director general, tendrá la función de llevar a cabo la gestión de administración de la empresa y será responsable de la existencia y mantenimiento de los sistemas fiscales, de contabilidad y control de la misma.

c) Deberá desaparecer la figura del comisario y crear el “*CONSEJO DE VIGILANCIA CORPORATIVO*” que deberá ser miembro del comité de auditoría y estará encargado de emitir un dictamen sobre el estado financiero de la empresa; además al tener conocimiento de situaciones que pongan en peligro a la empresa, debido a conductas contrarias a Derecho o a ética en los negocios o en perjuicio del Estado; debidamente probadas, debiendo emitir un dictamen y en su caso hacer denuncias ante las autoridades correspondientes tanto en materia civil, mercantil, penal, administrativa y de orden fiscal; y así evitar los problemas de quiebras dolosas o fraude a acreedores, al fisco o inversionistas entre otros.

7.3. ESTRUCTURA DE MEJORA PARA EL CODIGO DE MEJORES PRACTICAS CORPORATIVAS

Después de haber señalado ciertos cambios necesarios que propongo para poder llegar a una aplicación y funcionamiento de gobierno corporativo en las empresas mexicanas; considero necesario también, proponer ciertos cambios en el Código de Mejores Prácticas Corporativas.

Para favorecer la comprensión de la estructura constitutiva y administrativa que actualmente propone el Código de Mejores Prácticas Corporativas para las empresas mexicanas, se presenta el siguiente organigrama:



El consejo de administración se encuentra integrado por un número de cinco a quince consejeros, donde el 40% de esta cifra debe estar conformada por consejeros independientes y patrimoniales, y cuando menos el 20% será representado por consejeros independientes.

Un consejero independiente, es aquel seleccionado de acuerdo a su capacidad, prestigio y experiencia profesional, y no tiene relación directa con la empresa y partes relacionadas con la misma. El consejero patrimonial es elegido en base a su carácter de accionista

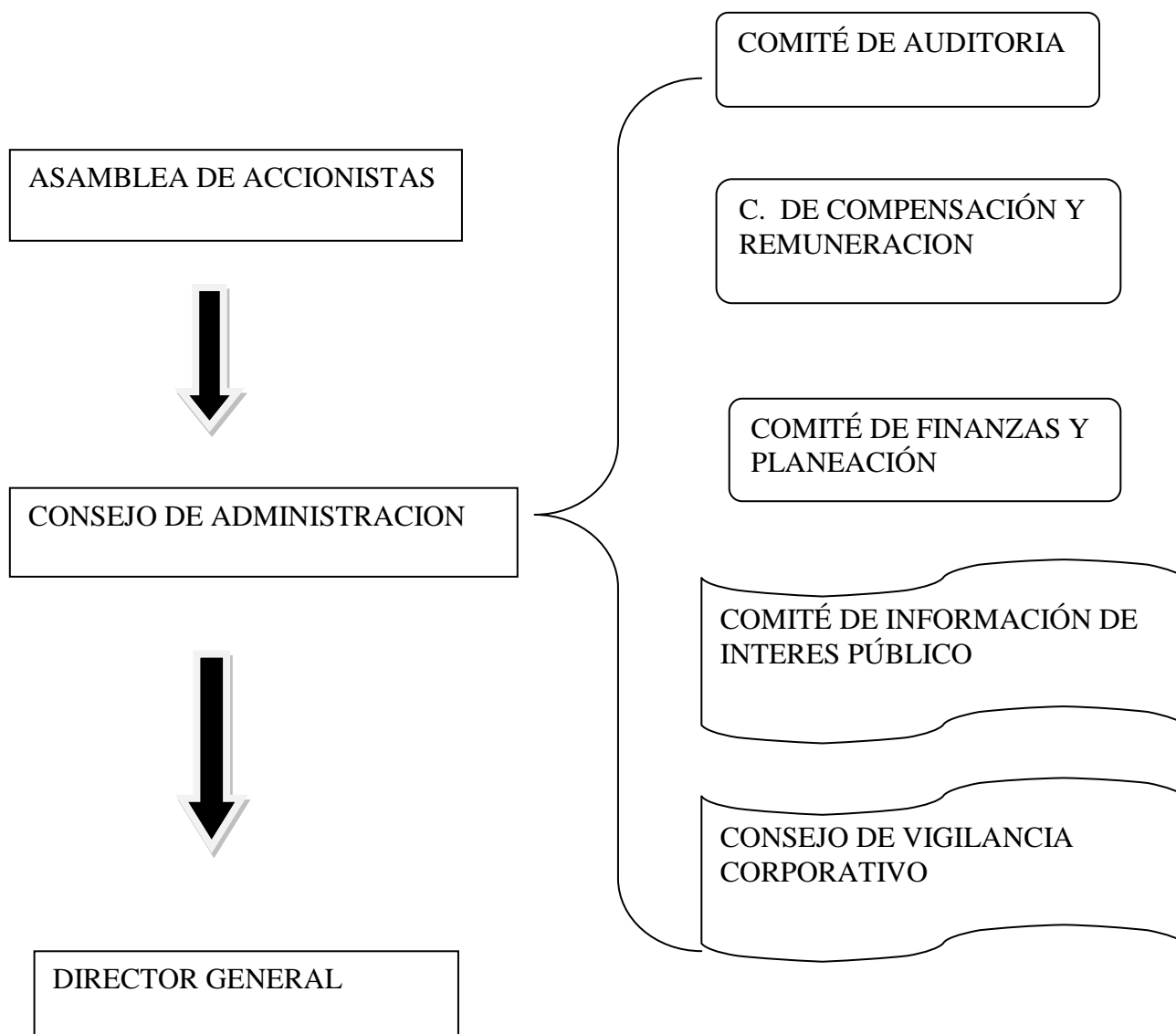
significativo, puede estar subdividido a su vez en dos categorías: consejero patrimonial independiente y consejero patrimonial relacionado.

Los **comités u órganos intermedios** deberán de estar integrados por tres a siete consejeros propietarios y un consejero independiente. Notando que se recomienda que específicamente el comité de auditoría sea presidido por un consejero independiente.

La **asamblea de accionistas**, como su nombre lo indica, está conformada por accionistas significativos de la empresa. Entendiéndose por significativos a aquellos cuya inversión representa un 2% o más del capital social de la misma.

Uno de los defectos detectados en el Código de Mejores Prácticas Corporativas; consiste en la escasa aplicación y referencia que hace a las empresas que no cotizan en bolsa. Ya que como se menciono anteriormente, dicho Código a pesar de no limitar su aplicación a entidades que listan sus acciones en la Bolsa Mexicana de Valores, fue creado en un principio enfocándose específicamente en ellas para evitar la fuga de capital nacional y extranjero.

Sugiero un organigrama que incorpore a un nuevo *“COMITÉ DE INFORMACIÓN DE INTERÉS PÚBLICO”* y al *“CONSEJO DE VIGILANCIA CORPORATIVO”*; que anteriormente señale y cuyas funciones ayuden a las entidades que no cotizan en bolsa a mejorar su funcionamiento, sus obligaciones fiscales y gobierno corporativo:



La creación de este nuevo comité de información de interés público se basará en las empresas que son el motor del crecimiento y desarrollo económico; así como del progreso social, y como tal, coticen en bolsa o no, tienen la responsabilidad de generar riqueza, empleo, infraestructura, bienestar social e incremento en el presupuesto del Estado. El cumplimiento eficiente de estas responsabilidades es de interés público y como tal debe existir una apropiada revelación a aquellas personas que sin compartir con la entidad parte

del capital, comparten el interés del buen funcionamiento de las mismas; los llamados *stakeholders* o terceros interesados.

El comité de información de interés público tiene la finalidad de abrir las puertas a las empresas que no listan en Bolsa a fuentes de financiamiento; es decir, proveedores, inversionistas externos e instituciones bancarias; al revelar que la empresa se preocupa por seguir normas transparentes en su administración así como al presentar información que lo demuestre, se aumentará el grado de confianza por parte de estas instituciones.

La integración del Comité deberá seguir las normas de los Comités estipulados en el Código de Mejores Prácticas Corporativas; es decir, estar compuesto por consejeros patrimoniales y al menos un consejero independiente. Estos miembros tendrán la obligación de estar informados sobre los requerimientos e intereses que existen en las instituciones bancarias y proveedores a fin de alcanzarlos y captar el capital que pueden depositar en la entidad.

Sus operaciones se encaminarán a la recopilación y presentación de información de interés a las instituciones bancarias y a los proveedores. Así como a vigilar el cumplimiento de las responsabilidades que tienen las empresas con terceros interesados y con el fisco, específicamente el medio ambiente y los empleados.

El impacto positivo que presentarán las empresas al contar con la confianza de sus proveedores de recursos, será mayor liquidez para llevar a cabo la realización de proyectos, mayores posibilidades de crecimiento al contar con dinero para lograrlo, menores posibilidades de cometer fraude en contra del patrimonio del Estado; así como posiblemente, una tasa menor de interés por financiamiento.

7.4. LEY GENERAL DE ORGANIZACIONES Y ACTIVIDADES AUXILIARES DEL CRÉDITO Y REGLAMENTO DE LA COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE SEGUROS EN MATERIA DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTABILIDAD.

Por lo que respecta al capítulo II del título III de esta Ley¹³⁷ y a su reglamento, hemos podido observar que en la práctica se ha demostrado que la disposición legal por la cual se ordena a la Comisión Nacional Bancaria para realizar las labores de vigilancia prescritas; se torna difícil y en algunos casos imposible; resulta una utopía que dicha Comisión pueda verificar el correcto funcionamiento de todas y cada una de las organizaciones auxiliares del crédito y casas de cambio; únicamente a través de visitas de inspección y con la limitante de que éstas, no podrán hacerse a instancia de parte. Las Organizaciones Auxiliares del Crédito y Casas de Cambio; están obligadas a rendir ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional Bancaria, los informes, documentos y pruebas que sobre su organización, operaciones, contabilidad, inversiones o patrimonio les soliciten para fines de regulación, supervisión, control, inspección, vigilancia, estadística y demás funciones que conforme a la Ley, les corresponda ejercer.

Aunque estas organizaciones, están obligadas a permitir las visitas de inspección, esto no garantiza que se encuentren en un estado 100% saludable en su operación. Cuando a raíz de la inspección se encuentre que las operaciones o el capital de las organizaciones no se ajustan a lo dispuesto por la Ley o en situación de riesgo, el Presidente de la Comisión deberá dictar las medidas necesarias para normalizar dicho evento, señalando el plazo que determina la ley para regularizar las omisiones indicadas.

¹³⁷ Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. *Diario Oficial de la Federación* de 20 de agosto del año 2008.

Por lo tanto se sugiere la creación dentro del texto legal de un “*CONSEJO DE VIGILANCIA CORPORATIVA*”; ya que a través de este se conocerá la operación del negocio así como las omisiones o excesos contrarios a la ética fiscal y corporativa; pudiendo prevenir y en su caso corregir en tiempo y forma las fallas encontradas. Sin necesidad de que se llegue a una sanción consistente en multa, suspensión de actividades, intervención de la organización y en un caso extremo la revocación de la autorización respectiva en términos de la Ley de la materia.

Por otro lado, quisiera hacer notar; que las *SOFOMES, SOCIEDADES FINANCIERAS DE OBJETO MULTIPLE, ENR*; que actualmente operan en nuestro país; carecen de regulación o un órgano de vigilancia; ya que en fechas recientes se ha votado en el pleno de la Cámara de Diputados una iniciativa que propone que sea el Servicio de Administración Tributaria SAT y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores CNBV quien las regule. “*En el documento presentado por el diputado David Figueroa Ortega, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional (PAN); se propone supervisar a las SOFOMES no reguladas para prevenir y detectar operaciones con recursos de procedencia ilícita, ya que hasta ahora no existe ningún control para conocer el fondeo de estas entidades, autorizadas exclusivamente para dar crédito y no para captar recursos de la población.*

Las únicas SOFOMES que reportan sus operaciones son las que están incorporadas a grupos financieros.

Actualmente, las SOFOMES no reguladas sólo están obligadas a registrarse en la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios

Financieros CONDUSEF, pero no existe ninguna vigilancia sobre sus actividades porque funcionan como sociedades anónimas.

Ahora, el SAT tendrá facultades expresas para supervisar, vigilar, inspeccionar, realizar visitas domiciliarias, verificar reportes e informes, así como llevar a cabo las medidas procedentes para cerciorarse de que las SOFOMES cumplan con disposiciones que eviten el lavado de dinero. Así el organismo reportará actos u omisiones que constituyen incumplimiento a las reglas.

Además, el documento transfiere a la CNBV, la facultad que hasta ahora tiene el SAT de llevar a cabo la inspección y vigilancia de los centros cambiarios y transmisores de dinero.”¹³⁸

Considero que al ser el SAT, quien vigile a las SOFOMES podría obligar a incorporar controles fiscales para evitar que las entidades evadan impuestos; y centrar en la CNBV facultades para combatir el lavado de dinero; evitará que las SOFOMES y entidades que operan divisas tengan una puerta trasera para incorporar recursos provenientes de actos ilícitos al sistema financiero. Sin embargo creo que la carga laboral tanto para el SAT como para la CNBV es demasiada y además excesivamente costosa; situación esta que les impide desempeñar con éxito todas las facultades y obligaciones que la Ley les otorga e impone; por lo que sugiero implementar en las SOFOMES el mismo *CONSEJO DE VIGILANCIA CORPORATIVO* y el *MANUAL DE GOBIERNO CORPORATIVO* que he venido proponiendo.

Por otro lado y citando un caso de abuso de poder por parte de las autoridades que controlan el mercado bursátil; recientemente la empresa *ECKO*, que ahora responde al

¹³⁸ Becerra, Jessica. (2009). *Regularán a Sofomes para prevenir ilícitos*. **Periódico Reforma**. Mayo.

reconocido nombre de VASCONIA; ganó una importante controversia que presentó en contra del monto que cobra la *BOLSA MEXICANA DE VALORES* por el pago de derechos por inscripción y ampliaciones de las empresas en el *REGISTRO NACIONAL DE VALORES*.

“La sentencia dictada el miércoles seis de mayo por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, que preside Guillermo Ortiz Mayagoitia.

El tema central es el pago de derechos por la inscripción y ampliación de acciones de las empresas en el Registro Nacional de Valores (RNV).

Este cobro se aplica a las empresas emisoras por los servicios de “inspección y vigilancia” de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, que comanda Guillermo Batz, cuya responsabilidad es proteger al público inversionista.

El esquema de cobro, se basa en el capital contable de la emisora que solicita inscribir sus títulos. Por ejemplo si su capital contable es de 520 millones de pesos, usted le paga al Gobierno 738 mil pesos por la inscripción en el RNV. El pago máximo, según la ley es de 6.1 millones de pesos.

Resulta que Vasconia, no estuvo de acuerdo con este pago. Y la Corte le dio la razón. Los ministros resolvieron que el cobro es inconstitucional. ¿Su argumento? Que el hecho de que una empresa tenga mayor o menor capital contable en nada afecta la naturaleza del servicio que presta al Estado, que consiste en la mera inscripción de acciones en un registro y la vigilancia de la CNBV.

La Corte lleva años repitiéndole al Congreso que los derechos por servicios del Gobierno no se pueden calcular con base a factores ajenos o sacados de la manga.”¹³⁹

¹³⁹ (2009) *OLLAS Y CUCHILLOS EN LA CORTE. REFORMA*. Mayo.

Sugiero se contemple también dentro del cuerpo de la nueva propuesta de Ley la obligación de contar con un *COMITÉ DE INFORMACIÓN DE INTERÉS PÚBLICO*, con el *CONSEJO DE VIGILANCIA FISCAL Y CORPORATIVO* y con el *MANUAL DE GOBIERNO CORPORATIVO*.

7.5. CONSEJO DE VIGILANCIA FISCAL Y CORPORATIVA

El Consejo de Vigilancia Fiscal y Corporativa tendrá por objeto; verificar y supervisar que las operaciones de inversión, el manejo y la obtención de capital a través de, créditos directos, emisión de nuevas acciones, emisión de obligaciones o préstamos directos; gastos ordinarios y extraordinarios de la empresa, compensación, liquidación, transferencia, obligaciones fiscales y que todos los actos necesarios para la buena marcha de la empresa se cumplan cabal y oportunamente. Practicará trimestralmente “arqueos” de la empresa y verificará la exactitud y calce de cuentas de los accionistas. Verificará que la información disponible sea suficiente, veraz y oportuna. Vigilará la calidad de las instalaciones y de los sistemas de seguridad. Así mismo creará un código de ética y conducción de negocios para sus consejeros, funcionarios y empleados; que de inmediato divulgue que no hay excepciones al mismo para los consejeros y funcionarios de alto nivel. Cada sociedad podrá determinar sus propias políticas, pero todas las sociedades deben tratar los temas de conflictos de interés, oportunidades corporativas, confidencialidad, negociaciones de buena fe, la protección y el buen uso de los activos de la sociedad, el cumplimiento con leyes, códigos y reglamentos, incluyendo preceptos legales aplicables a transacciones que involucren información privilegiada, así como el reportar cualquier conducta ilegal o carente de ética.

7.5.1. CONSTITUCIÓN Y MIEMBROS

Existirá un Consejo de Vigilancia Fiscal y Corporativo compuesto por un número impar de sujetos, representantes de los **accionistas**, quienes serán designados anualmente por la Asamblea Ordinaria de Accionistas, pudiendo ser reelegidos indefinidamente en sus funciones.

En la designación de los miembros del Consejo de Vigilancia Fiscal y Corporativa, los accionistas podrán acumular sus votos en favor de una sola persona o distribuirlos en la forma que estimen conveniente y se proclamarán elegidos los que resulten con mayor número de votos hasta completar los cinco cargos por proveer.

La renovación del Consejo de Vigilancia Fiscal y Corporativa será total y se efectuará al final de su período que durará hasta la próxima Asamblea Ordinaria de Accionistas. Si se produjere la vacante de un miembro durante el respectivo período, el Consejo deberá nombrar un reemplazo quien permanecerá en funciones hasta la celebración de la próxima Asamblea Ordinaria.

No podrán ser miembros del Consejo de Vigilancia Fiscal y Corporativo:

- Los menores de 25 años.
- Las personas que hayan sido condenadas por delito que merezca pena aflictiva o de inhabilitación perpetua para desempeñar cargos y oficios públicos, y los fallidos o los administradores o representantes legales de personas fallidas, encargadas reos o condenadas por delitos de quiebra culpable o fraudulenta.
- Los Directores de la Empresa, los Gerentes y demás trabajadores de ésta.
- Los que en los dos años anteriores hubieren sido sancionados en forma personal o en su calidad de representante legal de una institución.

- Las personas que desempeñen cargos de elección popular o cargos públicos y las demás inhabilitadas por el Código Civil de la Federación.

7.5.2. PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE DEL CONSEJO DE VIGILANCIA FISCAL Y CORPORATIVO

El Consejo de Vigilancia Fiscal y Corporativo elegirá de su seno un Presidente y un Vicepresidente, quién lo sustituirá en caso de ausencia o impedimento, todo ello, según el procedimiento que el mismo Comité acuerde.

7.5.3. FUNCIONES DEL CONSEJO DE VIGILANCIA FISCAL Y CORPORATIVO

Corresponderá al Consejo de Vigilancia Fiscal y Corporativo la fiscalización interna tanto de las operaciones de la **Empresa**, como de aquellas que realicen los **Accionistas** relacionadamente. Asimismo, será función del Consejo conocer de los conflictos que se susciten entre los **Participantes** y de los reclamos que se formulen contra alguno de ellos o contra la **Empresa**.

En el ejercicio de sus funciones de fiscalización, el Consejo de Vigilancia Fiscal y Corporativo estará investido de todas las facultades que le otorga la Ley y su Reglamento, siendo obligación de la **Empresa** otorgarle las facilidades de acceso a los locales, bodegas, sistemas de informática, libros, cuentas y registros de **Accionistas**, etc., en la medida que fueren compatibles con su normal funcionamiento.

7.5.4. AUDITORÍA INTERNA.

El Consejo de Vigilancia Fiscal y Corporativo, tendrá una función de auditoría interna para brindar a la administración y al comité de auditoría un dictamen continuo sobre la

administración de riesgos y el sistema de control interno de la sociedad; entre cuyas obligaciones se encuentran las siguientes.

1. Solicitar estados financieros mensuales al consejo de administración;
2. Realizar un examen de las operaciones, documentación, registros y demás evidencias comprobatorias para efectuar la **vigilancia** de las operaciones y poder rendir fundadamente el dictamen correspondiente;
3. Asistir con voz pero sin voto, a todas las reuniones del consejo, asambleas de accionistas, y reuniones del comité de auditoría; y
4. De manera general vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad.
5. Estará encargado de emitir un dictamen sobre la información financiera y fiscal de la empresa; además al tener conocimiento de situaciones que pongan en peligro a la empresa, debido a conductas contrarias a Derecho o a ética en los negocios; debidamente probadas, **deberá** emitir un dictamen y en su caso hacer denuncias ante las autoridades correspondientes tanto en materia civil, mercantil, penal, administrativa y de orden fiscal; y así evitar los problemas de quiebras dolosas o fraude a acreedores o inversionistas entre otros.

7.5.5. REQUERIMIENTOS AL CONSEJO DE VIGILANCIA FISCAL Y CORPORATIVO

Todo requerimiento relativo a conflictos o reclamos deberá ser presentado por escrito al Presidente del Consejo de Vigilancia Fiscal y Corporativo, dentro de un plazo de 10 días de que se tenga conocimiento del hecho u omisión que lo motiva. Efectuado el requerimiento; el Consejo comunicará por carta certificada o cualquier otro modo

fehaciente; los hechos o actos motivo del acta; así como el dictamen al ser reconocido por el Consejo Directivo, deberá tomar las acciones pertinentes para corregir la falta.

7.5.6. ACUERDOS DEL CONSEJO DE VIGILANCIA FISCAL Y CORPORATIVO

Los acuerdos del Consejo de Vigilancia Fiscal y Corporativo deberán estar fundados, se confirmarán con el voto conforme de al menos, el 51% de sus miembros y serán notificados a los involucrados por carta certificada o Fedatario Público.

Todo acuerdo del Consejo en que se consigne que las políticas seguidas por los órganos de dirección o ejecutivos involucrados en actos de deficiencias, diferencias, faltas de probidad, actitudes poco éticas o irregularidades; será puesto en conocimiento de la Dirección de la empresa y deberá sugerir las medidas que se estiman pertinentes y adecuadas para superarlas o para evitar su repetición; y en casos de suma gravedad ante las autoridades que puedan tener competencia.

Si el requerimiento se refiere a conflictos suscitados entre **Participantes**, o éstos y la **Empresa**; el acuerdo correspondiente, se limitará a proponer a los involucrados las bases de conciliación voluntaria conforme a las cuales debieran superar sus diferencias. Con excepción de lo que señala el párrafo siguiente, dicho pronunciamiento no tendrá carácter obligatorio para las partes, quedando cualquiera de ellas facultada para someter la diferencia al conocimiento del órgano jurisdiccional que corresponda.

Los acuerdos del Consejo en que se determine que un **Participante** ha contravenido reglas, principios, circulares de la **Empresa** o el contrato que lo vincula con ella, podrán proponer las sanciones que se consideren pertinentes, si procediere.

Los acuerdos que dispongan la aplicación de sanciones a un **Participante** serán puestos en conocimiento del Directorio de la **Empresa** a fin de que sea dicho órgano el que haga efectivo su cumplimiento.

Hoy en día para evitar un fraude fiscal o corporativo en contra de la propia empresa o terceros; no es suficiente la participación de una auditoría interna; debe existir un manual de procedimientos o reglamento interno; que sea conocido por la organización y que su aplicación se realice por parte de la gerencia de área; quien a su vez, debe ser supervisado por la auditoría interna. Además, si una compañía está regida por alguna regulación especial, debe tener un código y un área de cumplimiento con esa normatividad.

Por todo lo anterior; a su vez, propongo la obligación para todas las sociedades mercantiles de contar con un ***MANUAL DE GOBIERNO CORPORATIVO***; que estoy segura, permitirá crear confianza en sus accionistas, trabajadores, inversionistas y público en general, y además le otorgará a la empresa una imagen de calidad y excelencia en el desarrollo de sus actividades. La propuesta siguiente es en términos generales, aplicable para todas las sociedades mercantiles; sin perjuicio de que cada una de ellas en su momento lo adecue, atendiendo a las necesidades particulares de cada una de ellas; pero nunca sin perder el objetivo principal del gobierno corporativo dentro de la empresa:

7.6. MANUAL DEL GOBIERNO CORPORATIVO

Objetivo del Manual de Gobierno Corporativo

El objeto del Manual de Gobierno Corporativo; es brindar a las sociedades, competitividad para garantizar la inversión, evitar la fuga masiva de capital hacia el exterior, promover el mercado de capitales, lograr un proceso de transición hacia la sociedad anónima bursátil, evitar fraudes, cumplir con todas y cada una de las obligaciones que el fisco le imponga,

proteger a los usuarios de sus servicios y prepararse a través de mecanismos concretos para los procesos de globalización económica que exigen la adopción de estándares internacionalmente reconocidos sobre la forma en que se administran y controlan las sociedades.

Dicho Manual servirá de marco de referencia para que las sociedades elaboren sus Manuales Internos de Gobierno Corporativo.

Los estándares contenidos en el presente documento, constituyen directrices generales sobre el modelo de Gobierno Corporativo que las sociedades deberán adaptar a su organización, actividad económica y fuentes de financiación.

Destinatarios del Manual de Gobierno Corporativo

Los estándares de Gobierno Corporativo contenidos en el presente documento, están dirigidos a todas las sociedades mercantiles.

Principios del Manual de Gobierno Corporativo

Los principios rectores del presente Manual son: la transparencia, la ética en sus operaciones, la probidad, y la rendición de cuentas a los accionistas, trabajadores de la empresa, inversionistas externos, Secretaria de Hacienda y Crédito Público y grupos de interés.

Composición del Manual de Gobierno Corporativo

El presente Manual de Gobierno se dividirá en siete secciones, de conformidad con las directrices establecidas por la Organización Económica para la Cooperación y el

Desarrollo (OCDE) en 1998, reconociendo la realidad societaria de las economías emergentes. Las secciones serán las siguientes:

Administradores

Ejecutivos Clave y miembros de junta directiva.

AGA

Asamblea General de Accionistas; máximo órgano societario.

Auditoría

Proceso sistemático de obtener y evaluar (analizar) objetivamente la evidencia acerca de las afirmaciones relacionadas con actos o acontecimientos económicos, a fin de evaluar tales declaraciones a la luz de criterios establecidos y comunicar el resultado a las partes interesadas.

Auditoría Externa

El examen de los estados financieros de una entidad por parte de un contador público independiente y con la opinión de un abogado, efectuado bajo normas de auditoría generalmente aceptadas, con el propósito de dictaminar si tales estados financieros presentan razonablemente la situación financiera a una fecha determinada, y los flujos de caja y el resultado de las operaciones de tal entidad por el período bajo examen y si tales estados financieros fueron preparados de acuerdo con principios de contabilidad generalmente aceptados.

Conflicto de Interés

Se entiende por conflicto de interés la situación en virtud de la cual una persona en razón de su actividad se enfrenta a distintas alternativas de conducta con relación a intereses incompatibles, ninguno de los cuales puede privilegiar en atención a sus obligaciones legales o contractuales.

Compensación

Es la remuneración económica que reciben los ejecutivos clave de la compañía por la función que desempeñan.

Ejecutivos Clave

El grupo de personas que componen la Alta Gerencia; Presidentes ejecutivos, administradores generales, gerentes, directores, vicepresidentes y cualquier otro cargo que detente la representación legal de la sociedad o facultades para la toma de decisiones de trascendencia para la sociedad.

El Ejecutivo Principal

La persona que detenta la máxima representación gerencial y legal de la sociedad: Presidentes Ejecutivos o Gerentes Generales.

Gobierno Corporativo

La forma en cómo se administran y controlan las sociedades.

Grupos de Interés

Son los denominados "*Stakeholders*". Involucran todos los ámbitos y personas sobre las cuales tiene influencia la sociedad. Se consideran Grupos de Interés entre otros: Los empleados, consumidores, competidores, los tenedores de títulos, organismos reguladores de control y vigilancia, la comunidad y los proveedores de bienes y servicios de la sociedad.

Información confidencial de uso interno

Aquella cuya revelación, contempla riesgo para la sociedad e involucra estrategias de competitividad (Invitaciones, Convocatorias, Proyectos de Colocación, Licitaciones, Negociaciones.)

Información eventual

Cualquier hecho jurídico, económico o financiero, que sea de trascendencia para la sociedad, sus negocios, o para la determinación del precio o circulación de los títulos emitidos en el mercado de valores.

Información material

Aquella que un buen hombre de negocios podría prever que al omitirse o presentarse de manera errónea, parcial o extemporáneamente afectaría ostensiblemente las decisiones económicas adoptadas, por los destinatarios de dicha información.

Revisoría Fiscal

Función mediante la cual un abogado fiscalista o Despacho especializado en Derecho Fiscal (nombrado para el efecto como Revisor Fiscal) y de acuerdo con normas de

auditoría generalmente aceptadas; expresarán su opinión profesional sobre la razonabilidad de los estados financieros examinados y que los mismos han sido preparados de acuerdo con principios fiscales generalmente aceptados; informa, además, sobre si los actos de los administradores así como las operaciones registradas en los libros se han ajustado a las normas estatutarias, a la ley y a las decisiones de la Asamblea de Accionistas y de la Junta Directiva de la respectiva sociedad; también informa sobre lo adecuado del sistema de control interno, el cumplimiento con ciertas normas legales y si la contabilidad y la correspondencia se han llevado y conservado en debida forma y sobre las medidas adoptadas por la sociedad para el control de sus activos, así como de los activos de terceros en su poder.

Sociedad

Persona jurídica con capacidad y patrimonio propio.

Tenedores de títulos

Son los titulares de instrumentos financieros como bonos, papeles comerciales, valores derivados de procesos de titularización entre otros.

Terceros aportantes de recursos

Son todos miembros de los grupos de interés o "*stakeholders*", sin contar los empleados de la sociedad y los órganos de control y vigilancia,

I. Derechos y trato equitativos de los accionistas

II. Funciones y responsabilidades de la Junta Directiva

III. Transparencia, fluidez e integridad de la información

IV. Los Grupos de interés de la sociedad y la responsabilidad social

V. El ejecutivo principal

VI. Los conflictos de interés

VII. Administración y resolución de controversias

I. Derechos y trato equitativo de los accionistas

Los accionistas de las sociedades serán protegidos por las normas de gobierno corporativo de la compañía, la cual deberá velar por el respeto de sus derechos y la protección de su capital. Los accionistas minoritarios y extranjeros tendrán un trato equitativo que promueva un mayor dinamismo del mercado de capitales a través de la captación de recursos diferentes al del ahorro colectivo.

1. Los accionistas de las sociedades mexicanas tendrán los siguientes derechos:

Los accionistas de sociedades creadas bajo las leyes mexicanas tendrán derecho al menos sobre los siguientes asuntos:

- a. Participar de los dividendos y beneficios de la sociedad.
- b. Participar en la designación y remoción de los miembros de las Juntas Directivas y evaluar su gestión.

- c. Tener mecanismos efectivos y económicos para ser representados en las Asambleas Generales de Accionistas.
- d. Tener acceso a la información de la sociedad en tiempo oportuno y de forma integral.
- e. Participar y votar en las Asambleas Generales de Accionistas.
- f. Asociarse para ejercer sus derechos.
- g. Proponer asuntos para debatir en la Asamblea General de Accionistas ante la Junta Directiva.

2. Los accionistas decidirán sobre los siguientes aspectos:

- a. Evaluación y aprobación de las reformas estatutarias.
- b. Examinar y aprobar los estados financieros.
- c. Procesos de reorganización empresarial (fusiones, escisiones, transformaciones, adquisiciones entre otros).
- d. Decretar dividendos y recibir utilidades.
- e. Elección de los miembros de la Junta Directiva.
- f. Elección del revisor fiscal y fijación de sus honorarios.
- g. Ratificar o rectificar las acciones de la Junta Directiva.
- h. Aprobar operaciones comerciales entre compañías de un mismo grupo empresarial.

- i. Autorizar la readquisición de acciones.
- j. Aprobar los sistemas de compensación de los miembros de la Junta Directiva.
- k. Aprobar el aumento del capital autorizado.
- l. Aprobar las políticas de indemnización de los ejecutivos.
- m. Aprobar reformas sobre los derechos de votación derivados de la adquisición de acciones.
- n. Aprobar transacciones extraordinarias de la sociedad, que superen el monto autorizado a los ejecutivos clave y la junta directiva.

3. Acuerdos entre partes relacionadas

Cualquier acuerdo entre accionistas, de contenido patrimonial o para el nombramiento o remoción de los administradores deberá ser puesto en conocimiento de los demás accionistas.

4. Derechos de votación:

- a.** Las sociedades darán a conocer al público con claridad e integridad, los derechos de votación que se derivan de la adquisición de acciones que se emitan en el mercado público de valores.
- b.** Las sociedades preferirán la libre transmisión de las acciones. Cuando exista el derecho de preferencia o derecho de tanto, las sociedades darán a conocer esta restricción al mercado.

5. Trato equitativo de los accionistas:

Las sociedades garantizarán un trato equitativo para todos los accionistas, incluidos los minoritarios y los extranjeros.

- a. Las sociedades preferirán la democratización de la propiedad accionaria.
- b. Los administradores y los aportantes de capital promoverán la suscripción de acuerdos de accionistas para la aprobación de asuntos que comprometan los derechos de los accionistas minoritarios.
- c. Las sociedades informarán al mercado y en especial a los accionistas minoritarios, cuando una persona natural o jurídica, adquiera más del 10% de las acciones de la compañía o exista un cambio de control.
- d. Los accionistas minoritarios podrán solicitar la convocatoria a la celebración de Asamblea General de Accionistas de carácter extraordinario, siempre que la solicitud vaya respaldada por los titulares de más del 5% del total de las acciones de la compañía y la junta directiva considere que existen motivos suficientes para realizar la convocatoria.
- e. Los accionistas minoritarios podrán asociarse para nombrar un representante, debatir asuntos relacionados con sus intereses y solicitar a la Junta Directiva la inclusión de asuntos a debatir en las AGA.
- f. La información obtenida por los accionistas en desarrollo del derecho de inspección, no podrá ser utilizada por estos en beneficio propio o ajeno.

6. La Asamblea General de Accionistas en sesión Ordinaria:

Las sociedades preferirán la adopción de reglamentos internos para la realización de las Asambleas Generales de Accionistas que garanticen los derechos de los accionistas y su trato equitativo.

Dichos reglamentos contemplarán cuando menos los aspectos relacionados con la convocatoria, la agenda, los procesos de votación y la representación.

a. **Convocatoria:** Además de los requisitos establecidos en las normas societarias y las que regulan a las sociedades mercantiles, las sociedades optarán por realizar la convocatoria a la AGA de la siguiente forma:

I La sociedad convocará a los accionistas con al menos 20 días hábiles de anticipación a la realización de la reunión. Cuando existan accionistas que estén domiciliados en el extranjero, deberá hacerlo con no menos de 30 días hábiles de anticipación.

II Cuando en la AGA se sometan a aprobación los estados financieros, procesos de reorganización empresarial, operaciones comerciales entre compañías de un mismo grupo empresarial, se remitirán los anexos correspondientes a los asuntos a tratar.

III. La sociedad convocará por medio electrónico a sus accionistas y a través de su página de Internet. Adicionalmente, cuando se trate de accionistas en el exterior, la convocatoria se realizará por fax, correo certificado o cualquier otro medio idóneo.

b. **Agenda:** La agenda deberá hacerse llegar a los accionistas antes de la realización de la AGA. Las sociedades procurarán no incluir el rubro "otros" en la agenda en mención.

c. Mecanismos de representación: Las sociedades promoverán mecanismos para que los accionistas puedan votar a través de sus representantes o puedan votar a distancia.

Quedará prohibido, que los administradores de la sociedad representen en las AGA a los accionistas.

d. Revelación de Información: Los accionistas podrán formular preguntas durante la AGA al revisor fiscal, los Comités de la junta directiva y a los auditores.

e. Procedimientos de Votación: Las sociedades establecerán procedimientos de votación idóneos en atención al número de accionistas e infraestructura que garantice el ejercicio del derecho a voto de los accionistas presentes y ausentes. Los representantes de títulos deberán votar conforme a las instrucciones de los titulares de las acciones.

II. De la Junta Directiva

Las sociedades preferirán la constitución de Juntas Directivas eficientes, independientes y responsables, que actúen en función de los derechos de los accionistas y la sostenibilidad y crecimiento de la compañía. La Junta Directiva actuará de buena fe y con la información suficiente para ejercer sus derechos y obligaciones. Sus miembros evitarán incurrir en situaciones que precipiten conflictos de interés y se comprometerán a manejar con prudencia la información confidencial de uso interno a la que tengan acceso en ejercicio de su cargo.

Estructura de la Junta Directiva:

Las sociedades preferirán una estructura de junta directiva que garantice la idoneidad, experiencia e independencia de sus decisiones. La junta directiva será estructurada de la siguiente forma:

a. Número de miembros: De acuerdo con las necesidades de la sociedad, se recomienda que la Junta Directiva esté compuesta por un número de miembros no inferior a cinco y no mayor de nueve.

b. Composición de la Junta Directiva: La junta directiva deberá estar compuesta por representantes de los accionistas mayoritarios, al menos un representante de los accionistas minoritarios, de los tenedores de títulos y miembros independientes.

c. Periodo de la Junta Directiva:

La junta directiva ejercerá preferiblemente sus funciones durante el término de un año. Sus miembros no podrán ser reelegidos.

d. Sobre los miembros de la Junta Directiva

I. Miembros independientes: Se consideran miembros independientes de la junta directiva, quienes: no sean representantes de los accionistas mayoritarios; quienes no hayan trabajado para la sociedad, durante los últimos tres años; quienes no sean proveedores de bienes y/o servicios de la sociedad; y quienes no trabajen para la sociedad.

II. Perfil de los miembros de la junta directiva: Los miembros de la junta directiva deberán reunir cuando menos, las siguientes características; experiencia en la actividad económica que desarrolla la sociedad y/o tener experiencia en el campo de las finanzas, el

Derecho o ciencias afines; gozar de buen nombre y reconocimiento por su idoneidad profesional e integridad; estar en el rango de edad establecido por la AGA; no pertenecer simultáneamente a más de cinco juntas directivas.

III. Prohibición:

Los ejecutivos clave de la sociedad, no podrán ser miembros de la Junta Directiva, así como ningún empleado de la misma. Los ejecutivos clave estarán presentes en las sesiones de la Junta Directiva exclusivamente para emitir reportes y contestar los cuestionamientos de dicho órgano societario. Esta prohibición garantizará que el máximo ejecutivo de la sociedad y el presidente de la junta directiva, no sean la misma persona.

e. Comités:

La junta directiva deberá estructurar en su interior comités especiales conformados en su mayoría por miembros independientes. Al menos se conformarán los siguientes comités: Comité de auditoría; Comité de nominación, evaluación y compensación de ejecutivos clave, Comité de Información de Interés Público; y el Comité de Gobierno Corporativo.

2. Funciones de la Junta Directiva:

La Junta es el máximo responsable de la supervisión del rendimiento de los ejecutivos clave y garante de un beneficio aceptable para los accionistas y otros aportantes de capital. A su vez, está encargada de prevenir los conflictos de intereses y equilibrar los requisitos que los distintos grupos realizan a la sociedad. Las Juntas deben mantener independencia con respecto a la dirección a fin de cumplir eficientemente con sus responsabilidades.

Las funciones principales de la junta directiva son:

a. *Aprobar y examinar la estrategia corporativa de la sociedad:* Misión y visión de la sociedad; objetivos e indicadores de gestión; plan financiero; plan para la administración de riesgos; plan para el manejo de la imagen corporativa; plan de mercado; plan para el desarrollo de actividades; políticas laborales; políticas de administración de conflictos de interés; políticas para la resolución de controversias internas y externas.

b. *Nominar, nombrar, remover y evaluar a los ejecutivos clave de la sociedad:* elaborar perfiles para ser ejecutivo clave de la sociedad; proponer y designar los ejecutivos de conformidad con los perfiles aprobados; evaluar a los ejecutivos clave de conformidad con los objetivos trazados en la estrategia corporativa; elaborar sistemas de sucesión de los ejecutivos clave.

c. *Determinar los sistemas de compensación de los ejecutivos clave la sociedad:* La junta directiva deberá establecer sistemas objetivos de compensación fijos o variables según la necesidad de la sociedad. De la misma manera la junta deberá establecer taxativamente los casos en que los ejecutivos clave podrán recibir bonificaciones extraordinarias.

d. *Solicitar informes periódicos a los ejecutivos clave, sobre la situación de la sociedad:* La junta directiva en pleno o a través de sus comités de auditoría, gobierno corporativo y de compensación solicitarán a los ejecutivos clave de la sociedad la información suficiente para el ejercicio de sus funciones.

e. **Verificar la efectividad y transparencia de los sistemas contables de la sociedad.**

f. Realizar reportes periódicos a los accionistas, sobre la situación financiera y de Gobierno de la sociedad.

g. Poner a consideración de la AGA, reformas relacionadas con el Gobierno Corporativo de la sociedad que considere necesarias.

h. Determinar la compensación de la auditoría.

i. Autorizar transacciones entre accionistas controlantes

3. Responsabilidades de la Junta Directiva:

a. Actuar de buena fe, con juicio independiente y garantizando el derecho y trato equitativo entre los accionistas.

b. Garantizar la efectividad de los sistemas de revelación de información.

c. Dedicar tiempo suficiente al ejercicio de sus funciones como miembros de la junta directiva.

d. No manipular, difundir o utilizar en beneficio propio o ajeno, la información confidencial de uso interno a la que tengan acceso.

e. Garantizar la aplicación de políticas de buen gobierno corporativo adoptadas por la sociedad.

f. Verificar el cumplimiento de la ley.

g. Sesionar al menos cuatro veces al año.

h. Orientar a los nuevos miembros de la junta directiva, sobre las decisiones adoptadas hasta el momento de su designación, la situación financiera de la sociedad y las normas sobre gobierno corporativo.

i. Elaborar actas donde se deje constancia de las decisiones de la junta directiva.

4. Sistemas de compensación de los miembros de la junta directiva: Las sociedades adoptarán los sistemas de compensación de los miembros de la junta directiva según su circunstancia.

El plan de compensación deberá ser aprobado por la AGA y será proporcional al tiempo de dedicación, la situación financiera de la sociedad y la participación en los comités.

III. Transparencia, fluidez e integridad de la información

Las sociedades preferirán la adopción de mecanismos que permitan asegurar que la información se presente de manera precisa y regular acerca de todas las cuestiones que se consideren relevantes referentes a la sociedad, incluidos los resultados obtenidos, la situación financiera, los riesgos eventuales, los conflictos de interés y el gobierno corporativo. Estos mecanismos de revelación de información no deben constituir cargas excesivas de orden administrativo o financiero para las sociedades. Las sociedades se comprometerán a revelar información material y no aquella que pueda poner en peligro su posición competitiva.

1. Destinatarios de la información: Serán destinatarios de la información aquí contenida los accionistas, los tenedores de títulos, los miembros de la junta directiva, los revisores

fiscales y el mercado (incluidos los analistas, medios de comunicación, las bolsas de valores, superintendencias, las firmas calificadoras y el público en general).

2. Revelación de información financiera

Estándares de contabilidad: Las sociedades adoptarán los principios o estándares de contabilidad promulgados por las Normas de Información Financiera.

Balances y estados de resultados:

Los estados financieros deberán incluir cuando menos el balance general, el estado de resultados, el estado de flujos en efectivo, el estado de cambios en la situación financiera y las notas a los estados financieros; los balances y el estado de resultados deben ser acompañados de un informe narrativo por parte del ejecutivo máximo de la sociedad; las sociedades presentarán anualmente los estados financieros consolidados cuando se trate de grupos empresariales.

Información Eventual:

Cuando exista algún movimiento financiero extraordinario tal como: la necesidad de nueva inversión, pérdida repentina, indemnización excesivamente onerosa, gastos de litigios, necesidad de destinar fondos, de disponer de las reservas legales o voluntarias y la enajenación de activos representativos los ejecutivos clave deberán revelar dicha información a la Junta Directiva y a los accionistas en tiempo oportuno y de forma integral. Las sociedades establecerán mecanismos para poner a disposición del mercado en tiempo oportuno, dicha información.

Control y participaciones: Las sociedades revelarán en sus estados financieros las situaciones de control que tengan sobre otras sociedades; el cambio de control de la sociedad; la adquisición del más del 1% del total de las acciones de la sociedad; la composición accionaria de la sociedad.

Los sistemas de compensación de los administradores; Las sociedades deberán revelar a los accionistas y al mercado los sistemas de compensación establecidos por la junta directiva para el caso de los ejecutivos clave y aquellos establecidos por la AGA en relación con los miembros de la junta directiva.

3. Revelación de información no financiera: Las sociedades revelarán información a sus accionistas y al mercado sobre información material que no tenga contenido financiero o confidencial cuando menos sobre los asuntos relacionados a continuación:

- **Información sobre la evaluación de los ejecutivos clave**
- **Objetivos, misión y visión de la sociedad**
- **Estructura de Gobierno Corporativo**
- **Derechos y procedimientos de votación**
- **Información eventual no financiera:** nombramientos y remoción de ejecutivos clave; procesos de reorganización empresarial; cambios en la imagen corporativa; riesgos no financieros; cambios en la estrategia corporativa; conflictos laborales de alto impacto.
- **Sistemas de control interno y auditoría**

- **Calificación de valores**

4. Mecanismos de revelación de información al mercado: Las sociedades adoptarán mecanismos idóneos para revelar la información. Se recomienda entre otras cosas, el establecimiento de oficinas para la atención del inversionista, la utilización de portales de Internet y las comunicaciones por medios telemáticos.

5. Mecanismos sobre revelación simultánea de información: Las sociedades adoptarán mecanismos para que la información revelada, sea allegada a los agentes del mercado en tiempo oportuno y en forma simultánea.

6. Administración del riesgo: Las sociedades adoptarán mecanismos para detectar, revelar y administrar los riesgos. Se recomienda la adopción de una autorregulación prudencial de conformidad o en concordancia con al menos los siguientes principios establecidos en por el **Acuerdo de Basilea:**

- **Relación de Solvencia**

- **Adopción de Normas de Información Financiera**

- **Evaluación de riesgo de contraparte**

- **Evaluación de inversiones a precio de mercado**

7. De los sistemas de auditoría:

Las sociedades implantarán sistemas internos de auditoría que permitan evaluar con cierta periodicidad la preparación y presentación de los estados financieros y las revelaciones adicionales que éstos deben contener.

Funciones de la auditoría.- Otorgar garantía sobre los procedimientos de la sociedad a los tenedores de títulos y para todos los titulares de acciones; en particular para los titulares de acciones con voto restringido que no tienen mayor influencia en el gobierno de la sociedad; verificar que los estados financieros reflejen razonablemente la situación financiera de la sociedad y el resultado de sus operaciones; practicar auditorías especiales sobre la seguridad y confiabilidad de procesos específicos de la entidad, incluyendo evaluaciones de auditoría en línea en organizaciones sistematizadas; colaborar y reportar al Comité de auditoría de la junta directiva; evaluar el cumplimiento de los preceptos de tipo financiero contenidos en el Código de Buen Gobierno de la sociedad; realizar un informe trimestral sobre la situación financiera de la sociedad y revelar a las autoridades competentes las irregularidades en que pueda estar incurriendo la sociedad, después de haber notificado a los administradores y cuando en un término prudencial no hayan tomado medidas correctivas.

Características de la auditoría.- Se recomienda la contratación de servicios externos de auditoría, para que los procesos de auditoría sean realizados por personal diferente a los empleados de la sociedad; el revisor fiscal, no podrá encargarse de la auditoría externa de la sociedad; las relaciones entre los ejecutivos clave de la sociedad y la regulación prudencial es igualmente recomendada para las sociedades del sector financiero y del sector real; se recomienda que la firma de auditores externos o revisores fiscales no preste simultáneamente servicios de diseño e implantación de sistemas de información financiera

– contable a la misma sociedad; la junta directiva deberá establecer el sistema de compensación de la auditoría.

8. De la revisoría fiscal: La revisoría fiscal deberá velar por la protección de los derechos de los accionistas y otros aportantes de capital, actuará de buena fe y con criterio independiente de los ejecutivos clave, miembros de junta directiva y de los accionistas; deberá evaluar el cumplimiento de obligaciones fiscales frente al fisco.

Servicios de revisoría fiscal y auditoría externa: Las sociedades que estén obligadas a presentar estados financieros consolidados deberán contratar a la misma firma de revisores fiscales y / o auditores externos para la compañía y sus filiales; la designación de la firma que se desempeñe como auditor externo podrá ser la misma que actúe como revisor fiscal si tal designación corresponde a la asamblea de accionistas.

Servicios de revisoría fiscal y consultoría: Se considerarán incompatibles la prestación simultánea de servicios de revisoría fiscal y / o auditoría externa con el diseño e implementación de sistemas de información financiera – contable.

También será incompatible la prestación simultánea de servicios de revisoría fiscal y / o auditoría externa con los de auditoría interna.

IV. Los grupos de interés y la responsabilidad social

Las sociedades reconocerán los derechos de los grupos de interés social estipulados por ley y de aquellos que aporten directa o indirectamente al desarrollo del objeto social. Las sociedades promoverán la consolidación de sinergias activas entre ellas y distintos grupos

de interés con miras a asegurar la creación de riqueza, empleo y lograr que sean financieramente sólidas.

1. Se denominan grupos de interés: La comunidad de influencia en la sociedad. Cada sociedad de conformidad con la actividad económica que desarrolle y la ubicación de sus instalaciones, identificará y revelará al mercado quiénes son sus grupos de interés. Entre los grupos de interés se encuentran:

a. Los consumidores de servicios y bienes: Las sociedades optarán por establecer mecanismos que permitan a los consumidores hacer reclamaciones, obtener un precio justo por la adquisición de bienes y servicios y para generar al mercado productos de alta calidad.

b. Los proveedores de servicios y bienes: Las sociedades adoptarán procedimiento para la contratación objetiva de bienes y servicios, cuyos principios generales serán: calidad, precio y cumplimiento.

c. Los organismos de reguladores, de control y vigilancia del Estado, que tengan competencia sobre la actividad económica de la empresa: Las sociedades adoptarán mecanismos para verificar el cumplimiento de las normas que regulan su actividad económica y para brindar a los organismos de control y vigilancia información suficiente, integral y oportuna. Estos mecanismos deberán observar cuando menos la siguiente normatividad: tributaria; laboral; prácticas restrictivas de la libre competencia; derechos del consumidor; normas comerciales y societarias; normas de la actividad financiera tradicional y de la bursátil.

d. Los competidores: Las sociedades adoptarán mecanismos para evitar incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia.

e. Los empleados de la sociedad: Las sociedades adoptarán mecanismos para garantizar el trato justo a sus empleados, evitar la fuga de talento humano, promover una sana conducta de los mismos y establecerán políticas de incentivos.

f. La localidad donde está ubicada la empresa: Las sociedades adoptarán mecanismos para retribuir a la comunidad de influencia donde se encuentra ubicada, beneficios, crecimiento y empleo según las posibilidades financieras de la sociedad y las necesidades de dicha comunidad.

g. Los tenedores de títulos de deuda privada: Las sociedades adoptarán mecanismos para garantizar los derechos de los acreedores de deuda privada. Para ello, elaborarán esquemas que aseguren la independencia de los representantes de los tenedores, la revelación de información financiera en forma integral y oportuna, el derecho de asociación y la posibilidad de establecer auditorías especiales para verificar las prácticas de buen gobierno corporativo de la sociedad.

2. Responsabilidad social: Las sociedades adoptarán mecanismos que les permitan responder a las exigencias de los procesos de globalización, las políticas para-arancelarias y las convenciones internacionales con miras a lograr mayor competitividad y promover la inversión extranjera. Las sociedades adoptarán las siguientes políticas:

a. Política ambiental: Las sociedades propiciarán una administración ambiental sana y ayudarán a controlar el impacto de sus actividades, productos y servicios sobre el medio ambiente.

- **Planeación.** Las sociedades incorporaran dentro de su ejercicio de planeación, el tema ambiental fomentando programas de evaluación y mejoramiento ambiental que permitan dar cumplimiento a las disposiciones legales, y cuando los costos resulten razonables frente a los beneficios obtenidos desarrollar proyectos que vayan más allá de la exigencia normativa.
- **Prevención:** Las sociedades asumirán políticas que enfatizen en la prevención de la contaminación ambiental, a través del uso de tecnologías limpias y un manejo adecuado de los desechos industriales.
- **Tecnologías limpias:** Las sociedades desarrollarán sistemas de administración ambiental en los procesos diarios y propender por el manejo de tecnologías limpias en las diferentes etapas productivas con participación activa de los empleados, los proveedores y demás terceros.
- **Desechos industriales:** Las sociedades desarrollarán sistemas eficientes de generación, eliminación, confinamiento o recirculación segura y responsable de los desechos industriales.
- **Uso eficiente:** Las sociedades deberán desarrollar, diseñar, operar instalaciones, realizar actividades, y proveer sus productos y servicios considerando el aprovechamiento eficiente de la energía y otros insumos, el uso sostenible de los recursos renovables, y la minimización de los impactos ambientales adversos.
- **Educación y promoción:** Las sociedades adoptarán mecanismos para educar y promover la gestión ambiental, el uso adecuado de los desechos industriales, el desarrollo sostenible, y las tecnologías limpias entre los empleados, proveedores, contratistas y en la comunidad en donde opera la empresa.

b. **Protección de la propiedad intelectual:** Las sociedades deben asegurar el cumplimiento de las normas nacionales y convenciones internacionales, sobre los derechos de autor, propiedad industrial e intelectual. Para ellos las sociedades adoptarán los siguientes mecanismos:

- **Reglamentar internamente el uso de:** la copia, la distribución, y demás acciones sobre los productos propios y ajenos protegidos con derechos de propiedad intelectual, (como por ejemplo software, música ambiental, fotocopias, marcas, patentes, etc.) para evitar las infracciones intencionales o por equivocación de estos derechos por parte de los empleados.
- **Convenciones internacionales:** Considerar la protección, que en otros países se ha reconocido, a los distintos elementos de propiedad intelectual, para garantizar su protección internacional independientemente de la territorialidad de las normas, cuando ello resulte adecuado.
- **Cláusulas contractuales:** Incluir cláusulas de protección de la propiedad intelectual (derechos de autor y de propiedad industrial) en los contratos con los empleados, proveedores y demás terceros relacionados con la empresa, en los que se defina claramente su titularidad y su uso adecuado con el fin de evitar problemas interpretativos futuros.
- **Promoción:** Educar, entrenar y motivar a los empleados para que conozcan la importancia y las consecuencias legales de la protección de la propiedad intelectual.

- **Contrabando:** Las sociedades promoverán la protección de los derechos de propiedad intelectual entre los proveedores y contratistas, desestimulando la adquisición de productos de contrabando o sin licencias.
- **Valoración de la propiedad intelectual:** Las sociedades considerarán sus creaciones como un activo valioso del patrimonio de la misma, de manera consistente con las normas contables.

c. Política anti-soborno: Las sociedades que contratan con el Estado deberán adoptar mecanismos para minimizar los focos de corrupción y garantizar al público la buena destinación de los recursos públicos.

Se recomienda a las sociedades adoptar los siguientes mecanismos: contemplar principios éticos que sean preferiblemente el resultado de un acuerdo colectivo al interior de las empresas; darle publicidad a la promulgación de normas éticas y advertir sobre la determinación inquebrantable de cumplirlos en el giro ordinario de sus actividades; promover la suscripción de pactos de integridad y de transparencia por parte de los proponentes en las licitaciones y concursos de méritos, como herramienta que mejora las condiciones estructurales de la contratación estatal, al discutir públicamente los pliegos, evaluar las ofertas dando prioridad al espíritu de la norma y no a los aspectos formales, promover el control social, y garantizar que los procedimientos sean claros, equitativos, viables y transparentes; denunciar las conductas irregulares de los servidores públicos y/o de los contratistas en los procesos contractuales con los entes del Estado; capacitar al personal de la sociedad en materia de ética ciudadana y responsabilidad social, como parte de un gran esfuerzo pedagógico a todos los niveles de la comunidad; crear Comités de

Ética al interior de la sociedad para conocer y dirimir los conflictos que se presenten entre sus miembros.

d. Políticas de inversión social: Las sociedades en la medida de sus posibilidades y sin poner en riesgo el capital de los accionistas y otros aportantes de capital desarrollarán programas de mejoramiento de la calidad de vida de las comunidades en donde están ubicadas y promoverán y estimularán la participación de las personas vinculadas con la empresa en proyectos de interés general.

e. E-Governance: Las sociedades establecerán mecanismos para garantizar que la información transmitida por medios electrónicos responda a los más altos estándares de confidencialidad e integridad.

- **Integridad:** Las sociedades garantizarán que en todas las operaciones que se realicen por medios electrónicos se identifique a los sujetos participantes, se evite el repudio de las declaraciones que éstos realizan, se mantenga la integridad de las comunicaciones emitidas y se conserve la confidencialidad de la información.
- **Secrecía:** Con el fin de respetar los derechos de secrecía y de protección de datos personales de todas las personas, se debe establecer una política de privacidad y manejo de información reservada de los consumidores y demás terceras personas, y darla a conocer al público en general.
- **Homologación:** Considerando que la utilización de mensajes de datos debe cumplir con los mismos requerimientos que la información que tiene un soporte físico, establecer sistemas que le permitan cumplir con sus obligaciones sobre registro y archivo de la información.

- **Capacitación:** Implementar manuales internos que regulen la utilización de medios electrónicos.
- **Autorregulación:** Crear marcos regulatorios para sus relaciones con terceras personas a través de sitios web y establecer mecanismos de control para el cumplimiento de los mismos, respetando en todo momento el derecho a la intimidad y los demás derechos de las personas.

V. El ejecutivo principal

El ejecutivo principal de la sociedad tiene la misión de ejecutar las directrices y estrategia corporativa aprobadas por la Junta Directiva.

1. Nominación: La nominación del ejecutivo principal de la sociedad deberá realizarse por el Comité de Nominación y Compensación de la Junta Directiva de conformidad con los perfiles establecidos.

2. Designación: La designación del ejecutivo principal deberá hacerla la Asamblea de accionistas.

3. Responsabilidades: El ejecutivo principal de la sociedad, deberá cuando menos responder con las siguientes responsabilidades:

a. Representar legalmente la Sociedad y tener a su cargo la inmediata dirección y administración de sus negocios.

b. Celebrar en nombre de la Sociedad todos los contratos relacionados con su objeto social.

- c. Ejecutar y hacer cumplir las decisiones de la Asamblea General y de la Junta Directiva.**
- d. Nombrar y remover libremente a los empleados de sus dependencias con base en los criterios de eficiencia, evaluación y gobierno corporativo.**
- e. Adoptar las medidas necesarias para la debida conservación de los bienes sociales y para el adecuado recaudo y aplicación de sus fondos, vigilar y dirigir las actividades de los empleados de la sociedad e impartir las órdenes e instrucciones que exija la buena marcha de la empresa.**
- f. Citar a la Junta Directiva a reuniones extraordinarias cuando lo considere necesario o conveniente, y mantenerla adecuada y oportunamente informada sobre la marcha de los negocios sociales; someter a su consideración los balances de prueba y cualquier información que los Comités requieran.**
- g. Presentar a la AGA anualmente, en su reunión ordinaria, el balance de fin de ejercicio, junto con los informes y el proyecto de distribución de utilidades y demás detalles e informaciones especiales exigidos por la ley, previo el estudio, las consideraciones y la aprobación inicial de la Junta Directiva.**
- h. Revelar posibles conflictos de interés.**
- i. Garantizar el cumplimiento de las normas de gobierno corporativo adoptadas por la AGA.**

j. Mantener informados a los inversionistas en la forma y tiempo que establezcan el Código de Buen Gobierno Corporativo.

VI. Conflictos de interés

Las sociedades implementarán mecanismos efectivos con el fin de facilitar la prevención, el manejo y la divulgación de los conflictos de interés que puedan presentarse entre los accionistas, los ejecutivos clave, los grupos de interés y los miembros de la junta directiva.

1. Prácticas prohibidas: Las sociedades prohibirán que sus ejecutivos clave, miembros de junta directiva y empleados, incurran en cualquiera de las siguientes prácticas:

a. Recibir remuneración, dádivas, o cualquier otro tipo de compensación en dinero o especie por parte de cualquier persona jurídica o natural, en razón del trabajo o servicio prestado a la sociedad.

b. Los ejecutivos clave quedan completamente inhabilitados para otorgar compensaciones extraordinarias a los miembros de la Junta Directiva.

c. Utilizar indebidamente la información privilegiada o confidencial para obtener provecho o salvaguardar intereses individuales o de terceros.

d. Realizar proselitismo político aprovechando cargo, posición o relaciones con la sociedad.

e. Los ejecutivos clave se abstendrán de contratar empleados en la sociedad, con los cuales tengan relaciones financieras, familiares o de poder.

2. **Divulgación:** Los ejecutivos clave, los accionistas y los miembros de junta directiva, revelarán los conflictos de interés en los cuales pudieran estar en curso y se abstendrán de votar favorable o desfavorablemente sobre dichos asuntos.

3. **Políticas:** Las sociedades establecerán un manual de políticas para la administración, prevención y solución de conflictos de interés, que pondrán a disposición del mercado.

4. **Mecanismos especiales:** Las sociedades adoptarán mecanismos para la administración de conflictos de interés de los ejecutivos clave, los miembros de junta directiva y accionistas controlantes.

VII. Administración y resolución de controversias

Las sociedades adoptarán sistemas para la administración y resolución de controversias como un mecanismo para promover la inversión extranjera, las relaciones comerciales y facilitar la convivencia entre los accionistas, grupos de interés y administración. Las sociedades mexicanas adoptarán sistema de administración y resolución de controversias para los siguientes casos:

1. **Frente a los terceros aportantes de recursos:** Las sociedades adoptarán mecanismos para resolver de manera ágil, económica y especializada las controversias derivadas de las relaciones entre esta y los grupos de interés. Para ello y de conformidad con las necesidades y características de la sociedad, se adaptarán áreas, designarán empleados o establecerán oficinas de servicio al cliente, programas de negociación directa, mecanismos de conciliación y la estipulación de cláusulas de arbitramento especializadas.

2. Resolución interna de conflictos en la sociedad: Las sociedades adoptarán mecanismos de prevención, atención y resolución de controversias surgidas entre los empleados y estos y los ejecutivos clave. Estos mecanismos velarán por la sana convivencia entre los trabajadores y los directivos.

3. Solución de controversias derivadas del Gobierno Corporativo: Las sociedades adoptarán cláusulas compromisorias para la resolución de controversias derivadas de la aplicación y el cumplimiento de los preceptos de gobierno corporativo adoptados. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos (negociación, conciliación y arbitraje) deberán constituirse en herramientas fundamentales para hacer efectiva cualquier reclamación derivada de la inobservancia de estos preceptos.

7.7. EDUCACION

Considero que para la aplicación de gobierno corporativo así como para promover operaciones transparentes y evitar acciones fraudulentas; no solo es necesaria la elaboración de regulaciones, modificaciones a las leyes y estructuras nuevas, es básico que en los individuos y las políticas de la empresa, exista una cultura ética.

La base del problema que viven las empresas en México y el mundo; que se ha venido dando desde décadas atrás; radica en la falta de ética como principio moral y rector del actuar de los dueños de las empresas. Erradicar dicho problema, es sumamente complicado ya que una conducta moral debe encontrar sus inicios desde la infancia misma de los individuos. Se trata de una cuestión cultural; en la que juega un papel muy importante la familia y la educación escolar.

Considero de gran importancia se implemente en el sistema educativo tanto público como privado; una cultura que promueva los valores éticos en el individuo, en cursos en los diferentes niveles de escolaridad; que inculquen la importancia y trascendencia de la integridad personal y la moral en la vida de los negocios de los hombres. De esta forma, las instituciones educativas tomarán un papel primordial en la formación de estudiantes; no solo capacitados en relación a conocimientos y aplicación de los mismos, sino individuos con valores éticos.

En relación al gobierno corporativo, considero que la responsabilidad recae en las universidades del país; pues deben ir fomentando poco a poco a los empresarios del futuro la ética en los negocios. Logrando lo anterior, mediante la introducción en los planes de estudio de materias de desarrollen e inculquen dicho tema, con el único fin de hacer del conocimiento público la importancia de aplicación de órganos de control y vigilancia dentro del gobierno corporativo y la repercusión que tendrá en el desarrollo sustentable y a largo plazo para las empresas mexicanas.

CONCLUSIONES

Habiendo hecho este análisis, es necesario presentar las siguientes conclusiones:

1.- Un buen gobierno corporativo es esencial para preservar la reputación de la empresa, así como la confianza de inversionistas y contar con mejores condiciones de acceso al capital.

2.- Contar con una adecuada gobernabilidad va más allá del simple cumplimiento regulatorio, se considera una posibilidad de incrementar la productividad en las empresas, no basta con cumplir con reglamentaciones y legislaciones, es necesario reforzar internamente diversos aspectos de estructura y de control con el fin de transparentar, brindar solidez y así ganar la confianza de los inversionistas.

3.- Las organizaciones enfrentan grandes riesgos como son las amenazas de fraudes e indisciplinas que incluyen la destrucción de la reputación de las empresas, la disminución del valor de la marca, la pérdida de ganancias, daños penales y severas multas. Esto significa que las compañías van a experimentar nuevos tipos de amenazas a su seguridad en áreas como lavado de dinero, robo de información y crimen informático

4.- El mejorar el desempeño del negocio a través de aplicaciones corporativas de una estrategia de administración del riesgo de fraude, es la esencia de un buen gobierno corporativo. Administrar las áreas de mayor riesgo del negocio, puede ayudar a asegurar que los fraudes potenciales sean prevenidos y que cualquier riesgo reputacional sea administrado.

5.- El Consejo de Administración, el Comité de Auditoría, así como el cuerpo directivo, deben estar seguros de que sus programas y controles internos sean realmente efectivos.

6.- El fraude fiscal es una realidad socio-económica de ida y vuelta y de diversa etiología, como puede ser la reacción del ciudadano a quien los excesos de las, a veces, prepotentes administraciones públicas le hacen sentirse súbdito expropiado del fruto de su trabajo; la objeción de conciencia ante la vista de ciertos destinos -la financiación del aborto puede ser un buen ejemplo- que a veces se dan a los caudales públicos; la emoción del reto a los poderes públicos, como la de quien juega a la ruleta rusa; la pura y dura sinvergonzonería ínsita en la condición humana.

7.- Frente a él reacciona la Hacienda Pública, bien mediante normativa tributaria antifraude, bien poniendo en marcha sus aparatos de control; y proclama cada año, con orgullo, haber descubierto más fraude que el año anterior, como si esa progresión fuese signo de buena administración de la cosa pública, de eficiencia del aparato inspector. Pero, bien al contrario, ese descubrimiento creciente revela la mala política fiscal seguida por los gobiernos, que gastan mucho, gastan mal, y, a veces, para el mal, despilfarran y no evitan que se abran vías de escape por las que el dinero público se va hacia paraderos más o menos desconocidos; la consecuencia es obvia: porque a más gasto-despilfarro, mayor presión fiscal, asfixia psico-física y económica del súbdito-contribuyente y consecuente reacción de éste.

8.- Del mismo modo que un buen director de empresa no es aquel que resuelve muchos problemas, sino quien, con sentido de la anticipación, evita que se produzcan, una buena

Administración Tributaria no es la que levanta cada año mayor número de actas y por mayor volumen de dinero; más bien sería aquella que con su buena política fiscal buscará la tendencia a cero de las cantidades defraudadas, de manera que el ámbito de la investigación inspectora se redujera al mundo de la delincuencia y a algún que otro defraudador compulsivo.

9.- Considero al gobierno corporativo; como aquel sistema por el que se regulan y dirigen los derechos y obligaciones entre las diferentes personas involucradas en la empresa; como socios accionistas, consejeros, administradores, y empleados; así como dictar reglas y procedimientos para la toma de decisiones sobre esos negocios y buena marcha de la empresa. Esta concepción a criterio del Banco Mundial; tiende a que las empresas promuevan la equidad, la transparencia y la responsabilidad de las mismas.

10.- En un sentido restringido, se puede entender al gobierno corporativo: como el conjunto de métodos y procedimientos que adoptan las empresas para asegurar que sus políticas sean dirigidas a cumplir los fines de la empresa, **entre los que se destaca la maximización del lucro**, entendiendo este; en el concepto que corresponde a todo fin que se persigue por parte de todo negocio mercantil; el beneficio económico.

11.- Esta concepción lo que busca, es motivar a los directivos para que obtengan el máximo de ganancias para los accionistas, en el menor tiempo posible, usando la optimización de los recursos pero con responsabilidad social y fiscal.

12.- Este movimiento tiende a transparentar la información de la sociedad hacia los accionistas, el Estado e inversores institucionales, así como de implantar sistemas efectivos responsables para el actuar de los administradores.

13.- No hay duda, en que estos códigos y principios deben ser finalmente reglamentados con la intervención del legislador, a través de específicas normas jurídicas, y no deben dejarse librados a la autonomía de la voluntad de la empresa.

14.- Está claro que la solución de la autorregulación es insuficiente para dar eficaz respuesta a las necesidades de reformular el derecho de las sociedades, de ahí que el método adecuado para ellos sea incorporar la temática del gobierno corporativo, Comité de Información de Interés Público y Consejo de Vigilancia Fiscal y Corporativo a través de la legislación, para de esa forma es decir de modo imperativo y no dispositivo, definir la nueva estructura interna de poder en las corporaciones.

15.- Se torna necesario reforzar la responsabilidad de los ejecutivos a través de los siguientes medios:

- Informando de manera puntual, periódica y apropiada sobre la marcha de la empresa y en especial; hacer públicas operaciones de fondeo y gasto que realice la sociedad, en las que algunos ejecutivos participen y tengan un interés; ya sea de manera directa o indirecta. De esa forma deberán proporcionar a las autoridades de control: los balances y estados financieros veraces y oportunos

con el estado económico de la sociedad y con sus obligaciones fiscales cumplidas.

- Implementando entre otros, sistemas de retribución de directivos; en especial en los casos cuya cuantía se determina con relación a la cotización bursátil como las stock options; y,
- Proponiendo sanciones hacia aquellos ejecutivos que pretendan influir en la conducta de los auditores externos.

16.- Se debe establecer un conjunto de normas que reglamenten el actuar de los accionistas controladores; en especial de imponerles deberes de fidelidad respecto a los demás titulares de acciones, debido que los controladores toman numerosas decisiones que afectan a las minorías sociales.

17.- Se debe establecer asimismo, que en los directorios de las compañías, existan consejeros independientes ajenos a los accionistas y finalmente y por último revitalizar a la junta general de accionistas, flexibilizando su estructura permitiendo a los accionistas intervenir en ella a través de medios electrónicos. .

18.- El correcto funcionamiento de un mercado de capitales como el actual, exige la aplicación de una filosofía coherente de regulación y coordinación de la economía; en torno, igualmente, a tres criterios o principios: el de la vigencia efectiva del imperio de la ley; el de la autorregulación de los mercados –en el mayor grado posible- y el de máxima transparencia.

19.- Cabe pronunciarse sobre las consecuencias prácticas de que una sociedad o corporación al adoptar, los principios de buen gobierno corporativo:

20.- Para efectos de eficiencia; entendida esta como la optimización a largo plazo de las ganancias de sus accionistas, objeto del concepto mismo de empresa.

21.- El revelar en tiempo oportuno y forma adecuada la información necesaria.

22.- Se debe ampliar la obligación de informar, sobre las estructuras y prácticas de gobierno en cada sociedad y en general que se adopten medidas para asegurar la mayor calidad de la información, obligando a las compañías que transparenten su información en la página web o con los medios de información que obligatoriamente deberán tener.

23.- En cuanto a la igualdad; los principios de buen gobierno corporativo proponen que las acciones ordinarias de las compañías deben respetar el principio básico de una acción un voto. Principalmente garantizando el “*voting in absentia*” o voto en ausencia.

24.- Otra de las consecuencias positivas de incorporar prácticas de buen gobierno societario en una empresa; viene debido a la obligatoriedad de que todas las decisiones que atañen a modificaciones sustanciales del principal negocio de la compañía; deben adoptarse con la anuencia, de todos los accionistas.

25.- En definitiva, no cabe duda que más transparencia e información oportuna y veraz en una sociedad; así como una postura de lealtad por parte de los administradores frente a los

accionistas; mayor protección a los derechos de las minorías de accionistas, etc.; sean parte de una estrategia válida en la búsqueda de la maximización del valor de una compañía y por ende, un excelente negocio para los socios, y para los inversionistas.

26.- Las discusiones públicas de gobierno corporativo en América Latina y alrededor del mundo, están enfocadas sobre el caso de compañías que cotizan en Bolsa y de sociedades que sin cotización oficial están en un corto plazo dispuesto a hacerlo. No obstante; se propone, que las compañías sin cotización oficial, a menudo de propiedad de su fundador o de propiedad familiar, adopten prácticas sólidas de contabilidad y auditoría, y controles y balances apropiados en planificación estratégica y administración, si quieren continuar siendo competitivas. Para ellos, el fortalecimiento de la información, la transparencia y la responsabilidad de las *sociedades* del sector privado, incrementará en gran forma las probabilidades de éxito en los amplios y variados esfuerzos que están siendo llevados en la región para contener la corrupción oficial y restaurar la confianza en los gobiernos.

27.- Es necesario promover la integridad de los directivos, con el objeto que los accionistas traten de tener un número suficiente de directores que sean independientes de la administración y de los accionistas de control, esto es, contar con directivos que estén dispuestos y sean capaces de llegar a juicios independientes y a proporcionar una dirección objetiva al Presidente del Consejo de Administración y a la Administración principal. Estos básicamente se encargarían de la revisión de las transacciones entre partes relacionadas y supervigilar los controles de auditoría internos.

28.- Los directores deben a la compañía (y por extensión a sus accionistas), actuando como un “*buen pater familias*” deber de lealtad y cuidado. Existen aún vacíos en el marco legal con respecto a las responsabilidades de dichos directores; en caso de eventos corporativos extraordinarios que requieran la aprobación de los accionistas tales como los cambios de control, fusiones, escisiones, nuevas inversiones, venta de activos críticos etc. Dada pues, la falta de experiencia y precisión en la interpretación del deber de lealtad y cuidado por los tribunales en los países de nuestra región, los legisladores y reguladores deberían fomentar reglas que dispongan que ciertos eventos específicos impulsen pasos bien definidos que los directores deberían adoptar.

29.- Todo sistema de gobierno corporativo tiene un eje horizontal, en el que está el gobierno corporativo institucional o externo, impuesto desde afuera por el sistema jurídico y los organismos de control, y un eje vertical; que es el gobierno corporativo contractual, que es el asumido voluntariamente desde adentro por cada empresa vía incorporación en los estatutos sociales.

30.- Las empresas que cotizan en bolsa, las que aspiren a ello, y las que no cotizan en bolsa deben estar convencidas que incorporando en sus estatutos sociales prácticas de buen gobierno como una estrategia permanente de creación de valor, les va a resultar altamente rentable.

31.- Es conveniente infundir en todas las capas sociales y en la conciencia de cada persona grandes dosis de moral -tarea para varias generaciones-. Pero, ¿quedarán aún genuinos servidores de la cosa pública capaces de emprender las políticas adecuadas?

32.- La lucha contra el fraude fiscal necesita un logro previo: la claridad y veracidad de la información financiera de las empresas, especialmente a las que se refieren los artículos 33 al 50 del Código de Comercio.

33.- La prevención y persecución del fraude fiscal y la mejora del cumplimiento tributario se muestra como una necesidad, una demanda social y una exigencia de los poderes públicos pues afecta directamente a los fundamentos de nuestra sociedad.

34.- La implementación del Consejo de Vigilancia Fiscal y Corporativo; pretende la mejora de la eficacia en la prevención del fraude y en la persecución del incumplimiento a través de la *intensificación y potenciación del control tributario*.

35.- Trata de incentivar el cumplimiento voluntario de las obligaciones fiscales, mediante la *mejora y avance en la asistencia y los servicios al contribuyente*.

36.- En definitiva, el **CUMPLIMIENTO de las obligaciones fiscales** se consigue mediante la suma del **CONTROL** más el **SERVICIO**, tratando de alcanzar el equilibrio entre ambas acciones.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA Romero, Miguel y Tania Romero Miranda. (2001). *Manual de concursos mercantiles y quiebras*. México. Porrúa.

GUMP, Akin. (2006). *The Disney Decision of 2005 and the precedent it sets for corporate governance and fiduciary responsibility*. New York. West.

ARELLANO Garcia, Carlos. (2001). *Práctica forense mercantil*. 14ª ed. México. Porrúa.

ARCE Gargollo, Javier. (2001). *Contratos mercantiles atípicos*. 8a ed., México. Porrúa.

BHAGAT & Black, "*The Uncertain Relationship Between Board Composition and Firm Performance*". 54 Business Lawyer

BARRERA Graf, Jorge. (2000). *Instituciones de derecho mercantil*. México. 4ª edición Porrúa.

BERCOVITZ, Rodríguez-Cano, *Apuntes de Derecho Mercantil*. Navarra. Thompson-Aranzadi, Cizur Menor.

BROSETA, Pont M; MARTINEZ, Sanz. *Manual de Derecho Mercantil*. Tomo I. Madrid. Tecnos.

CARVALLO Yáñez, Erick. *Tratado de derecho bursátil*, 3ª ed., México, Porrúa, 2001

CRAWFORD, Curtis J. (2007). *The Reform of Corporate Governance: Major Trends in the U.S. Corporate Boardroom, 1977-1997*. Capella University.

DE EIZAGUIRRE, José María. *Derecho mercantil*. Madrid. Cívitas.

DE LA FUENTE Rodríguez Jesús, Ley del Mercado de Valores, 1ª. Ed., México, Porrúa, 2009.

DÍAZ Bravo, Arturo. Contratos mercantiles, 6a ed., México, Oxford University Press, 1997

DIEP Diep, Daniel, La planeación fiscal hoy, Ed. Pac, 1999.

FERNANDEZ, de la Gándara E; GALLEGO, Sánchez. *Fundamentos de Derecho mercantil*. Tomo I. Valencia. Tirant lo Blanch.

GALINDO Sifuentes Ernesto, Derecho mercantil, 2ª Ed. Porrúa, 2004.

GARCÍA Trinidad, Apuntes de introducción al estudio del derecho, 2ª Ed., Porrúa, 2004.

GARCÍA Rodríguez, Salvador. Derecho mercantil, 5ª ed., México, Porrúa, 2000

GONZÁLEZ Márquez, José Juan. Introducción al derecho bancario mexicano, México, UAM, 1996

HALLIVIS Pelayo, Manuel. Interpretación de la materia tributaria en México. México, Porrúa, 2003.

HEGEWISCH Díaz Infante, Fernando. Derecho financiero mexicano. Instituciones del sistema financiero mexicano, 2ª ed., México, Porrúa, 1999

HERNÁNDEZ López, Aarón, El proceso penal federal, comentado, análisis de casos, Ed. Porrúa, 2001.

- HERRERO. (1970). *Derecho de quiebras*. México. Porrúa.
- LOBATO Rodríguez Raúl, *Derecho fiscal*, 2ª. Ed. Oxford University Press 1998.
- LOMELI Cerezo, Margarita, *Derecho Fiscal represivo*, Porrúa, México 1979.
- LOPEZ Lozano, Eduardo, *Ingeniería y Reingeniería Fiscal*. ISEF, México 2008.
- LOWRY, James. (2006). *For a good overview of the different theoretical perspectives on corporate governance*. Oxford University Press.
- MANTILLA Molina, Roberto L. *Derecho mercantil*, 29ª ed., México, Porrúa, 2001
- MARGAIN Manautou, Emilio, *Introducción al estudio del Derecho tributario mexicanos*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 1969.
- MENDOZA Martell Pablo E., PRECIADO Briseño Eduardo, *Lecciones de derecho bancario*, 3ª Ed. Porrúa, 2007.
- MEISE, Nicolas. (2004). *Governance Culture and Development*. Paris
- MEJAN C. Luis Manuel, *Sistema Financiero Mexicano*, 1ª. edición, México, Porrúa, 2008.
- NATIONAL, Association of Corporate Directors (NACD). (2007). *Enlightened Boards: Action Beyond Obligation*, Volumen. 31 Numero 12.
- OCDE, Development Centre. (2006). *Corporate Governance in Development: The Experiences of Brazil, Chile, India, and South Africa*. Paris. Charles P. Oman.

OCDE, Development Centre. (2007). *Business for Development: Fostering the Private Sector*. Paris. OECD Publications.

PONCE Gómez, Francisco, *Teoría General de Derecho Fiscal*, Ed. Limusa, 2007.

QUINTANA Adriano Elvia Arcelia, *Panorama Internacional del derecho mercantil*, 1ª. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

RODRÍGUEZ y Rodríguez, Joaquín. *La separación de bienes en la quiebra*, 1ª ed., México, UNAM, Facultad de Derecho, 1951

SANCHEZ, Calero. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Tomo I, Navarra. Thompson-Aranzadi.

SANCHEZ Piña, José de Jesús, *Nociones de Derecho Fiscal*, Ed. Pac. 2000.

SARBANES-Oxley Spring 2006 Survey CRA International.

Tratado de sociedades mercantiles, 2 vols., 6ª ed., revisada y actualizada, México, Porrúa, 1981

TENA, Felipe de J. *Derecho mercantil mexicano*, 19ª ed., México, Porrúa, 2001

URIA, R. *Derecho mercantil*. Madrid.

VÁZQUEZ del Mercado, Óscar. *Contratos mercantiles*, 11ª ed., México, Porrúa, 2001

ZAMORA Pierce, Jesús. *Derecho procesal mercantil*, 7ª ed., México, Cárdenas, 1998

ZULOAGA, Enrique Carlos. Pacto contractual y contratos atípicos, 1ª ed., México, Porrúa, 2000

LEGISLACIÓN BÁSICA

Circular Única de Emisoras

Circular Única de Casas de Bolsa

Circular Única de Sociedades de Inversión

Código de Comercio

Código Civil para el Distrito Federal

Código Fiscal para la Federación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código de Mejores Prácticas Corporativas

Código de Ética Profesional de la Comunidad Bursátil Mexicana

Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores

Ley del Mercado de Valores

Ley Federal de Protección al Consumidor

Ley General de Sociedades Mercantiles

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

Ley de Cámaras de Comercio

Ley de Concursos (comentada)

Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos

Ley de Instituciones de Crédito

Ley del Banco de México

Ley para Regular Agrupaciones Financieras

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito

Ley de Sociedades de Inversión

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros

Ley de Instituciones de Fianzas

Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros

Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores

Reglamento Interior de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores

Reglamento de Supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores

Tesis y jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

