

00781
33
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

FALLA DE ORIGEN

**ANALISIS JURIDICO DE LA CONTRATACION DE
DEUDA PUBLICA EXTERNA MEXICANA**

TESIS DOCTORAL

LIC. JUAN MANUEL SALDAÑA PEREZ

JUNIO DE 1995



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mis padres con cariño

Lic. Luis P. Saldaña Ramírez

Ma. del Rosario Pérez de Saldaña

A mis maestros:

Dr. Pedro Astudillo Ursúa

Dr. Máximo Carvajal Contreras

Dr. Fernando Flores García

Lic. Victor Carlos García Moreno

Lic. José de Jesús López Monroy

Lic. Jaime Pellicer Bermeo

Lic. Agustín Saenz Saenz

INTRODUCCIÓN

Existe en la actualidad un nuevo sistema legal internacional que establece las reglas básicas que gobiernan las operaciones crediticias transnacionales. Estas reglas o normas han surgido de la práctica internacional o bien de la aplicación de normas de uno o varios países "acreedores" que participan en dichas transacciones financieras. Independientemente del origen, esta estructura legal a la cual se han adherido tanto entidades soberanas como instituciones de carácter privado, se aplica tanto para la negociación y formulación de los contratos, como para la emisión y ejecución de sentencias, en caso de controversias.

Se han realizado innumerables investigaciones en relación con la carga que representa la "deuda externa" para los países menos desarrollados. Estudios filosóficos, religiosos y económicos tratan de explicar el origen y la solución de la problemática del endeudamiento

externo. Sin embargo, con gran sorpresa me he percatado, a través de la docencia, la investigación y el ejercicio profesional, que la problemática de la deuda externa en general, y particularmente la deuda pública externa, ha sido muy poco analizada, tanto en el derecho internacional como en los sistemas jurídicos de los países acreedores y deudores, pero principalmente en estos últimos.

No ha sido producto de la casualidad o del azar haber seleccionado este tema de investigación, sino que ha representado para mí un reto, tanto por su complejidad como por su importancia para México - y considero que particularmente para los juristas mexicanos, - cuyo propósito es plantear hipótesis preliminares que nos permitan arribar a una tesis sustentable, desde el punto de vista científico, y, en consecuencia, emitir las conclusiones al respecto:

Aunque el problema de la deuda pública externa es eminentemente económico, las implicaciones jurídicas son tan importantes y complejas como las de carácter económico.

Actualmente no se cumple con el marco constitucional y legal que regula la contratación de deuda pública externa mexicana.

En materia de deuda pública externa, los acreedores han creado un marco "jurídico" internacional para salvaguardar sus intereses, que en muchas ocasiones choca con el marco constitucional y legal establecido en los sistemas jurídicos de los países deudores, como México.

Debido a la complejidad y extensión del tema, el presente estudio se limita, en cuanto a los sujetos, a la contratación de deuda en la que el Estado mexicano funge como deudor y la banca comercial internacional como acreedora, y en cuanto al destino, a la deuda cuyo objeto es el incremento de los ingresos públicos. En otras palabras, no se incluye la deuda pública externa contraída con organismos financieros internacionales o con el Club de París, ni aquella que tiene propósitos de regulación monetaria, operaciones de conversión o que haya sido contratada en casos de emergencia declarada por el Presidente de la República, en los términos del artículo 29 constitucional.

Para alcanzar el objetivo mencionado, en la primer parte del trabajo analizaremos las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que regulan, tanto de manera directa como indirecta, lo relativo a la contratación de deuda externa, así como los ordenamientos legales más importantes que regulan la materia, tales como la Ley de Ingresos de la Federación, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y la Ley General de Deuda Pública, entre otros. Lo anterior nos permitirá conocer si actualmente se está cumpliendo con las disposiciones constitucionales y legales relativas a: la persona facultada, tanto para contratar como para reconocer y mandar pagar la deuda contraída sobre el crédito de la Nación, al objeto y al destino de los créditos recibidos, entre otras.

En segundo término, analizaremos el procedimiento de contratación de deuda externa mexicana en el contexto del mercado de las eurodivisas (eurodólar) y particularmente el proceso de negociación

de un contrato de crédito sindicado (*sindicated loan credit*) que es la operación utilizada con mayor frecuencia para el otorgamiento de créditos a los países menos desarrollados, entre ellos México.

Posteriormente, realizaremos un análisis de las principales cláusulas de un contrato de préstamo sindicado para determinar el alcance de las obligaciones contraídas por México, a la luz de los aspectos jurídicos más importantes, tanto del sistema jurídico mexicano como de los Estados Unidos. Es necesario precisar que el trabajo de investigación se limita a los aspectos legales que en materia de deuda externa, son de mayor importancia en el derecho norteamericano, y que tienen relación o consecuencias jurídicas con respecto a la deuda pública externa mexicana.

Tratar de analizar la legislación relativa a deuda externa de otros acreedores, además de rebasar el objeto de la presente investigación, resultaría poco útil, ya que es común que en este tipo de contrataciones, tanto el tribunal competente como la ley aplicable para el caso de controversia, sean de los Estados Unidos o de Inglaterra. Además, en la práctica, la mayor parte de las controversias que se han presentado se han regido por la ley y tribunal norteamericanos.

Uno de los problemas jurídicos de mayor relevancia consiste en determinar si el gobierno de un país deudor puede ser demandado por incumplimiento de un contrato de deuda en los tribunales de un país extranjero, y, en caso de dictarse sentencia condenatoria, trabar embargo sobre bienes situados en territorio de ese país extranjero, o

bien solicitar a un juez nacional, del país deudor, la ejecución de la sentencia dictada en el extranjero, para en su caso embargarle bienes.

Para conocer la solución a dicha problemática, analizaremos tanto la teoría de la inmunidad absoluta de los estados, como la teoría de la inmunidad relativa de los estados, - esta última, adoptada por los Estados Unidos, mediante el "Foreign Sovereign Immunity Act of 1976"-, para determinar su aplicación práctica en el caso de la deuda externa mexicana.

Posteriormente, realizaremos un análisis de los aspectos jurídicos y económicos de mayor importancia en la reestructuración de la deuda externa mexicana de 1989 y en el llamado "plan de rescate internacional de 1995". Es necesario destacar que por la carencia de información precisa y confiable, no se realizó un estudio más profundo sobre este último aspecto. Finalmente, analizaremos el Fideicomiso para la cobertura de riesgos cambiarios, derivados de endudamientos externos (Ficorca), que, además de ser un instrumento implementado por el gobierno Federal para auxiliar a los deudores nacionales privados en el pago de sus créditos denominados en moneda extranjera, se constituyó en un mecanismo para convertir deuda privada externa en deuda pública externa.

PRIMERA PARTE

**MARCO CONSTITUCIONAL
DE LA
DEUDA PÚBLICA EXTERNA
MEXICANA**

INTRODUCCIÓN

Para efectuar un estudio de la deuda pública externa desde un punto de vista del derecho mexicano, es necesario partir del análisis de las disposiciones constitucionales que regulan dicha materia.

A nivel constitucional, existen diversas normas que regulan la contratación de deuda pública, sin embargo, la fracción VIII del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución), al establecer los lineamientos fundamentales que deben observarse respecto a la contratación, pago y destino de la deuda, se convierte en la disposición jurídica fundamental que regula dicha materia, de manera directa y expresa, incluyendo en su texto lo relativo a la "deuda pública externa".

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

VIII. Para dar las bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos, sobre el crédito de la nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional. Ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con fines de regulación

monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29. Asimismo aprobar anualmente los montos de endeudamiento que deberán incluirse en ley de ingresos, que en su caso requiera el gobierno del Distrito Federal y las entidades de su sector público, conforme a las bases de la ley correspondiente. El Ejecutivo Federal informará anualmente al Congreso de la Unión sobre el ejercicio de dicha deuda a cuyo efecto el Jefe del Distrito Federal le hará llegar el informe que sobre el ejercicio de los recursos correspondientes hubiere realizado. El Jefe del Distrito Federal informará igualmente a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, al rendir la cuenta pública.

Del texto constitucional citado surgen muy diversas interrogantes, entre las que destacan las siguientes:

¿En qué consiste la facultad del Congreso para dar bases sobre las cuales el Ejecutivo puede celebrar empréstitos?

¿En qué casos y bajo qué condiciones puede el Ejecutivo celebrar empréstitos?

¿Cuál es el procedimiento que debe seguir el Congreso para dar las "bases" con el fin de aprobar, reconocer y mandar pagar la deuda nacional?

¿En qué consiste la facultad del Congreso de aprobar dichos empréstitos?

¿Qué destino deberán tener los empréstitos?

I. ANÁLISIS DE LA FRACCIÓN VIII DEL ARTÍCULO 73

El texto de la fracción VIII, del artículo 73 de la Constitución, contiene las siguientes "facultades exclusivas del Congreso":

1. FACULTAD DE DAR BASES

En primer término, es necesario conocer lo que son las llamadas "leyes de bases". En nuestro sistema jurídico no es muy utilizado el tecnicismo "leyes de bases", ya que más bien se habla de simples leyes reglamentarias de ciertas materias constitucionales. Por lo que el Congreso deberá expedir a través de una simple ley, las bases correspondientes. ¹

El Congreso puede hacer uso de su facultad de "dar bases" mediante una ley reglamentaria de la fracción VIII de la Constitución, la

¹ Barragán Barragán, José. "Algunas consideraciones sobre los principios constitucionales que regulan la deuda externa", Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, año 5, núm. 13, enero abril de 1990, p. 19.

cual debe contener los requisitos y condiciones que el Ejecutivo debe observar durante todo el proceso de contratación de deuda, desde el inicio de negociaciones formales e informales, hasta la firma del contrato de deuda correspondiente, previa aprobación del contrato por el Congreso.

La misma ley reglamentaria o de bases, debe establecer las condiciones relativas a sujetos, destino, montos, tasas de interés, plazos de pago, ley aplicable, tribunal competente, moneda o monedas de la obligación, comisiones que se pacten, instrumentos para documentar las obligaciones y garantías que se puedan otorgar en los empréstitos, entre muchos otros aspectos.

La Ley General de Deuda Pública (LGDP) publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1976, pretende ser la llamada "ley de bases", o sea, la Ley Reglamentaria de la fracción VIII del artículo 73 de la Constitución.

La LGDP pretende tener su fundamento en el artículo 73, fracción VIII de la Constitución, en virtud de las facultades que tiene el H. Congreso para dar las bases sobre las cuales el Ejecutivo Federal pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación, así como para reconocer y mandar pagar la deuda nacional.

Conforme al artículo 71 de la Constitución, el derecho a iniciar leyes o decretos compete:

I. Al presidente de la República

- II. A los diputados y senadores del Congreso de la Unión, y
- III. A las legislaturas de los Estados.

En cuanto al proceso legislativo para la creación de una ley, el inciso h) del artículo 72 de la Constitución establece que, cuando algún proyecto de ley o decreto verse sobre "empréstitos", contribuciones, impuestos o reclutamiento de tropas, deberá discutirse primero en la Cámara de Diputados, por lo que la "ley de bases" expedida por el Congreso en materia de deuda, deberá discutirse primero en dicha Cámara, para su posterior aprobación por parte del propio Congreso.

2. FACULTAD DE APROBAR EMPRÉSTITOS.

Una vez que el Ejecutivo ha negociado algún empréstito en los términos y condiciones establecidos por el Congreso de la Unión, mediante la llamada "ley de bases", el contrato o convenio respectivo tendrá que ser aprobado por el propio Congreso, en cada caso particular, ya sea porque el acto legislativo de que se trate abarque un contrato en lo individual, o varios en una serie, lo cual significa que deberá observarse el procedimiento formal de discusión y aprobación de leyes, por ambas cámaras, conforme al procedimiento establecido en la propia Constitución.

Sólo hasta que cada uno de los empréstitos, individualmente o en serie, hayan sido aprobados por el Congreso, éste podrá autorizar al Ejecutivo a suscribir el contrato de préstamo respectivo. Sin

embargo, tal es la Teoría de la Constitución; la práctica es otra. Los empréstitos que contrae el Ejecutivo, comprometiendo el crédito de la Nación, no suelen pasar por el conocimiento del Congreso, en los términos previstos por la mencionada fracción VIII. De este modo, nuestra creciente deuda exterior tiene un vicio constitucional de origen. Acaso sea impracticable, para la negociación de los empréstitos, el sistema previsto por el precepto comentado, acerca de lo cual no nos corresponde opinar; mas parece que no lo consideró así la adición constituyente a la indicada fracción VIII, del 30 de diciembre de 1946, que aumentó en los siguientes términos los requisitos para la contratación de empréstitos. "Ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con fines de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29".²

Al respecto, Ignacio Burgoa afirma: "Es ineluctable que la falta de dicha aprobación congresional afectó de nulidad los mencionados empréstitos, independientemente de que la concertación de éstos y el manejo y aplicación del dinero que por ellos se obtuvo no se hubieren ajustado a lo dispuesto en la Ley General de Deuda Pública, circunstancia que confirma tal nulidad..".³

² Tena Ramírez, Felipe, Derecho constitucional mexicano, 20a. ed., México, Porrúa, 1990, p. 341.

³ Burgoa Orihuela, Ignacio, La deuda pública externa, el derecho a la información y la

Sin embargo, la LGDP contraviniendo el texto constitucional, en su artículo 4, fracción I, dispone:

Corresponde al Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público:

I. Emitir valores y contratar empréstitos para fines de inversión pública productiva, para canje o refinanciamiento de obligaciones del erario Federal o con propósitos de regulación monetaria.

Mediante tal disposición "reglamentaria" de la Constitución se "faculta" al Ejecutivo Federal para, entre otras cosas, "contratar empréstitos", lo cual resulta violatorio del principio de legalidad, ya que conforme al texto constitucional, es "facultad exclusiva" del Congreso "dar las bases" sobre las cuales el Ejecutivo Federal pueda celebrar empréstitos ... aprobar esos mismos..", por lo cual, como se señaló, la referida ley de bases sólo puede reglamentar lo relativo a la negociación del contrato, que posteriormente deberá ser aprobado por el Congreso. ⁴

Lo que ha sido una práctica del Ejecutivo se ha convertido en un problema más grave, al sancionar la Ley de Ingresos la costumbre del Ejecutivo de comprometer, sin la coparticipación del Congreso, el Crédito de la Nación.⁵

Suprema Corte, México, 1983, pp. 20 y 21.

⁴ Barragán Barragán, ob. cit., p. 20.

⁵ Tena Ramírez, ob. cit., p. 341 y 342.

De acuerdo con la fracción VIII, del artículo 73 de la Constitución, es facultad exclusiva del Congreso aprobar los empréstitos; facultad que no se puede delegar al Ejecutivo, ni a través de una "ley de bases" expedida por el propio Congreso:

En cuanto a la facultad puede o no ejercitarse por el Congreso. Puede o no hacerse uso de ella. Con todo, si el Congreso no la ejerce o no hace uso alguno de ella, nadie más podrá apropiársela, sin incurrir en usurpación de funciones. Tampoco podrá delegarse, en todo o en parte. Si es exclusiva, nadie más podrá ejercerla; y si es exclusiva, en ningún caso, ni bajo ninguna circunstancia podrá delegarse, sin violentar el texto constitucional, sin pulverizar de plano la teoría de la división de poderes, sin incurrir en los graves ilícitos de violación de la Constitución. ⁶

En otras palabras, "la autoridad responsable de la administración de la deuda pública es el titular del Ejecutivo Federal, quien deberá obtener la autorización previa del Congreso de la Unión e informar sobre los montos, niveles y características del estado que guarda el crédito de la nación".⁷

Es conveniente destacar que aunque se puede pensar que el procedimiento de aprobación de empréstitos por parte del Congreso, es

6. Barragán Barragán, José, Consideraciones sobre el vicio de nulidad en las contrataciones de endeudamiento del gobierno mexicano, inédito, p. 13.

7. Osornio Corres, Francisco Javier, Aspectos jurídicos de la administración financiera en México, México, UNAM, 1992, p. 125.

similar al procedimiento de ratificación de tratados internacionales por parte del Senado (artículo 133 constitucional), existe una gran diferencia de fondo entre ambos, ya que la aprobación de los empréstitos se debe efectuar con anterioridad a la firma de los contratos respectivos, y en cambio la ratificación de los tratados se lleva al cabo con posterioridad a su celebración (firma).

Por lo anterior, nos formulamos las siguientes interrogantes:

a. ¿El Congreso ejerce su "facultad de aprobación" de empréstitos al expedir la Ley de Ingresos de la Federación (LIF) en la que se incluye un inciso relativo a "ingresos derivados de financiamientos externos"?

b. Una vez aprobada por el Congreso la suma total anual, proveniente de empréstitos, mediante la LIF, el Ejecutivo ¿puede suscribir los empréstitos equivalentes al monto total previsto en la LIF ?

El Congreso, haciendo uso de la facultad que le confiere la fracción VII del artículo 73 de la Constitución, emite la LIF, la cual contiene los ingresos que percibirá la Federación en un ejercicio fiscal, enumerando conceptos y cantidades estimadas. Entre otros ingresos se encuentran los derivados de "financiamientos externos"; sin embargo, ello no significa que mediante el mismo acto legislativo que aprueba la LIF, el Congreso también haga uso de su facultad exclusiva prevista en la fracción VIII del mismo artículo 73, y que mediante dicho acto esté autorizando al Ejecutivo para contratar empréstitos por la cantidad

señalada en la propia LIF, aunque en la práctica se haya considerado, indebidamente, que el Congreso al aprobar la LIF está haciendo uso de su facultad exclusiva de autorizar empréstitos.

El artículo 73 de la Constitución, en sus diversas fracciones, enumera una serie de facultades exclusivas del Congreso, facultades que el Congreso debe ejercer mediante actos legislativos diferentes, ya que el Congreso al aprobar en la LIF una cantidad determinada por concepto de créditos externos, únicamente está haciendo uso de su facultad "para imponer las contribuciones necesarias para cubrir el presupuesto", prevista en la fracción VII del propio precepto constitucional.

3. FACULTAD DE RECONOCER Y MANDAR PAGAR LA DEUDA NACIONAL

Gabino Fraga, afirma que "en materia de empréstitos públicos, el Congreso debe intervenir conforme a la facultad que la Constitución le concede para aprobarlos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional (artículo 73, fracción VIII)... si el Poder Legislativo goza de esa facultad, el Ejecutivo, que es quien contrata el empréstito, no puede, por virtud de ese contrato, obligar a la Nación... Es indispensable, para que este efecto se produzca, [obligar a la Nación] que aquella facultad sea ejercida por el poder a quien se confiere [es decir, por el Congreso].⁸

⁸ Citado por Burgoa Orihuela, ob. cit., p. 20.

Conforme a la referida disposición constitucional, es facultad exclusiva del Congreso "reconocer y en su caso mandar pagar la deuda nacional". De lo anterior se desprende que el Congreso primero deberá reconocer la deuda nacional, y posteriormente mandarla pagar, individualmente o en serie, analizando cada caso en lo particular, a través de una ley o decreto que cumpla con las formalidades del proceso legislativo, mediante su aprobación y discusión por ambas cámaras, pudiendo aparecer en una misma ley o decreto, o por separado, tanto el reconocimiento, como el mandato de pago de dicho empréstito.

Para que el Congreso "reconozca" la deuda nacional, es requisito indispensable que el empréstito haya sido contratado conforme al orden jurídico mexicano, en otras palabras, que haya sido autorizado por el propio Congreso en el ejercicio de su facultad exclusiva, esto es conforme al texto constitucional, y no mediante la LIF.

El Congreso antes de hacer uso de su facultad exclusiva de "reconocer" y en su caso "mandar pagar" la deuda nacional, se debe asegurar que el empréstito fue contraído con su autorización en los términos señalados en la Constitución.

Actualmente se pretende dar cumplimiento con el mandato constitucional de reconocimiento y orden de pago de empréstitos por parte del Congreso, mediante el llamado Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF), lo que resulta inconstitucional desde cualquier punto de vista, ya que conforme a la fracción IV del artículo 74 de la Constitución, es "facultad exclusiva" de la Cámara de Diputados.

"examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación", de lo que se concluye que el PEF ni siquiera es aprobado por el Congreso.

Además del argumento anterior, que por sí solo es irrefutable, en el supuesto de que el PEF fuese aprobado por el Congreso, como sucede en el caso de la LIF, éste sólo establece montos o cantidades que por concepto de pago de empréstitos son un gasto de la Federación, no constituyendo ello ningún reconocimiento y mucho menos un mandato de pago de deuda nacional, ya que en dicho documento no se especifica ni justifica el concepto de cada pago en lo individual, por lo que para poder dar cumplimiento con el mandato constitucional, como ya lo indicamos, es necesario que el Congreso, y no la Cámara de Diputados, mediante una ley o decreto, en cada caso particular, analice si dicho empréstito se realizó conforme a lo ordenado por la Constitución, o sea, si el propio Congreso lo aprobó y, en todo caso, verificar su destino, sujeto, monto, plazos, tasas de interés, comisiones y demás condiciones, así como verificar que el empréstito haya sido recibido conforme a lo aprobado y contratado, o sea, en los tiempos, cantidades y condiciones convenidas, entre otros aspectos y, luego, sólo en caso de proceder, ordenar al Ejecutivo su pago.

Adicionalmente, la facultad exclusiva del Congreso consistente en "reconocer y mandar pagar" la deuda tiene implícita una obligación de "control de deuda" para el Congreso, ya que en el análisis que efectúe sobre la procedencia del pago, se podrá percatar, además de los aspectos relativos a la procedencia del crédito, también de lo referente al

"destino" u objeto del crédito y, en su caso, el "uso final" que se le dio a los recursos.

Finalmente, es necesario señalar que no existe contradicción alguna entre lo dispuesto en los artículos 73 fracción VIII y 74 fracción IV de la Constitución, sino complementariedad, ya que como se mencionó, una vez que la Cámara de Diputados aprueba el Presupuesto de Egresos de la Federación, en el cual están incluidos, en términos generales, los egresos correspondientes al pago de deuda externa, el Congreso, en cada caso particular deberá reconocer y mandar pagar la deuda nacional, mediante una ley o decreto, en donde se especifique el monto del pago y el concepto de la deuda.

4. FACULTAD DE VIGILAR EL DESTINO DE LOS EMPRÉSTITOS

La norma constitucional de estudio establece muy claramente, como regla general, que "ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos", por lo que el Congreso de la Unión al expedir la "ley de bases" correspondiente, deberá fijar los lineamientos generales para identificar, en cada caso, cuándo un empréstito cumple con el mandato constitucional relativo al "destino", para que, conforme a ello el Ejecutivo lleve al cabo las negociaciones respectivas. Asimismo, el Congreso al autorizar al Ejecutivo la celebración de dicho empréstito, debe comprobar que éste cumpla con el mandato constitucional relativo

al destino, En otras palabras, deberá cerciorarse que los recursos provenientes de los empréstitos sean para incrementar los ingresos públicos, o sea, para actividades productivas que reditúen en el desarrollo económico y social del país.

Como se mencionó, el precepto constitucional incluye, por un lado, una facultad, y, por el otro, un mandato que se traduce en un control que debe tener el Congreso, respecto al destino de los empréstitos.

El propio precepto constitucional prevé tres excepciones al principio general antes señalado, éstas son:

- I. Regulación monetaria
- II. Operaciones de conversión
- III. Emergencia declarada conforme al artículo 29 constitucional

Excepcionalmente, el Estado puede celebrar empréstitos para fines de regulación monetaria tendentes a respaldar y ajustar la moneda nacional respecto a la extranjera, así como para facilitar o impulsar el comercio internacional, el pago de deuda externa o influir sobre la devaluación e inflación, mercado de dinero, etcétera.

El artículo 29 de la Constitución dice:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado, los

Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República, y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugares determinados las garantías que fuesen obstáculos para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación, pero deberá hacerlo por un tiempo limitado...

Es necesario resaltar que la declaración de emergencia nacional por parte del Ejecutivo en los términos del artículo 29 constitucional, no lo faculta para celebrar empréstitos directamente, por lo que, conforme al mandato constitucional, aún en ese caso, será necesaria la aprobación del Congreso, en virtud de que las excepciones previstas en el precepto constitucional, únicamente se refieren al "destino" y no a la "autorización" de los mismos por parte del Congreso.

"El primer efecto que se produce luego de cesar la emergencia es regresar a la vigencia de las garantías en los términos anteriores a la suspensión. La legislación de emergencia debe desaparecer, toda vez que igualmente han desaparecido las causas que la motivaron",⁹ por lo que la facultad del Congreso para autorizar al Ejecutivo a realizar empréstitos de destino diferente al señalado, cesará cuando la situación de emergencia desaparezca. En consecuencia, el Congreso al autorizar

⁹ Madrazo, Jorge, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, México, Colección Popular, Departamento del Distrito Federal- UNAM, 1990, p. 142.

dichos empréstitos deberá justificar las condiciones del mismo (plazo, monto, etcétera), y la causa o causas que motivaron el empréstito como una medida necesaria para hacer frente a determinada emergencia.

Finalmente, mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 21 de octubre de 1993, en dicho precepto constitucional se impuso la obligación al Ejecutivo de informar al Congreso solo sobre el estado de la deuda del Gobierno del Distrito Federal y las entidades de su sector público, y no respecto a las demás "entidades" mencionadas en las fracciones I y III a VI de la LGDP. Sin embargo, consideramos que en todo caso, dicha obligación no debe limitarse al gobierno del Distrito Federal, ya que debería ser amplia, en los términos del artículo 9 de la LGDP, que señala: "El Ejecutivo Federal informará al Congreso de la Unión del estado de la deuda, al rendir la cuenta pública anual y al remitir el proyecto de ingresos.....". Esa obligación a cargo del Ejecutivo, confirma la facultad de control que tiene el Congreso sobre el destino de la deuda pública.

5. FACULTAD DE APROBAR MONTOS DE ENDEUDAMIENTO A CARGO DEL DISTRITO FEDERAL

Mediante la adición de la última parte a la fracción VIII del artículo 73 constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación del 21 de octubre de 1993, se otorgó expresamente al Congreso de la Unión, la facultad de "...aprobar anualmente los montos de endeudamiento que

deberán incluirse en la ley de ingresos que en su caso requiera el Gobierno del Distrito Federal y las entidades de su sector público..."

En estricto sentido, como se explica ampliamente supra. pp. 23 y 26 los ingresos que percibe el Estado por concepto de deuda (externa e interna) no son contribuciones, en consecuencia, antes de la reforma de 1993, resultaba incorrecto que el Congreso aprobara los montos de "endeudamiento", (ingreso distinto a contribuciones) que deberían incluirse en la LIF, al hacer uso de su facultad para "imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto", prevista en la fracción VII del mismo precepto constitucional. Por lo anterior, consideramos que es acertada la reforma constitucional mencionada; al incluir como facultad del Congreso la de aprobar los montos de endeudamiento que deban incluirse en la LIF. Sin embargo, como ya se mencionó, dicha reforma resulta incompleta, ya que la facultad expresa de aprobación de montos de endeudamiento por parte del Congreso, sólo abarca los relativos al gobierno del Distrito Federal y a las entidades de su sector público, y no así los correspondientes a las demás "entidades" mencionadas en las fracciones I y III a VI de la LGDP, cuyos montos de endeudamiento continuarán aprobándose con base en la fracción VII mencionada.

I I. ANÁLISIS DE LA FRACCIÓN VIII DEL ARTÍCULO 117

El artículo 117, fracción VIII de la Constitución limita la facultad de los

Estados y municipios para contraer empréstitos de carácter externo, ya sea por la nacionalidad del acreedor, la moneda o el lugar de pago. La limitación constitucional abarca a las empresas públicas locales y organismos descentralizados estatales, en los siguientes términos:

Los Estados no pueden, en ningún caso:

VIII. Contraer directa o indirectamente obligaciones o empréstitos con gobiernos de otras naciones, con sociedades o particulares extranjeros, o cuando deban pagarse en moneda extranjera o fuera del territorio nacional.

Los Estados y los municipios no podrán contraer obligaciones o empréstitos sino cuando se destinen a inversiones públicas productivas, inclusive los que contraigan organismos descentralizados y empresas públicas, conforme a las bases que establezcan las legislaturas en una ley y por los conceptos y hasta por los montos que las mismas fijen anualmente en los respectivos presupuestos. Los ejecutivos informarán de su ejercicio al rendir la cuenta pública...¹⁰

Desde el punto de vista constitucional, debe diferenciarse entre los empréstitos sobre el crédito de la Nación, los cuales sólo pueden ser

¹⁰ Este precepto constitucional tiene su antecedente en la reforma al texto original de la fracción VIII del artículo 72 de la Constitución de 1857, en el año de 1901, por virtud de la cual se agregó una fracción VIII al artículo 111, texto que pasó casi literalmente a la fracción VIII del artículo 117 de la Constitución vigente. Este texto fue adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 30 de diciembre de 1946, y reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 21 de abril de 1981, para quedar como actualmente se encuentra.

contraídos a través del Ejecutivo Federal, y los empréstitos locales, que pueden ser contraídos por los Estados de la Federación y por los municipios en los términos que establezcan las leyes locales respectivas, las cuales, en todo caso, deben respetar las limitaciones establecidas en la Constitución General.¹¹

Tanto los empréstitos contraídos por la Federación como los empréstitos locales, coinciden en cuanto a destino, ya que en ambos casos los recursos deben utilizarse para la realización de inversiones públicas productivas. Sin embargo, las excepciones señaladas en el artículo 73, en cuanto al destino, esto es, para regulación monetaria, conversión y durante emergencia a que se refiere el artículo 29 de la Constitución General, no se aplican a los empréstitos locales. (artículo 117, fracción VIII, segundo párrafo de la Constitución).

¹¹ Vázquez Pando, Fernando Alejandro, La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 1990, p. 24.

SEGUNDA PARTE

MARCO LEGAL
DE LA
DEUDA PÚBLICA
EXTERNA MEXICANA

I. LEY DE INGRESOS DE LA FEDERACIÓN

La Ley de Ingresos de la Federación (LIF) es producto de un acto legislativo que con base en el artículo 73, fracción VII de la Constitución, determina los ingresos que el Gobierno Federal está autorizado para recaudar en un año determinado, constituye, por lo general, una mera lista de conceptos por virtud de los cuales puede percibir ingresos el Gobierno, sin especificar, salvo casos excepcionales, los elementos de los diversos impuestos y sólo establece que en determinado ejercicio fiscal se percibirán los ingresos provenientes de los conceptos que en la misma se enumeran....¹²

El artículo 73, fracción VII, de la Constitución es el fundamento de la Ley de Ingresos de la Federación, y establece: "El Congreso tiene Facultad: Para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto."

¹² Garza, Sergio Francisco, de la, Derecho financiero mexicano, 13a. ed., México, Porrúa, 1984, p. 102.

El término "contribuciones" que utiliza la Constitución tiene un significado muy limitado, por lo que sería más correcto utilizar el término "ingresos", por los siguientes motivos:

1. "La contribución es un ingreso fiscal ordinario del Estado que tiene por objeto cubrir sus gastos públicos", ¹³ y los financiamientos son ingresos extraordinarios.

2. "Ingreso público es el dinero que reciben el Estado y los demás entes de derecho público, por diferentes conceptos legales y en virtud de su poder de imperio o autoridad." ¹⁴

Los ingresos del Estado se pueden clasificar de diferentes formas, entre las que destacan:

I. Ingresos tributarios e ingresos financieros:

A. Ingresos tributarios. Abarcan las obligaciones económicas de los mexicanos para cubrir los gastos públicos (impuestos, aportaciones de seguridad social, derechos y productos).

B. Ingresos financieros. Tienen su origen en las diversas

¹³. Gil Valdivia, Gerardo, Diccionario jurídico mexicano, México, Porrúa-UNAM, 1989, p. 727.

¹⁴ Serra Rojas, Andrés, Derecho administrativo, 13a. ed., México, Porrúa, 1985 p. 33.

fuentes de financiamiento para complementar la cobertura del gasto público (financiamientos).¹⁵

II. Ingresos ordinarios y extraordinarios:

A. Ingresos ordinarios. Son aquellos que se perciben regularmente en cada ejercicio fiscal (impuestos, derechos, productos, aprovechamientos).

B. Ingresos extraordinarios. Son los que se perciben en circunstancias anormales (empréstitos o financiamientos adicionales).

Por otra parte, el artículo 2 del Código Fiscal de la Federación, adopta el término utilizado en el precepto constitucional y establece que las "contribuciones" se clasifican en: impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos, las que se definen de la siguiente manera:¹⁶

I. Impuestos son las contribuciones establecidas en la ley que deben pagar las personas físicas o morales que sean distintas a las señaladas en las fracciones II, III y IV de este artículo;

II. Aportaciones de seguridad social son las contribuciones establecidas en la ley a cargo de personas que son sustituidas por el Estado en el cumplimiento de obligaciones fijadas por la ley en

¹⁵ *Ibidem*, p. 34.

¹⁶ Código Fiscal de la Federación, Delma, 1993.

materia de seguridad social o a las personas que se beneficien en forma especial por servicios de seguridad social proporcionados por el mismo Estado;

III: Contribuciones de mejoras son las establecidas por la ley a cargo de personas físicas y morales que se beneficien de manera directa por obras públicas;

IV. Derechos son las contribuciones establecidas por la ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación, así como por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público,

De igual manera, el artículo 3 del Código Fiscal establece que los aprovechamientos son "... los ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público distintos de las contribuciones, de los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal"

De dicho precepto se desprende que, conforme al Código Fiscal de la Federación, los ingresos de la Federación comprenden, por lo menos: las contribuciones, los aprovechamientos, los financiamientos y los obtenidos por organismos descentralizados y empresas de participación estatal.

Por su parte, Fraga dice: "Los ingresos del Estado se originan normalmente por los impuestos que decreta, por los derechos, los

productos y aprovechamientos que obtiene por sus actividades, y excepcionalmente por los financiamientos que contrata dentro o fuera del país." 17

Jeze afirma que con relación a los ingresos derivados de financiamientos:

... respecto a ellos el presupuesto carece de significación, por no surgir del mismo autorizaciones creadoras o recaudatorias, pues respecto a ellos no puede extenderse la calificación de "contribuciones" a que se refiere el artículo 73, fracción VII, y 74, fracción IV, de la Constitución Federal y en consecuencia, para que puedan percibirse este tipo de ingresos la ley de ingresos es completamente indiferente. 18

De lo anterior se desprende que, como los financiamientos no son contribuciones, el Congreso no puede mediante ese acto legislativo, dar cumplimiento con el mandato constitucional de aprobación de empréstitos. Además de que la LIF resulta violatoria del principio de legalidad, al establecer ingresos del Estado diferentes a las contribuciones.

Por lo anterior, reafirmamos nuestro criterio: cuando el precepto constitucional (artículo 73, fracción VII) utiliza el término

17. Fraga, Gabino, Derecho administrativo, 23a. ed., México, Porrúa, 1984, p. 36.

18 Citado por De la Garza, ob. cit. pp. 105 y 106.

"contribuciones" no se refiere a "ingresos", ya que en todo caso, este término es más amplio y comprende a los empréstitos.

1. INICIATIVA DE LEY DE INGRESOS

Para formular un proyecto de Ley de Ingresos se requiere la realización de un estudio minucioso de las condiciones económicas y financieras del país, para así conocer cual va a ser el impacto de los impuestos, "financiamientos", etcétera, en el desarrollo económico nacional; es por ello que la fracción IV del artículo 74 de la Constitución concede al Ejecutivo Federal la facultad de presentar la iniciativa de Ley de Ingresos ante el Congreso, de acuerdo con la base según la cual es el propio Poder Ejecutivo el que cuenta con la información más precisa para ello.

El artículo 69 de la Constitución de 1857 concedía expresamente al Ejecutivo la facultad de presentar la iniciativa de Ley de Ingresos al Congreso. En la Constitución de 1917 no se previó dicha facultad, sin embargo, el Ejecutivo continuó presentando dicha iniciativa, con fundamento en la facultad general de iniciativa otorgada al Presidente de la República en el artículo 71, fracción I, que a la letra dice: "El derecho de iniciar leyes o decretos compete: I. Al presidente de la República."

Actualmente, el segundo párrafo del artículo 74 de la Constitución otorga el derecho de iniciativa de Ley de Ingresos al Ejecutivo, al disponer que "El Ejecutivo Federal hará llegar a las Cámaras las

correspondientes iniciativas de leyes de ingresos y los proyectos de presupuestos...."

Conforme al artículo 31 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF) corresponde a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP): "Estudiar y formular los proyectos de leyes y disposiciones impositivas, y las leyes de ingresos federal y del Departamento del Distrito Federal".

En el Congreso de la Unión, el proyecto de Ley de Ingresos deberá discutirse primero en la Cámara de Diputados conforme al procedimiento establecido en el artículo 72, inciso h) de la propia Constitución, que dice:

Todo proyecto de ley o decreto cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas cámaras, observándose el Reglamento de Debates

La formación de leyes o decretos puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos cámaras, con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, todos los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados.

La Ley de Ingresos debe ser aprobada por ambas cámaras (artículo 73, fracción VII), y su discusión y aprobación debe efectuarse con anterioridad a la discusión y aprobación del Presupuesto de Egresos, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo, de la fracción IV del

artículo 74 constitucional, que establece: "Son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados: Examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación y del Departamento del Distrito Federal, decretando primero las contribuciones para cubrirlos..."

2. LEY DE INGRESOS DE LA FEDERACIÓN PARA EL EJERCICIO FISCAL DE 1994

La Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio fiscal de 1994, en su artículo 1o., señala:

ARTÍCULO 1o. En el ejercicio fiscal de 1994, la Federación percibirá los ingresos provenientes de los conceptos y en las cantidades estimadas que a continuación se enumeran: ¹⁹

- I. Impuestos
- II. Aportaciones de seguridad social
- III. Contribuciones de mejoras
- IV. Derechos
- V. Contribuciones no comprendidas en las fracciones precedentes causadas en ejercicios fiscales anteriores pendientes de liquidación de pago
- VI. Productos

¹⁹ Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 1994, Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1993.

VII. Aprovechamientos

Millones de
nuevos pesos

VIII. Ingresos derivados de financiamientos

9.600.0

1. Emisión de valores

A. Internas

B. Externas

2. Otros financiamientos

A. Para el gobierno federal

B. Para organismos descentralizados y
empresas de participación estatal

C. Otros

IX. Otros ingresos.

ARTÍCULO 2o. Se autoriza al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para contratar, ejercer y autorizar créditos, empréstitos y otras formas de ejercicio del crédito público, incluso mediante la emisión de valores, que no rebase el monto de 16,250 millones de nuevos pesos de endeudamiento neto externo, en los términos de la Ley General de Deuda Pública para el financiamiento del Presupuesto de Egresos para el Ejercicio Fiscal de 1994.

COMENTARIOS

1. El artículo 73 fracción VIII de la Constitución señala ciertas facultades exclusivas del Congreso, las cuales son indelegables. Indebidamente se ha pretendido delegar en el Ejecutivo la facultad "para

contratar, ejercer y autorizar créditos, empréstitos u otras formas de ejercicio del Crédito Público, incluso mediante la emisión de valores".

2. El precepto en análisis señala un límite cuantitativo para el ejercicio de la facultad delegada, en cifras que cada año aumentan y cuyo límite, tampoco es respetado. "Hay algo todavía más importante. Incluso la violación de esos límites está autorizada por adelantado en el propio precepto donde se establecen, cuando después de señalarlos agrega la siguiente frase: 'Asimismo se faculta al Ejecutivo Federal a ejercer o autorizar montos adicionales de financiamiento cuando a juicio del propio Ejecutivo, se presenten circunstancias económicas extraordinarias que así lo exijan' ".²⁰

3. El precepto presenta problemas constitucionales, toda vez que como se mencionó, el Congreso, mediante la LIF, no puede autorizar al Ejecutivo a realizar empréstitos, ya que además de que la naturaleza de los actos legislativos previstos en las fracciones VII y VIII, es diferente, en la LIF sólo se señala una cantidad que representa un ingreso al Gobierno Federal, sin que se indiquen los sujetos, términos y condiciones, y mucho menos el destino de los recursos, elementos que permiten al Congreso tener "control" de los empréstitos.

4. La prevención de "dar cuenta" al Congreso por el Ejecutivo, después de consumados los hechos, contraviene los estrictos requisitos

²⁰ Tena Ramírez, ob. cit. p., 342.

establecidos por la fracción VIII del artículo 73, para la contratación de deuda.

II. PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN PARA EL EJERCICIO FISCAL DE 1994

Antes de entrar al estudio del "presupuesto de egresos", analizaremos el de "gasto público", por estar íntimamente relacionados ambos conceptos.

El gasto público es el "monto de las erogaciones efectuadas por el Estado para la adquisición de bienes y el pago de los salarios necesarios para la prestación de los diferentes servicios públicos, para cubrir el servicio de la deuda y para realizar diversos pagos de transferencia, pensiones, jubilaciones, subsidios." ²¹

Serra Rojas considera que el gasto público comprende: "los gastos corrientes, los gastos de transferencia, los gastos de capital y otros gastos". ²²

También podemos considerar que el gasto público es el conjunto

²¹ Chapoy Bonifaz, Dolores Beatriz, Diccionario jurídico mexicano, ob. cit., p. 1526.

²² Serra Rojas, Andrés, Derecho administrativo, 12a. ed., México, Porrúa, 1983, t. II, p. 105.

de egresos del Estado, utilizados en los servicios públicos, obras públicas, etcétera, así como para la realización de una política económica de desarrollo y justicia social.

Concretando más el concepto la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal (LPCGPF) ²³ señala en su artículo 2, lo que debe entenderse por Gasto Público Federal:

El gasto público federal comprende las erogaciones por concepto de gasto corriente, inversión física, inversión financiera, así como pago de pasivos o deuda pública que realizan:

- I. El Poder Legislativo
- II. El Poder Judicial
- III. La Presidencia de la República
- IV. Las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, y la Procuraduría General de la República
- V. El Departamento del Distrito Federal
- VI. Organismos Descentralizados
- VII. Las Empresas de Participación Estatal Mayoritaria
- VIII. Los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal, el Departamento del Distrito Federal o alguna de las entidades, mencionadas en las fracciones VI y VII.

Conforme al artículo 74, fracción IV de la Constitución, la Cámara

²³ Ley de Presupuesto Contabilidad y Gasto Público Federal. Colección Porrúa, 1994. También en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1976.

de Diputados tiene entre otras facultades exclusivas, la de "Examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación...."

El Presupuesto de Egresos de la Federación es el único documento que enumera cada gasto y egreso que la Federación debe realizar durante un año, de tal manera que ningún egreso puede efectuarse si no está previsto en el presupuesto correspondiente o en ley posterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 126 constitucional, que a la letra dice: "No podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el presupuesto o determinado en ley posterior".

La finalidad de tal disposición es garantizar el correcto manejo del gasto público, mediante la formulación del llamado Presupuesto de Egresos de la Federación, documento que prevé los gastos de cada una de las dependencias y entidades comprendidas en el propio presupuesto, señalando las cantidades que para tales efectos son autorizadas, de tal manera que no deberá efectuarse pago alguno, por parte de la Federación, si no está previsto en el Presupuesto de Egresos o en una ley posterior al mismo.

Es necesario precisar que la aprobación de cantidades que deban destinarse al pago de la deuda externa, que realiza la Cámara de Diputados, de ninguna manera autoriza al Ejecutivo a efectuar pagos por ese concepto, ya que esa autorización le corresponde emitirla al Congreso de la Unión.

Por lo anterior, en el presupuesto de egresos deben incluirse los montos que se destinarán al pago de deuda externa en un ejercicio fiscal determinado, para que, previa autorización del Congreso de la Unión al Ejecutivo, éste pueda realizar pagos por concepto de empréstitos

Actualmente, el Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF) que aprueba exclusivamente la Cámara de Diputados, incluye, entre otras, aquellas erogaciones que realiza el Estado por concepto de empréstitos. Sin embargo, Burgoa considera que esas erogaciones, al no haber sido aprobadas por el Congreso están afectadas de nulidad, y:

...este vicio no se purga por el hecho de que la Cámara de Diputados.....hubiese aprobado las cuentas públicas anuales que le presentó el Ejecutivo para su discusión y examen, ya que dicha aprobación tuvo como única base la farragosa documentación que se estila anexar a tales cuentas y no la comprobación de que se hayan ejecutado real y materialmente, para beneficio colectivo, las obras a que alude la disposición constitucional invocada.²⁴

El presupuesto como documento contiene una relación de conceptos y cantidades que se estima erogar en un ejercicio fiscal, la cual constituye lo que se conoce como gasto público. ²⁵

24. Burgoa Orihuela, ob. cit., p.. 20

25 Quintana Acevés, Federico. Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, ob. cit., p. 561.

En efecto, el artículo 15 de la LPCGPF define al PEF, de la siguiente manera:

El Presupuesto de Egresos de la Federación será el que contenga el Decreto que apruebe la Cámara de Diputados, a iniciativa del Ejecutivo, para expensar, durante el período de un año a partir del 1o. de enero, las actividades, las obras y los servicios públicos previstos en los programas a cargo de las entidades que en el propio presupuesto se señalen.

El artículo 7o. del PEF para el ejercicio fiscal de 1994, señala el monto de egresos por concepto de pago de deuda pública, en los siguientes términos: "Las erogaciones previstas en el Presupuesto de Egresos para el pago de servicio de deuda del Gobierno Federal en 1994, importa la cantidad de N\$ 26, 408,500,000 (veintiseis mil cuatrocientos ocho millones quinientos mil nuevos pesos, moneda nacional)...".

En estricto sentido, el presupuesto anual de egresos no contiene todo el gasto público, ya que éste, no sólo se cubre por los egresos allí previstos, sino también por los pagos establecidos en una ley posterior, como sería el caso de las órdenes de pago de deuda expedidas por el Congreso hasta antes de la entrada en vigor de la LGDP, para cada caso particular.²⁶

²⁶ Antes de 1976, año en que entra en vigor la LGDP, el Congreso hacía uso de su facultad de autorización, reconocimiento y mandato de pago, mediante la expedición de leyes o decretos, para cada caso en lo particular. Por ejemplo, la Ley que autoriza

**LEY DE PRESUPUESTO, CONTABILIDAD Y
GASTO PÚBLICO FEDERAL**

Conforme al párrafo segundo, fracción IV del artículo 74 de la Constitución, corresponde al Ejecutivo formular y presentar el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF) a la Cámara de Diputados, a más tardar el 15 de noviembre o hasta el 15 de diciembre, cuando se inicie su encargo el 1o. de diciembre.

Por su parte, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal (LPCGPF), en su artículo 1o. señala que tiene aplicación en todo lo relativo al presupuesto, contabilidad y gasto público federal.

El artículo 2 prescribe que el gasto público federal abarca las erogaciones por concepto de gasto corriente, inversión física, inversión financiera, así como pagos de pasivos o deuda pública, que realizan:

- I. El Poder Legislativo
- II. El Poder Judicial
- III. El presidente de la República
- IV. Las Secretarías de Estado y Departamentos
Administrativos y la Procuraduría General de
la República.

al Ejecutivo Federal para ajustar, mediante un convenio, la deuda ferrocarrilera, Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1945; Decreto que autoriza la emisión de un empréstito interior que se denominará "Bonos de la Industria Eléctrica de los Estados Unidos Mexicanos, 1946", Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1945; y Decreto que autoriza la emisión de un empréstito denominado "Bonos de Caminos de los Estados Unidos Mexicanos, 1946", Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1945. Véase Barragán Barragán, "Algunas consideraciones sobre los principios constitucionales que regulan la deuda externa", ob. cit., p. 30.

- V. El Departamento del Distrito Federal
- VI. Los organismos descentralizados
- VII. Las empresas de participación estatal mayoritaria
- VIII. Los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal, el Departamento del Distrito Federal o alguna de las entidades mencionadas en las fracciones VI y VII.

En relación al Departamento del Distrito Federal (DDF), aunque se incluye dentro del gasto público federal, no se contempla dentro de la Ley de Ingresos de la Federación, ni dentro del Presupuesto de Egresos de la Federación, ya que el DDF formula su ley de ingresos , a través del ejecutivo federal (SHCP) y formula y propone el anteproyecto de presupuesto anual de egresos (artículo 19, fracciones I y XII de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal LODDF), que la SHCP presenta a consideración del Presidente de la República (artículo 31 LOAPF), quién a su vez, lo remite a la Cámara de Diputados, en los terminos a que se refiere el artículo 74, fracción IV de la Constitución.

Conforme al artículo 19, fracción VII de la LODDF, éste es competente para participar, junto con la SHCP, en el control de deuda pública, pero para la gestión y contratación de toda clase de créditos y financiamientos requiere autorización de la SHCP. Asimismo, la fracción VIII de dicho precepto señala que el DDF debe efectuar los pagos correspondientes a su deuda pública, en los términos establecidos en la Ley General de Deuda Pública, LGDP y conforme a su presupuesto de egresos aprobado.

El artículo 16 de la LPCGPF, prescribe que el Presupuesto de Egresos de la Federación comprenderá los gastos que podrán realizar las entidades señaladas en el artículo 2, excepto el DDF, ello en virtud de que como lo mencionamos, éste tiene su propio presupuesto.

III. LEY GENERAL DE DEUDA PÚBLICA

El objeto del presente apartado es analizar de una manera general, las principales disposiciones de la Ley General de Deuda Pública (LGDP), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1976, que es la "ley de bases" o "ley reglamentaria" de la fracción VIII del artículo 73 de la Constitución.

Capítulo I

Disposiciones Generales

ARTÍCULO 1o.

Para los fines de esta ley, la deuda pública está constituida por las obligaciones de pasivo, directas o contingentes, derivadas de financiamientos a cargo de las siguientes entidades:

- I El Ejecutivo Federal y sus dependencias
- II El Departamento del Distrito Federal
- III Los organismos descentralizados
- IV Las empresas de participación estatal mayoritaria
- V Las instituciones que presten el servicio público de banca y

crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y las de fianzas, y

VI Los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el gobierno federal o alguna de las entidades mencionadas en las fracciones II a V.

COMENTARIOS

El precepto transcrito no hace distinción respecto al tipo de deuda que se regula, por lo que abarca tanto la deuda pública interna, como la deuda pública externa. Sin embargo, nuestro análisis sólo comprende la deuda pública externa.

De dicho ordenamiento se desprende que la definición de "deuda pública" atiende a dos aspectos fundamentales: la fuente de la obligación y el sujeto pasivo de la relación contractual.

A. Fuente de la obligación

Con relación a la primer parte del precepto que se refiere a la fuente de la obligación contractual, se formulan las siguientes observaciones:

1. El ordenamiento citado señala lo que debe entenderse por deuda pública "sólo para los fines de la propia ley", de lo cual se desprende que cuando otras leyes (Ley de Ingresos de la Federación, Presupuesto de Egresos de la Federación, entre otras) hagan referencia

al concepto de deuda pública, deben especificar cual es su significado. Sin embargo, en la realidad la LGDP es el único ordenamiento que intenta definir el concepto de "deuda pública".

2. El texto del artículo 73, fracción VIII de la Constitución utiliza el concepto de "deuda nacional" y no el de "deuda pública". Al respecto, José Luis Siqueiros considera que la LGDP "...incurre en imprecisiones terminológicas que van más allá de la semántica del lenguaje; omite deliberadamente el concepto de 'deuda nacional' y acuña el de 'deuda pública', vocablo más genérico que el primero..." 27

En rigor, la deuda nacional sólo puede ser contraída por el Ejecutivo Federal, pues trátase de empréstitos sobre el crédito de la Nación y siendo la deudora la nación misma, las otras entidades comprendidas en el artículo 1o., fracciones 3 al 6 de la LGDP no pueden considerarse como el Estado mexicano mismo, sino como entidades de la administración pública paraestatal... De todo lo anterior se desprende que 'deuda pública' es aquella contraída por las entidades que forman parte de la administración pública federal y sus dependencias, y sólo ésta, podría considerarse como la verdadera 'deuda nacional'. 28

Consideramos que si los conceptos de "deuda pública" y "deuda

27 Siqueiros, José Luis, "Deuda pública externa. Aspectos jurídicos de una posible moratoria", *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 1989, p. 574.

28 *Ibidem*, p. 576.

nacional" son diferentes en su significado, la LGDP que pretende ser una "ley de bases o ley reglamentaria" de la fracción VIII del artículo 73 de la Constitución, debe respetar el texto constitucional y reglamentarlo relativo a "deuda nacional". En el mejor de los casos, suponiendo que dichos términos fueran equivalentes, el uso de terminología diferente a la empleada en la Constitución crea confusión y evidencia la ausencia de una adecuada técnica legislativa.

Al respecto, Marcos Kaplan dice que deuda pública es "el conjunto de obligaciones financieras generadoras de interés, de un gobierno central con respecto a otro gobierno, a empresas, o a individuos de otros países e instituciones internacionales (públicas y privadas)".²⁹

De acuerdo con la definición del Banco Mundial, deuda pública externa es aquella "pagadera a acreedores exteriores en divisas, bienes y servicios, cuyo vencimiento inicial o prorrogado es superior a un año y que ha sido contraída por un organismo público del 'país prestatario'"³⁰

La deuda pública no únicamente se refiere a adeudos hacia el exterior de un país (deuda pública externa), ya que también abarca la llamada deuda interna o interior. Para Serra Rojas, "Se llama deuda interior cuando la obligación se ha de cumplir dentro de la nación y exterior si fuera de ella".³¹

29 Kaplan, Marcos, Diccionario jurídico mexicano, ob. cit., p. 1128.

30 García Moreno, Víctor Carlos, Notas sobre las condiciones financieras de los préstamos internacionales a los países en desarrollo, inédito, p. 1.

3. El concepto "obligaciones de pasivo", además de ser redundante por que todas las obligaciones implican un pasivo, es confuso, por ser un término contable que carece de significado jurídico, y contablemente toda obligación forma parte del pasivo, aún los créditos diferidos.³²

Las obligaciones (de pasivo) directas son aquellas cuya exigencia es cierta (sujetas a la modalidad de plazo) y las obligaciones contingentes son aquellas cuya exigencia es incierta (sujetas a una condición suspensiva).³³ Son obligaciones contingentes las de los avalistas y fiadores. ³⁴

31 Serra Rojas, Andrés, Derecho administrativo, 13a. ed., México, Porrúa, t. II, 1985, p. 34.

32 Vázquez Pando, Fernando Alejandro, "Notas para el estudio de la nueva Ley General de Deuda Pública", Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Núm. 9, julio de 1977, p. 537.

33 La obligación es pura y simple cuando no está sujeta a una modalidad, ya consista en: plazo o término, condición y modo, o carga. La eficacia de la obligación está sujeta al plazo (suspensivo o resolutorio) si la iniciación de sus efectos, o su extinción, depende de la llegada de un acontecimiento futuro y cierto o necesario. El hecho es necesario o cierto cuando forzosamente habrá de acaecer (una fecha determinada). La eficacia de la obligación también puede estar sujeta a una condición suspensiva o resolutoria de realización contingente (incierto), pues no se sabe si habrá de producirse. El Código Civil para el Distrito Federal a la letra dice: "La obligación es condicional cuando su existencia o resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto" (artículo 1938). "La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación" (artículo 1939). "La condición es resolutoria cuando, cumplida, resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido". (artículo 1940). Véase: Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones civiles, 3a. ed., México, Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1984, pp. 531 a 537; y Borja Soriano, Manuel, Teoría de las obligaciones, México, Porrúa, t. II, 1974, p. 17 y ss.

34 Pasivo contingente. Es aquella obligación cuyo nacimiento depende de una condición, hecho o acontecimiento. Dentro de este concepto quedan comprendidos los avales, hechos de la naturaleza que provoquen desastres, daños o calamidades, etcétera. Hamdad Amad, Fauzi, "Aspectos jurídicos de la deuda pública. Teoría o

En lugar de hacer una diferenciación entre obligaciones "directas" y "contingentes", la LGDP debería haberse referido al criterio de exigibilidad cierta o incierta.³⁵

4. Conforme al precepto objeto de análisis, la deuda pública está constituida por las obligaciones (de pasivo) directas o contingentes (de exigencia cierta o incierta) derivadas de "financiamientos". Sin embargo, el texto constitucional (artículo 73, fracción VIII) no se refiere a "financiamientos", sino a "empréstitos". En el mejor de los casos, considerando que ambos términos fueran equivalentes en su significado, ¿por qué utilizar una terminología diferente a la empleada en la Constitución que crea confusión y evidencia una ausencia de técnica legislativa? El artículo 2o. de la ley, que más adelante analizaremos, señala lo que se entiende por "financiamiento" supra. p. 51.

5. Otra imprecisión terminológica que crea gran confusión, evidencia la falta de conocimientos jurídicos por parte del legislador y dificulta la comprensión del texto de la ley en su conjunto, consiste en que el artículo 1o. incluye, dentro del término "entidades", tanto a la administración pública paraestatal como a la administración pública centralizada, siendo que en la propia LGDP, en ocasiones, se utiliza el término "entidades" para referirse sólo a la administración pública

práctica". Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 5, núm. 13, enero - abril de 1990, p. 94.

35 Vázquez Pando, Notas para el estudio de la nueva Ley General de Deuda Pública, ob. cit., p. 549.

paraestatal, y en otras incluye a la administración pública centralizada, sin especificar la diferencia, en cada caso. ³⁶

Conforme al artículo 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, los términos "dependencias" y "entidades" se refieren a la administración pública centralizada y paraestatal, respectivamente,³⁷ por lo que consideramos que en el artículo 1o. de la LGDP, se debió aclarar que el vocablo "entidades", se debería entender en un sentido genérico, tal y como lo aclara el artículo 2 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, ³⁸ y, en todo caso, así utilizarlo.

B. Sujetos pasivos de la relación contractual

Respecto a la segunda parte del precepto que enumera los sujetos

³⁶ En algunas disposiciones de la Ley General de Deuda Pública se utiliza el término "entidades" en forma genérica, abarcando tanto a la administración pública centralizada, como a la paraestatal: artículos 1o., 23, 25 y 27. En otras, el término "entidades" incluye únicamente a la administración pública paraestatal: artículos 4, Fracciones. III y VI; 16, 17, párrafo 2o., 20, 21, 22, 26 y 28. Otras más hacen referencia a "entidades paraestatales": artículo 5, fracción IV, y a entidades del sector público federal (paraestatal). Finalmente, se utilizan los términos entidades del sector público en forma genérica (artículo 25) y entidades del sector público federal en forma específica, situación que denota falta de técnica legislativa, lo que dificulta su entendimiento.

³⁷ Artículo 9. Las dependencias y entidades de la administración pública centralizada y paraestatal conducirán sus actividades.....". Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. México, Porrúa, 1993.

³⁸ El artículo 2, último párrafo de la LPCGPF, a la letra dice: "Sólo para los efectos de esta ley, a las instituciones, dependencias, organismos, empresas y fideicomisos antes citados, se les denominará genéricamente como "entidades", salvo mención expresa.

pasivos de la relación contractual, se formulan los siguientes comentarios: ³⁹

1. Conforme a lo previsto en el artículo 1o. de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, (LOAPF) ⁴⁰ podemos clasificar dentro de dos grandes grupos a los sujetos pasivos de la relación contractual de "deuda pública externa", enumerados en el artículo 1o., de la LGDP: los pertenecientes a la administración pública "federal" centralizada, y los incluidos en la administración pública "federal" paraestatal.

a. Administración Pública Centralizada

Dentro de la llamada Administración Pública Centralizada están incluidos el Ejecutivo Federal y sus dependencias y el Departamento del Distrito Federal, por lo siguiente:

i. El artículo 1o. de la LOAPF, establece que la administración pública centralizada está integrada por la Presidencia de

³⁹ En 1901 se reformó la Constitución para prohibir a los Estados de la Federación la contratación de empréstitos externos (artículo 117, fracción VIII).

⁴⁰ "Artículo 1o. La presente ley establece las bases de organización de la administración pública federal centralizada y paraestatal.

La presidencia de la República, las secretarías de Estado, los departamentos administrativos y la Procuraduría General de la República integran la administración pública centralizada.

Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones nacionales auxiliares de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos componen la administración pública paraestatal".

la República, las secretarías de Estado, los departamentos administrativos y la Procuraduría General de la República.

Sin embargo, dentro de la organización administrativa centralizada, queda comprendido el Departamento del Distrito Federal, que tiene características especiales (territorio) que lo distinguen de las demás dependencias de la Administración Pública Federal.⁴¹

ii. El artículo 26 de la LOAPF, equipara al DDF, a una dependencia del Ejecutivo, al señalar que el Poder Ejecutivo de la Unión contará, entre otras dependencias, con el Departamento del Distrito Federal.

iii. Conforme a los artículos 73, fracción VI de la Constitución y 5o. de la LOAPF, el Gobierno del Distrito Federal está a cargo del Presidente de la República, quién lo ejercerá por conducto del Jefe del Departamento del Distrito Federal.

b. Administración Pública Paraestatal.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1o. de la LOAPF, la llamada administración pública paraestatal se compone de los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, instituciones nacionales de crédito, organizaciones nacionales auxiliares de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los

41 Fraga, ob. cit., p. 190.

fideicomisos, que son los sujetos pasivos de la relación contractual (entidades) a que se refieren las fracciones III a VI del artículo 1o., de la LGDP.

En relación a la contratación de deuda externa, aunque el artículo 1o. no lo especifica, las fracciones II y III del mismo, se refieren a organismos descentralizados "federales", y a empresas de participación estatal mayoritaria "federales", ya que conforme al artículo 117, fracción VIII de la constitución, los estados no pueden contraer financiamientos externos.

Es de suma importancia la función que desempeña, tanto el Banco de México como la banca de desarrollo, particularmente Nacional Financiera, S.N.C., en la contratación de deuda pública externa, por lo que, aunque sea de una manera general, analizaremos sus aspectos más importantes. Un estudio riguroso sobre el particular, además de rebasar el objeto de la presente tesis, bien podría ser tema a desarrollarse en un trabajo por separado.

i. Banco de México

Conforme a al Ley del Banco de México, en materia de deuda, éste tiene, entre otras funciones, la de Agente del Gobierno Federal para la obtención de créditos, tanto internos como externos, pero solo con propósitos de regulación cambiaria.⁴²

⁴² Artículos 3, fracciones III, V y VI, 7, fracción IX y 10 de la Ley del Banco de México.

Para realizar su función, el Banco de México (BM) puede efectuar los siguientes actos: operar con valores; emitir bonos de regulación monetaria; y obtener créditos del Fondo Monetario Internacional (FMI), bancos centrales u otras personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad en materia financiera.⁴³

El BM también tiene la función de prestar servicios de tesorería al Gobierno Federal para lo cual lleva una cuenta corriente que se debe ajustar, entre otros aspectos, a lo siguiente:

El BM podrá emitir y colocar valores a cargo del Gobierno Federal, en el caso de que el saldo deudor de la cuenta corriente de la Tesorería de la Federación, exceda del 1.5% de las erogaciones del propio gobierno, previstas en el Presupuesto de Egresos de la Federación, hasta por el importe del excedente. La Junta de Gobierno del propio banco deberá determinar las características de los valores, así como las condiciones de su emisión.⁴⁴

Igualmente, el BM puede emitir bonos de regulación monetaria, previa autorización de su Junta de Gobierno.⁴⁵

⁴³ *Ibidem*, Artículo 7, fracciones I, VI, y IX.

⁴⁴ *Ibidem*, Artículos 3, fracción III, 12, fracción IV y 46, fracción VII.

⁴⁵ *Ibidem*, Artículos 17 y 46, fracción VII.

ii. Nacional Financiera, S.N.C.

Nacional Financiera, S.N.C. (Nafinsa) es una institución de banca de desarrollo que tiene como objeto la promoción del ahorro y la inversión, la canalización de apoyos financieros y técnicos al fomento industrial, y el desarrollo económico nacional y regional del país.⁴⁶

Nafinsa tiene el carácter de agente financiero del Gobierno Federal para la negociación, contratación y manejo de créditos externos, cuyo objetivo sea fomentar el desarrollo económico (no con propósitos monetarios). De igual manera, está facultada para: emitir o garantizar valores; emitir bonos bancarios de desarrollo de colocación entre el gran público inversionista; y contratar créditos para la realización de sus funciones de fomento.⁴⁷

Finalmente, tanto BM como Nafinsa (entidades paraestatales) requieren autorización de la SHCP para gestionar y contratar financiamientos externos incluidos dentro del programa de deuda, salvo los que se obtengan para fines de regulación monetaria. Para financiamientos internos solo requieran autorización de sus órganos de gobierno, esto es, del Gobernador o Director, respectivamente, los que deberán informar a la SHCP. ⁴⁸

⁴⁶ Artículos 2 y 5, fracción IV de la Ley Orgánica de Nacional Financiera, S.N.C.

⁴⁷ *Ibidem*, Artículos 6, fracciones I, II, III y VI.

⁴⁸ Conforme al artículo 31, fracción IV, V y VII de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, corresponde a la SHCP: Dirigir la política monetaria y crediticia; manejar la deuda pública de la federación y del Departamento del Distrito Federal; y planear, coordinar, evaluar y vigilar el sistema bancario del país que

ARTÍCULO 2o.

Para los fines de esta ley, se entiende por financiamiento la contratación dentro o fuera del país, de créditos, empréstitos o préstamos derivados de:

- I. La suscripción o emisión de títulos de crédito o cualquier otro documento pagadero a plazo. (emisión de bonos)
- II. La adquisición de bienes, así como la contratación de obras o servicios cuyo pago se pacte a plazos.
- III. Los pasivos contingentes relacionados con los actos mencionados, y
- IV. La celebración de actos jurídicos análogos a los anteriores

COMENTARIOS

1. De la lectura del precepto se desprende que "financiamiento" es la contratación (dentro o fuera del país) de "créditos, empréstitos o préstamos". La imprecisión terminológica que caracteriza al instrumento legal se presenta nuevamente, al no aclararse el significado de dichos términos (créditos, empréstitos o préstamos), ya que en el mejor de los casos que fueran equivalentes resultarían repetitivos.⁴⁹

comprende al Banco Central, a la Banca Nacional de Desarrollo y a las demás instituciones encargadas de prestar el servicio de banca y crédito. Ver artículos 4, fracción III, 5, fracción IV, 6, párrafo segundo, 7, 13, 17, 19 y 20 de la Ley General de Deuda Pública.

⁴⁹ *Crédito*. Derecho de recibir algún servicio o mercancía (préstamo). *Empréstito*. Crédito que se hace a un Estado o a una persona. *Préstamo*. Empréstito. Dinero que se otorga o se recibe y que es reembolsable, según los términos pactados. *Diccionario ejecutivo de términos administrativos*, Grupo Editorial Expansión, México, 1982.

Arrijo Vizcaíno dice que los empréstitos son "los créditos o financiamientos otorgados a un gobierno por un Estado extranjero, por organismos internacionales de crédito....., por instituciones privadas de crédito extranjeras o por instituciones nacionales de crédito para la satisfacción de determinadas necesidades presupuestales....". 50

Si el crédito es una forma de intercambio de bienes presentes por bienes futuros, el empréstito, que es un medio de anticipar recursos futuros, es un crédito cuyas características lo asimilan al préstamo de derecho privado, aunque sin que se le identifique, dada la menor posibilidad de negociación del tomador, pudiéndose incluso llegarse a limitar totalmente el carácter contractual en el caso de los empréstitos forzosos. 51

2. En relación a la deuda pública externa, conforme a nuestra legislación monetaria, "tratándose de obligaciones contraídas en moneda extranjera es irrelevante el lugar de la celebración, o sea la *lex causae*, ya que, la *lex loci executionis* es la aplicable, o sea, nuestra ley monetaria". 52

50 Citado por Serra Rojas, ob. cit., 13a. ed., p. 133.

51 Vázquez Pando, ob. cit., 555.

52 Saldaña Pérez, Juan Manuel. "Formas de solventar las obligaciones contraídas en moneda extranjera", *Revista Mexicana de Justicia* 87, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal e Instituto Nacional de Ciencias Penales, vol. V, núm. 2, abril - junio de 1987. Véanse artículos 8 y 9 de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación* del 23 de julio de 1931. Colección Porrúa, 1983.

El artículo 8 de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos señala que, "...Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago".

De lo anterior se desprende que si el lugar de pago de la obligación contraída, en moneda extranjera, es fuera de la República, no es aplicable la ley monetaria, por lo que la obligación se deberá cumplir en la moneda pactada.

Además, en la contratación de deuda pública externa, por lo general, se incluyen cláusulas en las que se especifica que el lugar de pago es fuera del territorio mexicano, y la ley aplicable y el tribunal competente en caso de controversia, serán los de Londres o Nueva York.

3. Resumiendo, el concepto de "deuda pública" incluye todas las obligaciones a plazo y a cargo de los sujetos pasivos mencionados en el artículo 1o. de la ley invocada.

Capítulo II

De las facultades de la de Secretaría de Hacienda y Crédito Público

ARTÍCULO 4o.

Corresponde al Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público:

I. Emitir valores y contratar empréstitos para fines de inversión pública productiva, para canje o refinanciamiento de obligaciones del erario federal o con propósitos de regulación monetaria.

Las monedas, el plazo de las amortizaciones, la tasa de los intereses de la emisión de valores o de la concertación de empréstitos, así como las demás condiciones, serán determinadas por la propia Secretaría, de acuerdo con la situación que prevalezca en los mercados de dinero y capital.

COMENTARIOS

1. El Ejecutivo Federal sólo tiene facultad de contratar deuda pública externa (e interna), cualquiera que sea su origen, previa autorización por parte del Congreso, y sólo puede efectuar las negociaciones de la contratación, en las condiciones establecidas en la ley de bases expedida por el propio Congreso, quien finalmente deberá "determinar" las condiciones (monto, plazo, moneda, intereses, ley aplicable y tribunal competente, entre otras) en que se ha de efectuar la contratación y, en su caso, autoriza al Ejecutivo para su firma.

II. Elaborar el programa financiero del sector público con base en el cual se manejará la deuda pública, incluyendo la previsión de divisas requeridas para el manejo de la deuda externa.

III. Autorizar a las entidades para gestionar y contratar financiamientos externos, fijando los requisitos que deberán observar en cada eventualidad.

COMENTARIOS

1. Conforme a lo previsto en los artículos 4o, fracción III, 5o, fracción IV, 6o. y 17, 2o. párrafo de la LGDP, las "entidades paraestatales", sólo podrán realizar negociaciones informales u oficiales y, en su caso, contraer deuda externa en forma "directa", previa autorización por parte de la SHCP.

2. La LGDP, concede tanto al Ejecutivo Federal, como a una de sus dependencias, la SHCP, facultad de autorizar a las "entidades paraestatales" para contraer deuda externa. Esta situación, además de evidenciar la ausencia de sistematización, crea confusión y dificulta la comprensión de la ley. Conforme al artículo 4o, fracción III, es facultad del Ejecutivo Federal (que ejerce mediante la SHCP) autorizar a las "entidades" para contratar deuda externa. Sin embargo, el artículo 5o, fracción IV, señala que es facultad de la SHCP (no del Ejecutivo) autorizar a las "entidades paraestatales" la contratación de deuda externa.

IV. Cuidar que los recursos procedentes de financiamientos constitutivos de la deuda pública se destinen a la realización de proyectos, actividades y empresas que apoyen los planes de desarrollo económico y social; que generen ingresos para su pago o que se utilicen para el mejoramiento de la estructura del endeudamiento público.

COMENTARIOS

1. La facultad exclusiva del Congreso consistente en "reconocer y mandar" pagar la deuda, tiene implícita una obligación de "control" de los recursos provenientes de deuda pública, ya que del análisis que efectúe para emitir su mandato de pago de la deuda al Ejecutivo, se podrá percatar, tanto de los aspectos relativos a la procedencia del crédito, a su "destino" u objeto y, en su caso, el "uso final" que se le haya dado a los recursos.

V. Contratar y manejar la deuda pública del gobierno federal y otorgar la garantía del mismo para la realización de operaciones crediticias que se celebren con organismos internacionales con los cuales México sea miembro o con las entidades públicas o privadas nacionales o de países extranjeros, siempre que los créditos estén destinados a la realización de proyectos de inversión o actividades productivas que estén acordes con las políticas de desarrollo económico y social aprobadas por el Ejecutivo que generen los recursos suficientes para el pago del crédito y tengan las garantías adecuadas.

COMENTARIOS

1. Conforme a lo previsto en los artículos 4o, fracción V, 5o, fracción I, y 17, párrafo 1o. de la LGDP, "el Ejecutivo Federal y sus dependencias" (incluyendo al DDF) sólo podrán contraer deuda externa a través de la SHCP.

2. Nuevamente se evidencia la ausencia de sistematización y técnica legislativa, ya que la facultad de contratar y manejar directamente la deuda externa a cargo del Gobierno Federal (administración pública centralizada), se concede al mismo tiempo al Ejecutivo Federal y a una de sus dependencias, la SHCP.

VI. Vigilar que la capacidad de pago de las entidades que contraten financiamientos sea suficiente para cumplir puntualmente los compromisos que contraigan. Para tal efecto deberá supervisar en forma permanente el desarrollo de los programas de financiamiento aprobados, así como la adecuada estructura financiera de las entidades acreditadas.

VII. Vigilar que se hagan oportunamente los pagos de capital e intereses de los créditos contratados por las entidades.

COMENTARIOS

1. Conforme al artículo 1o. de la propia LGDP, el concepto "entidades" abarca a la administración pública, tanto centralizada como paraestatal; sin embargo, consideramos que en el caso particular, la facultad de vigilancia a que se refieren el precepto legal, sólo incluye a la administración pública paraestatal, ya que en el caso de la administración pública centralizada, el Ejecutivo Federal, a través de la SHCP, contrata y maneja directamente la deuda pública.

ARTÍCULO 5o.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público tendrá además las siguientes facultades:

I. Contratar directamente los financiamientos a cargo del Gobierno Federal.

COMENTARIOS

1. La palabra "además" contenida en el párrafo inicial implica una relación con el artículo anterior; situación que resulta incongruente, ya que el artículo 4o. no se refiere a facultades de la SHCP, sino a facultades del Ejecutivo Federal. En todo caso, si ambas disposiciones se refieren a facultades de la SHCP, debieron reunirse en un solo artículo.

II. Someter a la autorización del presidente de la República las emisiones de bonos del gobierno federal que se coloquen dentro y fuera del país, las cuales podrán constar de una o varias series que se pondrán en circulación en la oportunidad en que el Ejecutivo Federal lo autorice, a través de la Secretaría.....

Los títulos que documenten las emisiones que se coloquen en el extranjero, adquiridos por extranjeros no residentes en el país, no causaran impuesto alguno. La Secretaría de Hacienda podrá extender este tratamiento a los agentes financieros del Gobierno Federal, cuando estos realicen emisiones por cuenta del propio gobierno.

COMENTARIOS

1. El artículo 154, inciso A, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, enumera los casos de excepción en que no se pagará el impuesto sobre la renta, en los siguientes términos:

Se exceptúa del pago del impuesto sobre la renta a que se refiere el artículo anterior, los intereses que se mencionan a continuación:

I. Los que se deriven de créditos concedidos al Gobierno Federal, a las entidades no financieras del sector público.....

II. Los que se deriven de créditos a plazo de tres o más años, concedidos o garantizados por entidades de financiamiento residentes en el extranjero, dedicadas a promover la exportación mediante el otorgamiento de préstamos o garantías en condiciones preferenciales.....

De lo anterior se desprende que los acreedores de deuda pública residentes fuera del territorio nacional, están exentos del pago del ISR, por los intereses recibidos:

III. Tomar las medidas de carácter administrativo al pago del principal, liquidación de intereses, comisiones, gastos financieros, requisitos y formalidades de las actas de emisión de los documentos y valores contractuales respectivos.....

IV. Autorizar a las entidades paraestatales para la contratación de financiamientos externos.

ARTÍCULO 6o.

Las entidades del sector público federal requerirán autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para efectuar negociaciones oficiales, gestiones informales o exploratorias sobre la posibilidad de acudir al mercado externo de dinero y capitales.

Para obtener la autorización deberán proporcionar a dicha Secretaría sus programas financieros anuales y de mediano y largo plazo, así como la demás información que se les solicite, a fin de determinar sus necesidades de crédito.

Para la contratación de financiamientos internos, en cuanto a las entidades a que se refieren las fracciones III a VI del artículo 1o. de esta ley, bastará la autorización de sus respectivos órganos de gobierno. En estos casos, el director general de la entidad de que se trate o equivalente informará sobre el particular a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

COMENTARIOS

1. Conforme a lo previsto en el artículo 73, fracción VIII de la Constitución, el Congreso de la Unión tiene, entre otras facultades, la de autorizar al Ejecutivo Federal la contratación de deuda nacional, tanto interna como externa. En consecuencia, la LGDP está en contra del texto constitucional al pretender facultar a los órganos de gobierno de las diferentes entidades que integran la administración pública federal paraestatal, para contratar financiamientos internos con la condición de informar sobre el particular a la SHCP.

2. El requisito de autorización de la SHCP, aún para iniciar gestiones informales o exploratorias, se debe a que las gestiones exploratorias de una entidad pueden debilitar la gestión de otra entidad gubernamental que ya tiene la autorización para contratar un financiamiento; en un momento dado, hay sólo una cantidad determinada de crédito para las entidades gubernamentales; si las entidades desean crédito adicional al mismo tiempo, tal vez tengan que pagar mayor interés o contratar el financiamiento en términos menos favorables.⁵³

3. Todas Las entidades paraestatales podrán contratar financiamientos internos con la simple autorización de sus órganos de gobierno (artículos. 4o., fracción III y 5o., fracción IV), y conforme a lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero de la LGDP, sólo requieran autorización previa y expresa de la SHCP para contratar financiamientos externos, las paraestatales no comprendidas en los presupuestos de egresos de la federación y del Distrito Federal.

ARTÍCULO 7o.

El manejo que hagan las entidades de recursos provenientes de financiamientos contratados en los términos de esta ley, será supervisado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la que

53 Owen L., Michael, "Breve exposición sobre los objetivos de la Ley General de Deuda Pública", Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 9, julio de 1977, p. 469.

podrá coordinarse con la Secretaría de Estado o el Departamento Administrativo que corresponda el sector respectivo.

COMENTARIOS

1. Conforme al artículo 1o., el término "entidades" se utiliza en un sentido genérico, sin embargo, en este caso se refiere solo a la administración pública paraestatal.

ARTÍCULO 8o.

Los financiamientos que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público contrate o autorice deberán estar comprendidos en el programa financiero elaborado en los términos del capítulo III de esta ley y en el programa general de deuda.

COMENTARIOS

1. Únicamente se hace referencia a un programa general de deuda (en ocasiones se le llama programa de deuda, artículo 19) sin especificar quién lo debe elaborar y bajo qué criterios.

2. Conforme al artículo 4o., fracción II, el programa financiero debe ser formulado por el Ejecutivo Federal por conducto de la SHCP.

Capítulo III

De la programación de la deuda pública

ARTÍCULO 9o.

El Congreso de la Unión autorizará los montos del endeudamiento directo neto interno y externo que sea necesario para el financiamiento del Gobierno Federal y de las entidades del sector público federal incluidas en la Ley de Ingresos y en el Presupuesto de Egresos de la Federación, así como del Departamento del Distrito Federal. El Ejecutivo Federal informará al Congreso el estado de la deuda, al rendir la cuenta pública anual y al remitir el proyecto de ingresos, asimismo informará trimestralmente de los movimientos de la misma, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes al vencimiento del trimestre respectivo. No se computarán dentro de dichos montos los movimientos referentes a propósitos de regulación monetaria.

COMENTARIOS

1. Conforme al artículo 73, fracción VIII de la Constitución, el Congreso tiene, entre otras, las siguientes facultades: aprobar todos los empréstitos y los montos de endeudamiento que requiera el Gobierno del Distrito Federal que deberán incluirse en la Ley de Ingresos. Esa facultad comprende los empréstitos de todas las entidades

paraestatales, tanto las incluidas, como las no incluidas en el presupuesto de egresos.

2. El Congreso debe ejercer su facultad de aprobar empréstitos, mediante una ley o decreto que incluya uno o varios créditos, y especifique los sujetos (activos y pasivos), montos, destino, plazos y demás condiciones de contratación.

3. En la práctica se ha considerado que el Congreso al ejercer su facultad de aprobar montos de endeudamiento en la LIF, en ese mismo acto, también hace uso de su facultad de aprobar empréstitos, y con ello autoriza al Ejecutivo para contraer los mismos, situación que es inconstitucional debido, entre otras causas, a que en la LIF, sólo se señalan montos que por concepto de deuda recibirá la Federación, pero no se especifica, ni siquiera sujeto (pasivo y activo), destino o plazos del crédito.

4. La facultad del Congreso para autorizar empréstitos, a que se refiere el artículo 73, fracción VIII de la Constitución es distinta a la contenida en la fracción VII del artículo 74, consistente en "autorizar montos de endeudamiento". Sin embargo, en la práctica una disposición reglamentaria (LGDP) pretende limitar la facultad del Congreso para "aprobar empréstitos" en función del sujeto (Gobierno Federal, DDF y entidades del sector público federal incluidas en el PEF y en la LIF), de la fuente de obligación (obligaciones directas o contingentes) y del propósito o destino de la deuda (para obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos), entre otros factores, por lo cual

resulta inconstitucional desde cualquier punto de vista. En todo caso, la facultad del Congreso para aprobar montos de endeudamiento está prevista en la fracción VII del mencionado artículo 73.

5. Lo anterior se confirma si tomamos en cuenta que conforme al artículo 19 de la LGDP, las entidades de la administración pública federal paraestatal, no comprendidas dentro del Presupuesto de Egresos de la Federación y del Distrito Federal sólo requerirán autorización previa y expresa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para la contratación de créditos externos, y conforme al artículo 6o., para la contratación de créditos internos, únicamente requerirán de la autorización de sus órganos internos.

6. De lo anterior se desprende que conforme a la LGDP, pueden contraerse endeudamientos por cualquier monto, y sin previa autorización del Congreso, en los siguientes casos:⁵⁴

a. Cuando se trate de obligaciones contingentes (avales) independientemente del sujeto pasivo de la obligación.

b. Si el propósito de los financiamientos es de regulación monetaria.

c. Si los financiamientos son a cargo de entidades del sector público federal no incluidas en el PEF.

d. Aunque la disposición legal establece que el Congreso autorizará los montos de endeudamiento del "gobierno federal

⁵⁴ Vázquez Pando, ob. cit., p. 579.

y de las entidades del sector público federal incluidas en la Ley de Ingresos y en el Presupuesto de Egresos de la Federación", la LIF, a diferencia del PEF, no señala ninguna entidad del sector público federal, situación que evidencia, una vez más, la ignorancia o descuido por parte del legislador.

7. Conforme a lo dispuesto en el artículo 10, y en relación a lo previsto en el artículo 6 y 9 de la LGDP, no es necesaria la autorización del Congreso para la contratación de financiamientos a cargo de entidades del sector público (administración pública paraestatal) no incluidas en el PEF y del DF, las cuales solo requerirán autorización previa y expresa de la SHCP para la contratación de financiamientos externos. Sin embargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 73, fracción VIII de la Constitución, es facultad del Congreso aprobar todos los empréstitos, tanto internos como externos.

8. El Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 1994, incluye a las entidades paraestatales más importantes, que representan más del 90% de los egresos de pagos realizados por todas las paraestatales, y éstas son:

a. Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado

b. Instituto Mexicano del Seguro Social

c. Productora e Importadora de Papel, S.A. de C.V

- d.* Lotería Nacional para la Asistencia Pública
- e.* Aeropuertos y Servicios Auxiliares
- f.* Caminos y Puentes Federales de Ingresos y Servicios Conexos
- g.* Ferrocarriles Nacionales de México
- h.* Compañía Nacional de Subsistencias Populares
- i.* Coi. misión Federal de Electricidad
- j.* Compañía de Luz y Fuerza del Centro
- k.* Petróleos Mexicanos

8. Con relación a la obligación del Ejecutivo Federal de informar al Congreso el Estado de la deuda, ver comentarios 2 y 3, al artículo 27. Supra p. 70.

ARTÍCULO 10

El Ejecutivo Federal al someter al Congreso de la Unión las iniciativas correspondientes a la Ley de Ingresos y al Presupuesto de Egresos de la Federación, deberá proponer los montos del endeudamiento neto necesario, tanto interno como externo, para el financiamiento del presupuesto federal para el ejercicio fiscal correspondiente, proporcionando los elementos de juicio suficientes para fundamentar su propuesta. El Congreso de la Unión, al aprobar la Ley de Ingresos, podrá autorizar al Ejecutivo Federal a ejercer o autorizar montos adicionales de financiamiento cuando, a juicio del propio Ejecutivo, se presenten circunstancias económicas extraordinarias que así lo exijan...

COMENTARIOS

1. En ningún caso el Ejecutivo (SHCP) puede autorizar empréstitos, si estos no han sido aprobados por el Congreso, y en su caso autorizado al Ejecutivo a celebrarlos.

2. Las únicas excepciones al requisito constitucional de aprobación de empréstitos por parte del Congreso se refieren al destino de los mismos y no a su autorización, o sea, en los casos de medidas de regulación monetaria y de conversión, así como en los casos de emergencia a que se refiere el artículo 29 de la propia Constitución.

ARTÍCULO 13

Señala que para los financiamientos a cargo de entidades del sector público paraestatal, concertados con el exterior o en moneda extranjera, se requerirá opinión de la Comisión Asesora de Financiamientos Externos.

ARTÍCULOS 15 Y 18

La SHCP sólo autorizará o contratará empréstitos a cargo de las entidades del sector público paraestatal o del Ejecutivo Federal y sus dependencias, cuando no excedan de la capacidad de pago de las mismas.

ARTÍCULO 16

La SHCP revisará el monto de las partidas de las entidades del sector público paraestatal que deberán incluirse en el PEF para el pago de su deuda.

Capítulo IV**De la contratación de los financiamientos
del Gobierno Federal****ARTÍCULO 17**

El Ejecutivo Federal y sus dependencias sólo podrán contratar financiamientos a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Las entidades mencionadas en las fracciones III a VI del artículo 1o. de esta ley, sólo podrán contratar financiamientos externos con la autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. En cuanto a los financiamientos internos bastará con la aprobación de sus órganos de gobierno, procediéndose en los términos del artículo 6o. de este ordenamiento.

COMENTARIOS

1. De la relación entre el título del capítulo y la materia que regula, se deduce que para el legislador, el Gobierno Federal abarcaría, tanto al

Ejecutivo Federal y sus dependencias, como a las entidades de la administración pública paraestatal federal.

2. En términos generales, el Ejecutivo Federal y sus dependencias (Distrito Federal) sólo podrán contraer financiamientos a través de la SHCP, y las entidades de la administración pública paraestatal federal podrán contratar directamente deuda externa, previa autorización de la SHCP, y tratándose de deuda interna sólo se necesita la aprobación de sus órganos internos.

Capítulo V

De la contratación de los financiamientos para entidades distintas al Gobierno Federal

ARTÍCULO 19

Las entidades mencionadas en las fracciones III a VI del artículo 1o. de esta ley, que no estén comprendidas dentro del presupuesto de egresos de la Federación y del Distrito Federal, sólo requerirán autorización previa y expresa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para la contratación de financiamientos externos.

La autorización sólo podrá comprender aquellos financiamientos incluidos dentro del programa de deuda, salvo el caso de que los obtengan para fines de regulación monetaria.

Las instituciones que presten el servicio público de banca y crédito, cuando se trate de financiamientos originados en el ejercicio de

dicho servicio, sólo requieren la autorización a que se refiere este artículo y el 17, cuando tales financiamientos deriven de las siguientes operaciones concertadas con instituciones de crédito y entidades financieras del país o del exterior:

I. Créditos directos a plazo mayor de un año;

II. Créditos sindicados;

III. Emisiones de títulos en serie o en masa, colocados y pagaderos entre el público inversionista;

IV. Operaciones que originen pasivos contingentes y aceptaciones bancarias, de conformidad con las disposiciones de carácter general que expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

COMENTARIOS

1. Si conforme al capítulo IV, el "Gobierno Federal" incluye tanto al Ejecutivo Federal y sus dependencias, como a las entidades de la administración pública paraestatal federal, luego entonces, ¿cuáles son las entidades distintas del gobierno federal a que se refiere el capítulo V?

Por lo anterior, el nombre y contenido de los capítulos IV y V, resultan contradictorios y confusos. Sin embargo, consideramos que independientemente de los títulos, por su contenido, este capítulo sólo se refiere a las entidades de la administración pública paraestatal federal.

2. Si se trata de financiamientos internos de los que deriven obligaciones a cargo de entidades de la administración pública federal no

incluidas en el PEF, y del Distrito Federal, no se requerirá autorización ni del Congreso ni de la SHCP para contraerlos, y en el caso de financiamientos externos sólo se requerirá autorización de la SHCP.

3. Si a lo anterior se agrega que sólo una parte de las entidades de la administración pública paraestatal, y ninguna institución de crédito están incluidas en el PEF, es fácil advertir lo restringido del ámbito en que se requiere previa autorización de la SHCP, ya no digamos del Congreso, que no lo aprobaría en ningún caso, ya que el PEF sólo lo aprueba la Cámara de Diputados, conforme al artículo 74, fracción IV de la Constitución.

ARTÍCULO 20

Las entidades que lo requieran deberán solicitar a la SHCP, autorización para contraer financiamientos, presentando entre otra información, la relativa al destino del crédito, capacidad de pago y pasivos existentes.

ARTÍCULO 21

La SHCP sólo autorizará financiamientos acordes con la capacidad de pago del solicitante, y respecto a programas de actividades comprendidos en los planes y presupuestos aprobados.

ARTÍCULO 22

Para que tengan validez los financiamientos autorizados por la SHCP, formalizados mediante emisión de bonos o contrato, se deberán incluir en los documentos que de ellos se deriven (títulos de crédito, acta

de emisión, contrato o bonos), los datos generales de dicha autorización. Tratándose de créditos internos, dichos documentos deberán incluir la mención de que sólo podrán ser negociables con sociedades nacionales de crédito.

Los documentos en los que consten los financiamientos externos si pueden ser negociados con inversionistas extranjeros (banca comercial extranjera o personas físicas o morales extranjeras). Esta situación se presentó al implementar el Programa de Capitalización de Pasivos o sustitución de deuda pública por inversión, creado por la SHCP.

Capítulo VI

De la vigilancia de las operaciones de endeudamiento

ARTÍCULO 23

El Ejecutivo Federal y sus dependencias, y las entidades del sector público paraestatal llevarán el registro de sus financiamientos, y la SHCP vigilará la contratación, aplicación y manejo de los mismos. Sin embargo, no se establece cuál es la consecuencia del hecho de no registrar un financiamiento.

ARTÍCULO 24

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público vigilará que se incluyan en los presupuestos de las entidades del sector público los montos

necesarios para satisfacer puntualmente los compromisos derivados de la contratación de financiamientos en los términos de los artículos 2o. y 17 de esta ley.

ARTÍCULO 25

Las entidades del sector público prestarán todo género de facilidades al personal de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que, en su caso, acuda a comprobar la debida contratación, aplicación y manejo de la deuda.

ARTÍCULO 26

Sin perjuicio de lo señalado por los artículos del presente capítulo, las secretarías de Estado y los departamentos administrativos encargados de la coordinación de los sectores correspondientes, en el desempeño de sus funciones, vigilarán la utilización de los recursos provenientes de financiamientos autorizados a las entidades de su sector.

COMENTARIO (ARTÍCULOS 25 Y 26)

Es facultad del Congreso y no de las secretarías de Estado (SHCP) o departamentos administrativos, vigilar el destino y uso de los recursos provenientes de créditos. El Congreso debe ejercer esa facultad en diferentes momentos: al aprobar los empréstitos, al reconocerlos, y al mandarlos pagar.

Capítulo VII

Del registro de las obligaciones financieras

ARTÍCULO 27

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público mantendrá el registro de las obligaciones financieras constitutivas de deuda pública que asuman las entidades, en el que se anotarán el monto, características y destino de los recursos captados en su forma particular y global.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público publicará en forma periódica los datos de la deuda pública, consignando todos aquellos que resulten significativos para su mejor comprensión.

COMENTARIO

1. La disposición no determina si ese registro es público o no, ni la periodicidad de la publicación de datos de la deuda pública, respecto de la cual, la SHCP tiene la facultad implícita de omitir datos.⁵⁵

2. Burgoa afirma que "todo deudor tiene derecho de conocer las modalidades inherentes al crédito (nombre del acreedor, monto de la deuda, documentos en que consten los hechos, etcétera). El respeto y observancia de ese derecho son más necesarios si el endeudamiento se hubiere contraído en representación de su titular, la Nación mexicana".

⁵⁵ *Ibidem*, p. 590.

En el caso de la obligación de la SHCP de publicar los datos de la deuda pública, "el telos.....estriba en que el pueblo y cada uno de sus componentes individuales conozcan las mencionadas modalidades de la deuda pública, ya que la nación mexicana es la comprometida a pagarla. Sin esta finalidad dicho precepto sería totalmente inoperante, injustificado y absurdo". El derecho correlativo a la mencionada obligación, lo tiene cualquier ciudadano, por lo que la SHCP debe proporcionarle la información que sobre la deuda pública le solicite. ⁵⁶

3. La obligación legal a cargo de la SHCP, de informar a cualquier particular no se desvirtúa por lo previsto en el artículo 9, ya que ese precepto no se refiere a la misma obligación (de informar), sino a una distinta que está a cargo del Ejecutivo Federal, y que consiste en informar al Congreso de la Unión del Estado de la deuda al rendir la cuenta pública anual y al remitir el proyecto de ingresos, así como de los movimientos de la misma deuda. ⁵⁷

ARTÍCULO 28

Los titulares de las entidades están obligados a comunicar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público los datos de todos los financiamientos contratados así como de los movimientos que en éstos se efectúen.

⁵⁶ Burgoa Orihuela, ob. cit., pp. 15 y 47.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 48.

ARTÍCULO 29

Las operaciones de crédito autorizadas, así como su registro, sólo podrán modificarse con los mismos requisitos y formalidades relativos a su autorización.

Capítulo VIII

De la Comisión Asesora de Financiamientos Externos

ARTÍCULO 30

Se crea la Comisión Asesora de Financiamientos Externos del Sector Público, como órgano técnico auxiliar de consulta de la Secretaría de Hacienda en materia de crédito, que se integrará con un representante y un suplente de:

- a) La Secretaría de Hacienda y Crédito Público que la presidirá.
- b) El Banco de México, S.A.; Nacional Financiera, S.A.; Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A.; Banco Nacional de Crédito Rural, S.A.; Banco Nacional de Comercio Exterior, S.A.; Sociedad Mexicana de Crédito Industrial, S.A.; Financiera Nacional Azucarera, S.A.; y de las entidades del Sector público que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público considere conveniente.

ARTÍCULO 31

Las labores de la Comisión serán coordinadas por un secretario técnico, que estará a cargo del Director General de Crédito de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

ARTÍCULO 32

La Comisión tendrá las siguientes funciones:

- I. Evaluar las necesidades del financiamiento del sector público federal.
- II. Asesorar el diseño de la política que deba adoptarse en materia de endeudamiento externo o en moneda extranjera, para el sector público federal, opinando sobre planes anuales, en los que se precise la estrategia de captación de recursos externos, los montos que deban obtenerse de estos recursos y la fuente y aplicación de los mismos, en coordinación con las medidas que dicte el Ejecutivo Federal en materia financiera, para alcanzar los objetivos que dicte la política económica nacional.
- III. Proponer las medidas de coordinación de las entidades del sector público federal en todo lo que se refiera a captación de recursos externos para las mismas, considerando lineamientos de negociación sobre las condiciones generales.
- IV. Estudiar los programas de financiamientos externos de los créditos externos que se pretendan contratar.
- V. Conocer y opinar sobre los estudios que se refieran a la deuda externa del sector público federal y recomendar políticas para mantenerla dentro de la capacidad de pago de dicho sector y del país.

VI. La Comisión asesorará a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sobre el monto del financiamiento externo que las entidades del sector público contraten anualmente.

VII. En general todas aquellas que permitan asesorar debidamente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el manejo de la deuda externa de las entidades del sector público y las que le señalen esta ley y otros ordenamientos.

Para la programación de los financiamientos la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá tomar en cuenta la opinión de la Comisión.

COMENTARIO

Conforme al artículo 73, fracción VIII de la Constitución, el Congreso tiene facultad de aprobar empréstitos (autorizar al Ejecutivo a celebrarlos), reconocerlos y, en su caso, mandarlos pagar, por lo que la Comisión Asesora de Financiamientos Externos del Sector Público, debería ser un órgano técnico auxiliar de consulta del propio Congreso y no de la Secretaría de Hacienda en materia de crédito.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

TERCERA PARTE

TÉRMINOS Y CONDICIONES DE LOS PRÉSTAMOS DE EURODIVISAS (MERCADO DEL EURODÓLAR)

I. NACIMIENTO DEL MERCADO DE LAS EURODIVISAS

Actualmente, las operaciones financieras de crédito a nivel internacional, se efectúan a través del denominado "contrato de crédito eurodólar", que regula jurídicamente los financiamientos otorgados por los países desarrollados a los países en vías de desarrollo, principalmente.

El mercado de las eurodivisas o *eurodollar market*, es el mercado bancario transnacional especializado en recibir depósitos y prestar en eurodivisas. Dicho término no es muy apropiado, ya que ese mercado no está limitado sólo a Europa (el Lejano Oriente y el Caribe tienen una participación importante en esas operaciones), ni al uso de dólar, aun cuando sigue siendo la divisa más significativa del mercado.⁵⁸

Las eurodivisas son depósitos a plazos en bancos establecidos en un país distinto al de la moneda que se maneja y que no están sujetos a un gran número de disposiciones o regulaciones de la banca central del país en que está domiciliado el banco receptor. Los eurodólares son un

⁵⁸ Bugueda Bernal, Beatriz. El contrato de crédito eurodólar: Un análisis jurídico. Tesis, Facultad de Derecho de la UNAM, 1989, p. 9.

tipo particular de eurodivisas, depósitos denominados en moneda norteamericana, efectuados en instituciones financieras fuera de los Estados Unidos.

El surgimiento del mercado de las eurodivisas y la transnacionalización bancaria, se dieron en la década de los sesenta como consecuencia de las grandes ventajas que en ese momento brindaba la legislación bancaria de los principales países europeos, así como por la implantación de regulaciones bancarias restrictivas introducidas en Estados Unidos, situación que provocó un cambio radical en las fuentes y estructura del endeudamiento externo.⁵⁹

Las causas que permitieron el surgimiento del mercado del eurodólar fueron, principalmente, las siguientes:

1. EN LOS ESTADOS UNIDOS

a. Durante más de un siglo, los bancos americanos han tenido limitaciones en cuanto a sus préstamos. Existe prohibición para que un banco preste a un sólo prestatario más de un porcentaje específico de los fondos del banco, por considerar que resulta muy

⁵⁹ Anteriormente la mayor parte de los financiamientos provenían de fuentes oficiales (gobiernos y organismos financieros internacionales: FMI, BIRF, Club de París etcétera), y actualmente de fuentes privadas (banca comercial internacional). Existen ventajas y desventajas entre unas y otras. Por lo general, los créditos públicos son atados y los privados libres; el monto de los créditos es mucho menor en los públicos, que en los privados; las tasas de interés son variables en los privados, y en los públicos fijas; y los créditos públicos son a mediano y largo plazos, en tanto que los privados son a corto plazo.

arriesgado "poner todos los huevos en una sola canasta". A partir de 1982, la sección 84 del Código de los Estados Unidos, impuso a los bancos nacionales un límite del 15 por ciento de los fondos del capital de cada banco.⁶⁰

b. El *Federal Enactment* (1934), llamado *Johnson Act*, contiene las más fuertes restricciones para los bancos, ya que considera delito que cualquier persona dentro de los Estados Unidos, compre o venda bonos o cualquiera otra obligación a cualquier gobierno o subdivisión política extranjera.⁶¹

c. En términos generales, en la década de los sesentas, se emitieron regulaciones bancarias encaminadas a mejorar la balanza de pagos norteamericana que, para 1964, se encontraba deteriorada como consecuencia de una reducción del ingreso fiscal y por los gastos militares provocados por la Guerra de Vietnam.

d. Se determinó un impuesto a cargo de aquellas personas que adquirieran títulos de crédito, acciones u obligaciones de deuda emitidos en el extranjero, *interest equalization Tax*.⁶²

e. Mediante el *Voluntary foreign credit restraint program* se

60 Corse, C. Thorne, "United States government regulation of international lending by American Banks", International Financial Law, Lending, capital transfers and institutions, 2a. ed., Euromoney, 1984, pp. 156 y 157.

61 *Ibidem*, p. 159.

62 Bugueda Bernal, ob. cit. p.5.

suspendieron los créditos a corto plazo a los no residentes de los Estados Unidos, los cuales sí eran otorgados por las filiales y subsidiarias de los bancos estadounidenses en el extranjero.⁶³

f. La Reserva Federal impuso la llamada regulación "Q", que fijó a los bancos tasas máximas de intereses que podían pagar en sus depósitos.

g. Estados Unidos gastó grandes cantidades en ayuda económica, defensa e inversiones en el extranjero, dólares que fueron depositados en los bancos europeos que captaban divisas extranjeras y en subsidiarias de bancos norteamericanos en Europa.

2. EN EUROPA

a. En términos generales prevalece una ausencia de regulación jurídica por parte de los estados, por lo que los bancos no tienen que someterse a exigencia alguna de las legislaciones nacionales en materia de actividad bancaria internacional, estando exentos de encaje legal con relación a los empréstitos internacionales

b. En algunos países se retomó el sistema de total convertibilidad de cuentas corrientes.

⁶³ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

c. La enorme fluidez para movilizar recursos, lo cual permite trasladarlos de una entidad a otra sin más formalidad que una llamada telefónica pero que, al mismo tiempo, implica que el incumplimiento de un sólo banco haga peligrar el funcionamiento de todo el sistema.⁶⁴

d. Las tasas de interés se fijan conforme al libre juego de la oferta y la demanda.

e. Los bancos de algunos países europeos permitieron a los cuentahabientes no residentes en Europa depositar fondos a largo y corto plazos en cualquier moneda.⁶⁵

f. Subsidiarias de bancos norteamericanos en Europa y bancos europeos que aceptaban divisas extranjeras recibieron cuantiosos depósitos provenientes de Estados Unidos destinados a inversiones y ayuda económica en el extranjero.

Lo anterior provocó que los poseedores de moneda norteamericana negociaran con diversos bancos europeos; (en especial los de Londres) condiciones que les permitieran ganancias por encima de lo que sus capitales obtenían en los Estados Unidos, lo que determinó la transferencia hacia Europa de grandes cantidades de divisas que anteriormente se destinaban al mercado norteamericano.

⁶⁴ García Moreno, Víctor Carlos, "Breves notas sobre un enfoque jurídico del endeudamiento de los países del tercer mundo", Inédito, México, 1986, p. 6.

⁶⁵ Bugueta Bernal, ob. cit. p. 4.

Al mismo tiempo surgió en Europa una red internacional de intermediarios financieros que aceptaban depósitos, solicitaban créditos y prestaban en diferentes monedas, lo que dio como resultado un verdadero mercado de capitales, conocido como "mercado de las eurodivisas".

II. CLASIFICACIÓN DE LA DEUDA A NIVEL INTERNACIONAL

Con relación a la deuda externa, el Banco Mundial clasifica a los países en desarrollo, de acuerdo con las diversas regiones geográficas y por sus ingresos. En función de esto último los divide en productores y exportadores de petróleo, países de ingreso alto, países de ingreso medio y de ingreso bajo. Son países productores de petróleo: Argelia, Ecuador, Gabón, Indonesia, Iraq, Nigeria y Venezuela. Son países de ingreso alto aquellos que tienen un ingreso per capita de quinientos o más dólares, entre los cuales se encuentra México. Son países de ingreso medio aquellos cuyo ingreso per capita es de 200 a 499 dólares. Son países de ingreso bajo aquellos que tienen un ingreso inferior al mencionado.⁶⁶

66. García Moreno, "Breves notas sobre un enfoque jurídico del endeudamiento de los países del tercer mundo", ob. cit., p. 3.

1: PÚBLICA Y PRIVADA

En cuanto a la fuente de los recursos la deuda externa de los países se clasifica en pública y privada. Es deuda pública cuando los acreedores son países (Club de París) u organismos financieros internacionales como el Fondo Monetario Internacional (FMI) o el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), y es privada cuando los acreedores son particulares, por lo general, la banca comercial internacional.

La privatización de las fuentes crediticias internacionales ha provocado serios problemas para las economías de los países deudores. Para 1965 solamente 12 por ciento del total de la deuda externa latinoamericana provenía de fuentes privadas, en tanto que un 60 por ciento provenía de fuentes oficiales. En 1982, el financiamiento oficial se había reducido a un 30 por ciento en tanto que el financiamiento de carácter privado se había elevado a un 60 por ciento.⁶⁷

El objeto de investigación del presente trabajo se enfoca a la deuda externa proveniente de la banca comercial internacional, la cual se diferencia, tanto jurídica como económicamente, de aquella que tiene como fuente un país u organismo financiero internacional.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 5.

A manera de ejemplo, una distinción entre esas fuentes consiste en que cuando los recursos provienen de la banca comercial internacional, se habla de préstamos y de contratos, en tanto que en el caso del FMI, conforme a su Convenio Constitutivo se habla de compras y ventas de monedas y de *acuerdos de derechos de giro* (y su variante acuerdo ampliado) que es el instrumento a través del cual el Fondo proporciona recursos a sus países miembros. ⁶⁸

El *acuerdo de derecho de giro* es una "decisión del Fondo mediante la cual se asegura a un país miembro que podrá efectuar compras a la Cuenta de Recursos Generales, de conformidad con los términos de la decisión". ⁶⁹

El país miembro dirige su carta de intención (que suscribe el Secretario de Hacienda o el gobernador del Banco Central) al Director Gerente y solicita al Fondo que apruebe un *acuerdo de derecho de giro* de conformidad con la solicitud. Posteriormente se notifica al miembro la decisión del Fondo por la cual se aprueba el *acuerdo de derecho de giro*.

⁶⁸ "Jurídicamente un *acuerdo de derecho de giro* es una decisión del FMI relacionada con la administración de sus recursos, y, no un convenio, en particular no un convenio de préstamo entre el FMI y el país miembro....La intención es nuevamente evitar toda semejanza de que el país miembro obtiene un préstamo, y lo que es más importante, la impresión de que el país infringe obligaciones contractuales, sino se atiende a las políticas de las que depende su capacidad de usar los recursos del FMI, conforme a las cláusulas del *acuerdo de derecho de giro*. Los recursos dejan de estar a su disposición, pero no por incumplimiento de contrato. El país miembro, en ejercicio de su derecho soberano, puede apartarse del programa de ajuste respaldado por el acuerdo de derecho de giro sin incurrir en incumplimiento de sus obligaciones jurídicas, pero al costo de no poder usar en el futuro los recursos del acuerdo sin el consentimiento del FMI". Gold, Joseph, "México y la evolución de las prácticas del Fondo Monetario Internacional", México, El Foro, octava época, núm. 4, 1988, p. 57.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 57.

sin que se produzca ningún intercambio de firmas ni documentos entre el Fondo y el miembro. Tampoco se crea una obligación para el miembro por considerarse que ello sería excesivo.

El objetivo de la asistencia financiera del FMI consiste en resolver problemas de desequilibrio en la balanza de pagos de los países miembros; en tanto que el propósito de los recursos proporcionados por la banca comercial internacional es muy amplio, ya que comprende aspectos muy variados que van desde inversión, construcciones de presas, hospitales, carreteras, así como problemas de desequilibrio en la balanza de pagos, y en algunos casos no se tienen un objetivo determinado (préstamos libres).

Por lo general, los créditos públicos son atados y los privados libres; el monto de los créditos es mucho menor en los públicos, que en los privados; las tasas de interés son variables en los privados, y en los públicos fijas; y los créditos públicos son a mediano y largo plazos, en tanto que los privados son a corto plazo.

La asunción de pasivos por parte de un Estado se presenta cuando este asume las obligaciones que originalmente son a cargo de organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria o incluso de particulares. El Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cambiarios (Ficorca) es un claro ejemplo de asunción de pasivos por parte del Estado mexicano, respecto de obligaciones originalmente a cargo de empresas privadas.

2. INTERNA Y EXTERNA

La deuda pública interna se contrata o contrae con los propios súbditos del Estado o con extranjeros, dentro del Estado, en moneda nacional, sujetándose a las leyes y tribunales del Estado. Además, es controlada por el Estado deudor a través de diversos mecanismos e instrumentos económicos que las leyes le otorgan como es la devaluación, encaje legal, emisión de moneda y contribuciones, entre otros.⁷⁰

La deuda pública externa normalmente se contrata en moneda extranjera con sujetos residentes en el extranjero, sean personas físicas o morales, privadas o públicas. En el caso de que se contrate con personas privadas, por lo general, la ley aplicable y el tribunal competente es el de Nueva York, Estados Unidos o Londres, Inglaterra.

Osornio Corres considera que la deuda pública es interna cuando se contrae con ahorradores de la propia comunidad, y es externa cuando se contrae con ahorradores públicos o privados de otras naciones, o con organismos internacionales.⁷¹

⁷⁰ En la Colonia era común que el gobierno recurriera a las corporaciones religiosas, al Consulado de Mercaderes, al Tribunal de Minería o a cualquier particular en solicitud de préstamos para hacer frente a su déficit presupuestal. En 1846, la firma Escandón Mackintosh efectuó un préstamo de 260 mil pesos en efectivo, por el que el gobierno emitió bonos por alrededor de diez millones de pesos, y permitió la obtención de ganancias estratosféricas de más de 5 mil por ciento. Hamdad Amad, ob. cit., pp. 82, 83 y 88.

⁷¹ Osornio Corres, ob. cit., p. 125.

3. TASA FIJA O VARIABLE

Cada día son más raros los casos de financiamientos externos en que los intereses se calculan sobre la base de una tasa fija, ya que en la mayor parte de las ocasiones se pactan tasas variables, principalmente cuando la fuente de financiamiento es privada.

Los préstamos de interés variable se fijan en tasa Libor (London Inter-Bank Offered Rate - Tasa Interbancaria de Oferta en Londres) o en tasa Prime rate (tasa prima de New York, Estados Unidos).

La determinación de intereses sobre tasa variable se realiza dos días antes de su aplicación, fijándose una tasa para operaciones de 3 a 6 meses, dependiendo de lo convenido, misma que rige durante ese término. Actualmente, los intereses de todos los llamados préstamos sindicados se fijan sobre la base de una tasa de interés variable

4. ATADAS O LIBRES

La deuda es condicionada o atada cuando el empréstito está sujeto a que el deudor acepte condiciones referentes a su destino o incluso que adopte no sólo medidas económicas sino también políticas en diversos ámbitos de la actividad estatal, lo que se traduce en un menoscabo de su soberanía. Situación que se ha acentuado con las

llamadas "cartas de intención" que se tienen que firmar previa negociación con la banca comercial internacional.⁷²

La deuda pública es libre cuando no está condicionada a un destino determinado, ni a la adopción de alguna medida económica por parte del país deudor.

El artículo 73, fracción VIII de la Constitución, condiciona los financiamientos externos a un fin determinado, la ejecución de obras públicas productivas, excepto en los casos en que se haya declarado una emergencia en términos del artículo 29 de la propia Constitución. Sin embargo, este condicionamiento opera hacia dentro, o sea, solamente para el Estado mexicano, y no con relación a los acreedores, aunque se puede especificar en el contrato que los recursos tendrán un determinado destino (construcción de una presa) y que los desembolsos de recursos se realizarán en función de los avances o etapas de una obra específica (partidas), con el propósito de asegurarse que los recursos se estén utilizando para ese fin.

Los créditos atados o condicionados se otorgaban tradicionalmente por el Club de París o por los Organismos Financieros Internacionales. Sin embargo, desde hace dos décadas, la banca comercial internacional, a través de las llamadas cartas de intención pactadas ante el Fondo Monetario Internacional, ha adoptado los llamados préstamos "atados".

72 Hamdad Amad, ob. cit., p. 93.

5. A CORTO, MEDIANO Y LARGO PLAZOS

Cuando la deuda es a "corto plazo", se le denomina deuda flotante", y es aquella en que el pasivo es exigible dentro del mismo ejercicio fiscal en que se asume la obligación; si no se cubre dicho pasivo afecta ejercicios fiscales subsecuentes reportándose como adeudos de ejercicios fiscales anteriores.⁷³

La deuda a mediano plazo es mayor de un año y menor de cinco años, y la deuda a largo plazo se contrata por un periodo superior a cinco años.

Hay quienes hacen la clasificación de "deudas perpetuas" que por su propia naturaleza no existen, pero que en algunos casos, como el de México, la deuda es tan gravosa que se dice que simplemente es impagable.

6. DEUDA REESTRUCTURADA Y EXCLUIDA

La deuda reestructurada es aquella en la que los vencimientos de las obligaciones han sido diferidos con el consentimiento de los acreedores, más allá de las fechas previstas en los instrumentos de crédito originales ⁷⁴

⁷³ *Ibidem*, p.90.

⁷⁴ Stein Velasco, José Luis, "Los instrumentos para la reestructuración", Cuadernos

En la reestructuración de deuda no se incluye el total de la misma, tanto en lo relativo al principal como a los intereses, ya que se puede renegociar lo relativo a intereses y no así al principal o viceversa, o bien un porcentaje, una parte de principal y una parte de intereses.

En las reestructuraciones de deuda, los acreedores incluyen cláusulas como la *pari passu* y la *negative pledge*, entre otras, con el propósito de limitar la libertad del deudor para otorgar a posteriores acreedores un trato preferencial o evitar que dispongan libremente de sus bienes en favor de futuros acreedores.

III. CONTRATACIÓN DE DEUDA A NIVEL INTERNACIONAL

La deuda pública externa de América Latina se identifica dentro del mercado de capitales denominado "eurodivisas", comunmente conocido como *eurodollar market*, que se caracteriza por ser un mercado transnacional, especializado en recibir depósitos y prestar en eurodivisas, no estando limitado ni al uso del dólar, ni únicamente a Europa.

Los dos principales mecanismos de financiamiento que ofrece el mercado de las eurodivisas es el de créditos a gran escala

del Instituto de Investigaciones Jurídicas, ob. cit., p, 148.

Syndicated Loan Market y el de los eurobonos *Eurobond Market*. En la presente investigación solo analizaremos la primera forma de financiamiento, en virtud de que ha sido la más utilizada por los países deudores, en vías de desarrollo.

IV EL MERCADO DE LAS SINDICACIONES

La mayor parte de los créditos otorgados por la banca comercial internacional a los países en desarrollo se realizan mediante la llamada "sindicación" o "préstamo sindicado", que es la operación de crédito más común en el mercado de macrocréditos. Los préstamos sindicados *syndicated loans* tienen su origen en la década de los sesenta y son resultado de la necesidad mutua, tanto de prestamistas como de prestatarios. En efecto, por una parte, los prestatarios tienen acceso a grandes sumas de dinero en poco tiempo y, por la otra, los prestamistas, por tratarse de grandes sumas de dinero, no asumen un riesgo mayor, para el caso de incumplimiento.⁷⁵

Un préstamo sindicado agrupa a 300 o 400 bancos, quienes aportan cantidades distintas cada uno, para reunir el total requerido por el prestatario. Las decisiones que toman respecto a las condiciones del préstamo son en conjunto.

⁷⁵ García Moreno, Víctor Carlos y Saldaña Pérez, Juan Manuel, "Aspectos jurídicos de la renegociación de la deuda externa de México", ponencia presentada en el "Segundo Seminario Internacional sobre Deuda Externa" (Instituto Goethe - Universidad Metropolitana), inédito, marzo de 1992, p.16.

En ocasiones se ha planteado la idea de la creación de un cártel de países deudores. Sin embargo, debido a que sus necesidades económicas son tan diferentes, no se ha logrado una acción común que pase de la retórica. Las moratorias se declaran unilateralmente y cada Estado busca un arreglo con los acreedores por su propia cuenta. En la urgencia de obtener *fresh money* se aceptan todas las cláusulas que los bancos acreedores imponen.⁷⁶

La banca comercial internacional, o los llamados *merchant bank* (subsidiario de un *lead lender* o *agent bank* que presta sus servicios a los prestamistas), entre otras, tiene la función de buscar clientes para el otorgamiento de macro créditos, por parte de un grupo de bancos llamado "sindicato de bancos" que se reúne bajo un mismo contrato de crédito para aportar recursos a un determinado cliente, con las siguientes ventajas:⁷⁷

- a. Diversificación del riesgo que trae consigo otorgar un crédito *jumbo* o macrocrédito.
- b. Diversificación de fuentes de financiamiento.
- c. Acceso a recursos de bancos con los cuales no se tiene relación alguna.

⁷⁶ Samtleben, Jürgen, "Cláusulas de jurisdicción y legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los estados latinoamericanos", inédito, p. 2.

⁷⁷ García Moreno y Saldaña Pérez, ob. cit., p.18.

d. Acceso rápido a grandes sumas de dinero.

Los montos a captar a través de este tipo de operaciones son sobre la base del mejor esfuerzo, es decir, los bancos intentan, sin estar comprometidos a ello, a captar el monto deseado por el prestatario; sin embargo, debido a que la reputación del *manager* como colocador está en juego, éstos asumen la obligación moral de tomar el papel que no se logre colocar en el mercado, hasta el grado que lo permita sus límites de crédito.

1. TIPOS DE SINDICACIONES

Las sindicaciones se clasifican de la siguiente manera:

a. Sindicación abierta. El *manager bank* invita a un número indeterminado de bancos a participar en el otorgamiento de un crédito cuantioso, por medio de un simple telex.

b. Club Deal. Un grupo reducido de bancos se une para ofrecer en firme un determinado monto de recursos conforme a las necesidades del prestatario.

c. Sindicación cerrada. Operación que se limita a un número reducido de bancos de determinada categoría, por zona geográfica o por un criterio preestablecido.

2. SUJETOS QUE PARTICIPAN EN LAS SINDICACIONES

Los sujetos que participan en un préstamo sindicado son: el prestatario, el banco director o banco principal (*lead manager* o *manager bank*), los bancos participantes o prestamistas y el banco agente o banco líder. En seguida haremos referencia al papel que desempeña cada uno de estos sujetos en la contratación de un macrocrédito.

A. PRESTATARIO

Es el sujeto pasivo del crédito, o sea, el que recibe el préstamo y en quien recae la obligación de pago del principal, de los intereses, de las comisiones y demás gastos que se estipulen en el contrato.

Los prestatarios más comunes son:

- a. Los gobiernos de los estados
- b. Organismos públicos descentralizados
- c. Empresas paraestatales
- d. Bancos centrales
- e. Bancos oficiales y de fomento
- f. Bancos privados

g. Subdivisiones políticas de los estados

El prestatario debe formular un *offering memorandum*, (memorándum de información) que dirige a los bancos que forman parte del sindicato, el cual contiene "información confidencial" relativa a cuando menos seis áreas fundamentales para un país: economía, sistema monetario, comercio exterior, balanza de pagos, finanzas públicas y deuda externa; documento que en general abarca los siguientes aspectos:⁷⁸

a. Ubicación geográfica (incluye un mapa que muestra al país y sus fronteras) población y extensión territorial

b. Constitución y forma de gobierno

c. Pertenencia a Organismos Internacionales como Fondo Monetario Internacional (FMI) Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Organización Mundial del Comercio (OMC), Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Banco Interamericano de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y Comunidad Europea (EC).

d. Política exterior militar y pertenencia a organizaciones internacionales como la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y declaraciones de neutralidad

⁷⁸ McDonald, Robert P., International Syndicated Loans, Published by Euromoney Publications, abril 3 de 1984, p. 207.

e. Estadísticas macroeconómicas sobre producto interno bruto, ingreso percapita y tasas de crecimiento económico de carácter militar, comercial o político (OTAN , GATT) y grado de crecimiento

f. Importancia de la agricultura en relación con la industria, y la situación de ambas en un pasado reciente

g. La importancia del comercio exterior en la vida económica nacional

h. La historia económica reciente y las medidas políticas adoptadas por el gobierno para contrarrestar el desequilibrio de la balanza de pagos

i. El total de la deuda externa e interna, flotante y fija, moneda y fecha de pago, así como el tipo de cambio de la moneda legal con el dólar americano

El prestatario y el *lead manager* son responsables de la formulación del *memorándum*. Sin embargo, comunmente quien lo prepara es el prestatario por tener a su alcance las fuentes de información. Posteriormente, analistas y expertos del *lead manager* o particulares, contratados por éste, revisan su contenido para asegurarse que la información sea verdadera y suficiente.

Por lo general, el prestatario expresa por escrito al *lead manager* su responsabilidad sobre el contenido del memorándum, en los siguientes términos.⁷⁹

a. Que toda la información contenida en el *memorándum* es verdadera y completa

b. Que el *memorándum* fue formulado a su nombre

c. Que asume la responsabilidad sobre el contenido de dicho documento

d. Que aprueba el contenido del *memorándum* y autoriza al (los) *manager* (s) para distribuirlo en su representación a determinadas instituciones financieras, con la finalidad de que evalúen su situación y, en su caso, la procedencia del préstamo.

Una vez que se ha formulado el *offering memorandum*, el *manager* lo envía a cada uno de los bancos participantes en la sindicación, quienes harán su propio análisis sobre el otorgamiento del crédito, basados entre otras cosas, en dicho *memorándum*.

⁷⁹ Read, H. Ryan Jr., "International bank loan syndications", International Financial Law, ob. cit., p. 21.

B. BANCO DIRECTOR O BANCO PRINCIPAL

(Lead Manager o Manager Bank)

El *lead manager* o *manager bank* es el banco que en función de su poder de colocación, obtiene el mandato *mandate letter* para fungir como agente del prestatario (no del grupo de prestamistas).

En los préstamos sindicados el prestatario debe presentar un mandato *mandate letter*, designando a una o más instituciones financieras como *managers* o *co-managers*, con el fin de que suscriban el préstamo y manifiesten o expongan los principales aspectos del mismo.⁸⁰

Mediante el *mandate letter* el prestatario obtiene los servicios de una institución de crédito para que actúe como su agente *manager bank* en la tramitación y suscripción del crédito. Es conveniente aclarar que el *manager bank* no es el *lead bank* o el *agent bank*, ya que es un *offshore merchant bank (arranging bank)* que se especializa en este tipo de actividades.

El *mandate letter* debe contener, únicamente, los aspectos generales relativos al empréstito que en representación del prestatario

⁸⁰ Logan, Francis, "Term loan agreements", *International Financial Law*, ob. cit., p.2.

suscribirá el *manager bank*, sin entrar a los detalles de la negociación del mismo, ya que de lo contrario se puede llegar a limitar demasiado su poder de negociación en el contrato definitivo.

El *arranging bank* presta sus servicios al prestatario y, frecuentemente es un *merchant bank*, subsidiario de un *lead lender* o *agent bank* que presta sus servicios a los prestamistas.

Cualquier conflicto de intereses entre el *arranging bank* (subsidiario) y el *agent bank* (matriz), es más aparente que real, ya que se crea una ficción, con el objeto de dividir funciones únicamente para el efecto de estructurar la operación.⁸¹

Es importante que estos bancos tengan una estrecha relación con el prestatario con el fin de que lo conozcan bien y estén en la posibilidad de sugerirle las mejores alternativas de crédito para resolver su problema financiero. Estos bancos deben tener un reconocido poder de colocación que asegure el éxito de la operación.

Los bancos llamados *managers*, contactan con el sindicato de bancos (a través del *agent bank* o *lead bank*) que va a proporcionar los recursos para el otorgamiento de un crédito.

⁸¹ *Ibidem*, p. 13.

El número de *lead managers* o *managers* depende, principalmente, del monto y grado de dificultad de la operación.

Las principales razones por las que los bancos buscan estos cargos son la productividad que representan y la imagen que les proporciona.

La productividad se da en virtud de que generalmente los *managers* se quedan con un porcentaje significativo de las comisiones por el hecho de obtener el mandato y suscribir la operación, y de que se reparten las comisiones no distribuidas (*pool*).

En cuanto a la imagen, estos bancos son los que están en relación continua con todos los bancos del mundo; situación que les da un mayor poder de negociación. Por otro lado, publicitariamente siempre se reconocen en forma especial, en términos de jerarquía y tamaño.

Las funciones más importantes del (los) *lead manager* (s) son:

a. La suscripción del préstamo

b. Determinar el *pricing* o valoración del crédito, proporcionando al cliente el crédito al menor costo posible

c. Determinar la estrategia de la sindicación. Se decide el momento de acudir al mercado, el banco en que se va a colocar el documento, las áreas geográficas que van a abarcar, las comisiones, etcétera.

d. Selección del grupo de managers, generalmente con la participación del cliente

e. Vigilar que todos los pasos de la operación se valoren y efectúen correctamente, así como resolver cualquier problema que se presente

f. Asesorar y auxiliar al prestatario en la formulación del *offering memorandum*.

g. Formar el sindicato activo de acreedores, invitando mediante telex o fax a los posibles prestamistas, para lo cual hace circular entre éstos, el *offering memorandum*.⁸²

h. Además de la función de colocación del crédito, en ocasiones también toman una suscripción y una participación final en el crédito

Es conveniente enfatizar que el prestatario es el responsable de la elaboración y contenido del *offering memorandum*, ya que los *managers* únicamente brindan asesoría al prestatario para su formulación, por lo que su responsabilidad es de tipo moral y de prestigio en el medio financiero. Por lo anterior, en el *offering memorandum* se limita la responsabilidad del *manager*, en lo relativo a la veracidad de la información allí contenida, así como en el uso que le den a esa

⁸² Read, H. Ryan Jr., ob. cit., pp. 15 y ss.

información los posibles bancos acreditantes, por lo que se incluye una declaración en los siguientes términos:

El (Los) *manager* (s) señalados en el texto de este memorándum de información (*memorándum*) han sido autorizados por el (prestatario) para preparar la operación de crédito (*credit facility*) que se describe en el propio *memorándum*, y distribuir el memorándum a posibles participantes en el crédito.

Toda la información relativa al prestatario, ha sido proporcionada por el propio prestatario, y los *managers* no han verificado que ha sido incluida toda la información necesaria para la evaluación de la viabilidad del crédito. El *manager* no representa ni garantiza, explícita o tácitamente, que la información presentada sea completa y verdadera.

El *manager* no pretende que el *memorándum* sea la única base de evaluación para el otorgamiento de un crédito, por lo que no deberá considerarse como una recomendación *memorándum* del *manager* a cualquier posible participante que se le haya remitido dicho memorándum. Cada uno de los posibles prestamistas realizará su propia evaluación sobre la veracidad y suficiencia de la información contenida en el *memorándum*, y puede realizar por su cuenta las investigaciones que considere necesarias para tomar una decisión.

Este *memorándum* es enviado a los bancos especialmente seleccionados como posibles otorgantes del crédito, y no puede ser

reproducido o usado, total o parcialmente, para propósito o persona diferentes de quienes les ha sido enviado por el *manager*.

C. BANCOS PARTICIPANTES O PRESTAMISTAS

Los bancos prestamistas son las instituciones bancarias que aportan los recursos monetarios para la suscripción del crédito. En la mayoría de los casos su intervención está limitada a la aportación de montos específicos para la operación de crédito, sin tomar algún riesgo suplementario en términos de suscripción.

Como ya se mencionó con anterioridad, los prestamistas forman el llamado "sindicato de bancos" que reúne a un grupo de bancos bajo un mismo contrato de crédito para aportar recursos a un determinado cliente.

Cuando algunos participantes aportan montos sustanciales del crédito, los *managers* les pueden asignar las categorías de *comanagers* en el anuncio del crédito.

Los participantes en la sindicación no deben tener, necesariamente, otras relaciones con el prestatario.

Después de iniciadas las negociaciones preliminares, es usual que el prestamista, mediante su *agent bank*, envíe a su posible prestatario una "carta compromiso" o de entendimiento *offer letter*, *commitment letter* o *letter of understanding*, en la que se describen en términos

generales los aspectos básicos del contrato. Al redactar la *commitment letter* no se entre al detalle del préstamo, ya que ello será objeto de negociaciones posteriores. Lo contrario puede impedir una mayor flexibilidad en las mismas, o bien, llegar a dejar sin substancia el contenido del contrato del préstamo.

D. BANCO AGENTE O BANCO LÍDER
(Agent Bank o Lead Bank)

Los bancos prestamistas nombran en forma irrevocable al *agent bank* para que funga como su representante común, y es el encargado de administrar la operación crediticia y servir de contacto en las comunicaciones entre los miembros del sindicato prestamista, y entre éste y el prestatario.

Por lo general, este papel se le encomienda al banco que tiene mayor relación con el cliente, su función es reunir los fondos y ponerlos a disposición del cliente, cobrar los intereses, comisiones y amortizaciones y distribuirlos entre los participantes; y en general, todo lo relativo a la administración del crédito. Es también el banco agente quien generalmente prepara y negocia los contratos respectivos. Este papel es muy codiciado por los bancos en virtud de que se cobra una comisión adicional, lo que hace más productiva la operación.

En los créditos sindicados en que los préstamos son otorgados por cada banco prestamista directamente al prestatario, el contrato de

crédito es administrado (por parte del sindicato de bancos) por un *agent bank*.

En sus actuaciones el *agent bank* no tiene responsabilidad, a menos que se le compruebe culpa, negligencia grave o dolo en su actuación.

Las funciones más importantes del *agent bank* son, entre otras:

- a. Colectar los fondos y ponerlos a disposición del cliente
- b. Cobrar los intereses, comisiones y amortizaciones
- c. Distribuir los intereses y amortizaciones entre los participantes
- d. Notificar a los bancos de cualquier hecho de los previstos en la cláusula de incumplimiento
- e. Demandar la *aceleración* del crédito (pago anticipado del crédito) por alguna causa de incumplimiento previamente convenida.
- f. En general, todo lo relativo a la administración del crédito

Como ya se mencionó el *manager bank*, usualmente es una filial del *agent bank*. Sin embargo, es frecuente que coincida el papel de *manager bank*, con el de *agent bank*.

V. COSTOS DEL CRÉDITO

El costo de una operación de este tipo está representado básicamente por los siguientes elementos:

a. Spread o diferencial, que es la sobre-tasa que se agrega a la tasa interbancaria Libor o Prime Rate, la cual representa básicamente el beneficio del banco.

b. El nivel de *Prime Rate* o *Libor*.

c. Comisión de apertura o manejo *front and fee* o *management fee*, que es la comisión que se cobra por la organización del crédito; esta comisión se paga una sola vez al principio de la operación sobre el monto total del crédito.

d. Comisión de compromiso. Es la comisión que sobre saldos no dispuestos cobran los bancos por mantener disponibles los recursos.

e. Comisión de agente. Es una comisión anual que cobra el agente por la administración del crédito.

f. Gastos legales.

g. Gastos generales. Son los gastos en que incurren los bancos para llevar al cabo la operación, y entre otros son: viajes, fax, teléfono,

impresión de contratos, legalización de documentos, publicidad, de representación, etcétera.

El nivel de los costos depende principalmente del riesgo crediticio que representa el cliente y el país, el plazo y vida promedio del crédito, el monto, la complejidad de la operación, el número de bancos a ser contactados y las condiciones del mercado.

La distribución de las comisiones entre los bancos participantes está sujeto al criterio de los *managers*, tomando en cuenta la productividad esperada y la estrategia de adaptación.

VI. PRINCIPALES PASOS A REALIZAR EN UNA SINDICACIÓN

En términos generales, las etapas más importantes que se presentan durante el procedimiento a seguir para la obtención de un préstamo sindicado son las siguientes:

1. Otorgar el mandato al *lead bank*
2. Definir la estrategia de captación
 - a. Formación del grupo de *lead managers*

b. Formación del grupo de *managers*

c. Estructura de comisión

d. Distribución de responsabilidades

3. Elaboración del *offering memorandum*

4. Envío del memorandum a los posibles participantes

5. Sindicación en el mercado

a. Se elaboran listas de bancos por zonas geográficas

b. Se envían invitaciones normalmente por telex

c. Se hace un *follow up* diario de las contestaciones

recibidas

6. Se prepara el contrato

a. Se elabora un borrador entre los *managers*

b. Se negocia con la entidad

c. Se elabora el clausulado con los otros participantes

d. Se imprime el contrato

7. Se firma el contrato

8. El deudor reúne requisitos para la procedencia del desembolso

9. Se solicita el desembolso

10. Se publica el *tombstone*

VII. CONSIDERACIONES ADICIONALES

Se considera que una sindicación ha tenido éxito cuando los bancos que suscribieron la operación realizan una venta de tal magnitud que ellos se quedan solamente con, aproximadamente, un 50 por ciento del monto del crédito, es decir que el 50 por ciento de los recursos que se obtuvieron fueron aportados por los bancos participantes (venta en el mercado).

En ocasiones, una gran venta en el mercado se debe a un error al sobre valorar la operación, ofreciendo un rendimiento que la hace atractiva aun a bancos que de otra manera no se interesarían, y no al poder de colocación de los *managers*.

También puede suceder lo contrario, que aun cuando el rendimiento no sea lo suficientemente atractivo, se presione a los bancos (ya sea por los compromisos con los *managers* o con el prestatario) a participar en la operación, dándose la apariencia de que la operación tuvo buen éxito de venta.

VII. CLÁUSULAS DE LAS SINDICACIONES

Las cláusulas más comunes de un contrato de préstamo sindicado *sindicated loan agreement* son las siguientes: de igual prelación de

acreedores o *pari passu*, de intereses, de impuesto o fiscal, de reparto proporcional de pagos o *sharing of payments*, de compromiso negativo o *negative pledge*, de prepago o pago anticipado, de incumplimiento cruzado o *cross default*, de compensación automática o *set off*, de contingencia, de jurisdicción (ley aplicable y tribunal competente), de inclusión de partidas en el presupuesto y de incumplimiento o *default*.

1. DE IGUAL PRELACIÓN DE ACREEDORES

Pari Passu

Esta cláusula, también llamada de *trato no preferencial*, contiene un compromiso a cargo del acreditado, consistente en otorgar a la deuda que se contraiga el mismo grado de prelación o preferencia con las demás "deudas externas".

La cláusula de trato no preferencial es usada en el contexto de deudores corporativos típicos, ella está dirigida a asegurar que la propiedad y bienes del deudor estarán disponibles para satisfacer los derechos de todos los acreedores en caso de banca rota. Cabe destacar que la banca rota de una compañía no es igual a la de un país soberano. Una diferencia fundamental es que el país soberano difícilmente permitirá que se disponga de sus bienes, particularmente de los situados en su territorio nacional.⁸³

⁸³ Stein Velasco, José Luis, ob. cit., p. 149.

2. DE INTERESES

Es quizás la cláusula más importante de los contratos eurodólar, en ella se determina una tasa de interés, "flotante" o "variable", así como la forma de calcularlos.

Los préstamos de interés variable se fijan en tasa *Libor* o en tasa *Prime Rate*. La determinación de intereses en los contratos eurodólar se realiza dos días antes de su aplicación, fijándose una tasa para operaciones de tres a seis meses, dependiendo de lo convenido, misma que regirá durante ese término. La tasa de interés que se aplicará será equivalente al resultado que se obtenga de la media aritmética de las cotizaciones notificadas al *agent bank*, por los *Bancos cotizantes*,⁸⁴ más una sobretasa llamada tasa fija o de "castigo", conocida como *spread* o diferencial, que es la ganancia del banco prestamista. Usualmente los intereses moratorios también se calculan aumentando el *spread*.⁸⁵

El anatocismo es una práctica que se considera inmoral, ya que no es justo que se cobren intereses sobre intereses a través de su capitalización. El artículo 363 del Código de Comercio establece que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses.

⁸⁴ García Moreno y Saldaña Pérez, ob. cit., p. 21.

⁸⁵ Los bancos cotizantes son instituciones de primera clase muy activas y prestigiadas en el mundo de las finanzas internacionales, que pueden formar parte o no del sindicato de bancos prestamista y, entre otras cosas, determinan el monto de los intereses para tasas variables o flotantes, conforme al costo real del dinero, imperante en un tiempo determinado en el mercado financiero internacional, y no de manera caprichosa.

La práctica mexicana referente a la deuda pública externa, es común que en las conversiones de deuda se acumulen los intereses vencidos al capital, aumentando el importe total de la deuda, aunque en el corto plazo aparente una mejora para el país deudor.⁸⁶

3. DE IMPUESTO O FISCAL

Por regla general, en los contratos de crédito sindicado todos los pagos se realizan libres de impuestos de cualquier naturaleza, establecidos por el país del prestatario. En todo caso los impuestos (usualmente sobre el pago de intereses) se cargan al deudor.

En aquellos países en que está prohibida la transmisión de la obligación fiscal del prestatario al prestamista, los intereses se aumentan en la misma proporción que el gravamen fiscal, de tal manera que el prestamista reciba el ingreso neto que recibiría de no existir la carga impositiva.

Es común que los contratos de deuda contengan una cláusula de carácter "neto" que deban tener los pagos a cargo del deudor, es decir, que los intereses no sean objeto de descuento de impuesto sobre la renta. Es usual que a los pagos a realizar se adicione la cantidad correspondiente al impuesto, con el objeto de alcanzar el "efecto neto" para el acreedor extranjero.

⁸⁶ Hamdam Amad, ob., cit., p. 91.

En algunos casos, por falta de poder negociador los deudores absorben los costos de los impuestos que de otra suerte, deben abonar los prestamistas, quienes además, pueden acreditar la retención que nunca ocurrió, al contar con los recibos correspondientes que los deudores se comprometen a entregar. ⁸⁷

LEGISLACIÓN MEXICANA

La legislación mexicana aplicable al impuesto que se genera por el cobro de intereses, es la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR) y en especial el título V: De los residentes en el extranjero con ingresos provenientes de fuente de riqueza ubicada en territorio nacional". ⁸⁸

El artículo 1 de la LISR, determina los sujetos obligados al pago del impuesto, dentro de los cuales quedan incluidos aquellos sujetos residentes en el extranjero que perciban ingresos procedentes de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional.

La actual LISR hace girar el sistema impositivo sobre dos criterios principales: el de residencia y el de fuente de ingreso.

⁸⁷ Pellicer Bermeo, Jaime, Clausulado de las reestructuraciones. México, Universidad Autónoma Metropolitana - Azcapotzalco, abril de 1990, p. 6.

⁸⁸ Ley del Impuesto Sobre la Renta, México, Colección Porrúa, 1994.

El artículo 1 de la LISR determina un régimen para los residentes en el país, que deben cubrir el impuesto sobre la totalidad de sus ingresos cualquiera que sea la fuente de riqueza de donde procedan (fracción I). Para los residentes en el extranjero, la ley distingue entre quienes tienen un establecimiento permanente en el país (debió decir territorio nacional) de quienes no tienen dicho establecimiento, o cuyos ingresos no pueden ser atribuidos a tal establecimiento (fracciones II y III); en estos casos, el impuesto se causará sobre los ingresos provenientes de fuente de riqueza ubicada en territorio mexicano.

El artículo 1, fracción III de la LISR, a la letra dice:

Las personas físicas y morales están obligadas al pago del impuesto sobre la renta en los siguientes casos.

III. Los residentes en el extranjero, respecto de los ingresos procedentes de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional, cuando no tengan un establecimiento permanente o base fija en el país, o cuando, teniéndose dichos ingresos, no sean atribuibles a dichos establecimientos.

Del precepto transcrito se desprenden diversas interrogantes sobre el significado de los siguientes conceptos:

- Quiénes son residentes en el país o en el extranjero?
- Qué se entiende por territorio nacional?
- Qué se entiende por establecimiento permanente?
- Qué se entiende por fuente de ingreso y cómo se determina su ubicación?

Residencia. La LISR no especifica un concepto de residencia, por lo que acudimos al artículo 9 del Código Fiscal de la Federación, que señala los casos en que tienen residencia, tanto las personas físicas como las morales. La fracción II, a la letra dice:

Se consideran residentes en territorio nacional

II. A las personas morales que hayan establecido en México la administración principal del negocio.

Salvo prueba en contrario se presume que las personas físicas o morales de nacionalidad mexicana, son residentes en territorio nacional.

De lo anterior se desprende que serán residentes en el extranjero, todas aquellas personas morales que no se encuentren en la hipótesis descrita.

Territorio nacional. Al respecto, el artículo 8 del Código Fiscal de la Federación, a la letra dice:

Para efectos fiscales se entenderá por México, país y territorio nacional, lo que conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos integra el territorio nacional y la zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial.

Establecimiento permanente. De acuerdo al artículo 2 del la LISR es:

.... cualquier lugar de negocios en el que se desarrollen total o parcialmente actividades empresariales entre otros, las

sucursales, las agencias, las oficinas, las fábricas, los talleres, las instalaciones

Fuente de riqueza y ubicación. A falta de una definición en la Ley, podemos determinarlo por el ingreso afecto al pago del impuesto, en otras palabras, por los hechos jurídicos que la ley regula como hipótesis de causación del impuesto.

Hugo B. Margain considera que "la fuente del ingreso gravable es el lugar donde se obtiene la utilidad base del impuesto, independientemente de la nacionalidad o de la residencia del sujeto los ingresos derivados de la imposición de capitales tienen sus fuentes donde reside el deudor". ⁸⁹

Conforme al artículo 154 de la LISR, "Tratándose de ingresos por intereses se considerará que la fuente de riqueza se encuentra en territorio nacional, cuando en el país se coloque o invierta el capital...".

Por lo anterior, se desprende que un residente en el exterior que reciba intereses que tengan su fuente de riqueza en territorio nacional, deberá pagar el ISR.

Sin embargo, el artículo 154, inciso A, del mismo ordenamiento

⁸⁹ Okhuytsen Johnson, Eduardo, Impuesto sobre la renta de las personas físicas, México, Humanitas, 1986, p. 252.

enumera los casos de excepción en que no se pagará el ISR, en los siguientes términos:

Se exceptúa del pago del impuesto sobre la renta a que se refiere el artículo anterior, los intereses que se mencionan a continuación:

I. Los que se deriven de créditos concedidos al gobierno federal, a las entidades no financieras del sector público.....

II. Los que se deriven de créditos a plazo de tres o más años, concedidos o garantizados por entidades de financiamiento residentes en el extranjero, dedicadas a promover la exportación mediante el otorgamiento de préstamos o garantías en condiciones preferenciales.....

En consecuencia, en el caso de México, los acreedores de deuda pública externa residentes fuera del territorio nacional, están exentos del pago del ISR por los intereses recibidos. Por lo anterior, considero que debido a una crisis financiera que sufre el país, las autoridades han querido otorgar mayores beneficios a los acreedores, con el objeto de situar en una mejor posición de negociación al gobierno mexicano, para el caso de requerir mayores financiamientos.

4. DE REPARTO PROPORCIONAL DE PAGOS

Sharing of Payments

En los contratos en que hay pluralidad de acreedores los pagos deben de hacerse a *pro rata*, por lo que ningún banco puede recibir un

pago mayor a la proporción que le corresponde de acuerdo con su participación en el pago proporcional que reciban los demás bancos.

5. DE COMPROMISO NEGATIVO

Negative Pledge

La cláusula de *compromiso negativo*, también conocida como de *garantía negativa* o *negative pledge*, tiene como finalidad evitar que un deudor otorgue garantías sobre sus bienes en favor de un tercero (acreedor), sin el expreso consentimiento de los acreedores protegidos por esa cláusula.

Además, mediante la *negative pledge* también se trata de evitar que algún deudor desesperado, con tal de obtener financiamiento, conceda mayores garantías a un acreedor posterior, de las otorgadas a los acreedores anteriores. En un momento determinado, dicha situación puede provocar la insolvencia del deudor en perjuicio de acreedores anteriores.

Mediante esta cláusula se establece un límite a la capacidad del deudor para otorgar hipotecas o gravámenes sobre sus activos o ingresos con el objeto de garantizar otras deudas, para así evitar que el deudor otorgue un tratamiento preferencial a unos créditos (en cuanto a garantías), en perjuicio de otros.

En los convenios de reestructuración de deuda externa, la *negative pledge clause* complementa la protección de un deudor buscada a través de la llamada *cláusula de trato no preferencial* o *pari passu* para asegurar que los acreedores subsecuentes compartirán condiciones iguales en beneficios y no superiores a las otorgadas al acreedor de la deuda reestructurada,⁹⁰

En ocasiones se pacta que como consecuencia de la violación de la *negative pledge*, las garantías adicionales otorgadas a un acreedor posterior, automáticamente se harán extensivas a los acreedores anteriores.

En relación al alcance de la *negative pledge clause*, es una práctica común que los acreedores pretendan que su redacción sea en forma tan amplia que cubra al país deudor en sí mismo (entidades presentes y futuras controladas por el gobierno). Sin embargo, con el objeto de disminuir los efectos y alcances de una cláusula de ese tipo se generalizado la enumeración de tipos específicos de seguridades y de intereses prohibidos.⁹¹

Uno de los problemas más complicados es el de la redacción de la *negative pledge clause* para delimitar su alcance y excepciones, ya que algunos países deudores para evitar su aplicación crean nuevas agencias a la que transfieren diversos bienes, y autorizan que los pueda

⁹⁰ Stein Velasco, Luis, ob. cit., pp. 150 y 151.

⁹¹ *Ibidem*, p. 149.

dar en garantía sobre deudas, o bien, mediante algún mecanismo que por no estar previsto, su implementación puede no violar la cláusula de garantía negativa.

Un ejemplo de tales mecanismos que ha tenido gran popularidad entre los países deudores, es la colocación de un depósito bloqueado en un banco bajo circunstancias en las que un incumplimiento por el deudor de un préstamo hecho por ese mismo banco podría dar origen a un derecho inmediato de acción contra el depósito.⁹²

6. DE PREPAGO O PAGO ANTICIPADO

Esta cláusula prohíbe o limita el prepago o pago anticipado, debido a que por lo general los bancos no prestan con dinero propio, y en la fecha que se determina para el pago, los bancos ya tienen comprometido el dinero, ya sea para préstamo o bien para pago, por lo que consideran que si reciben el dinero anticipadamente, corren el riesgo de tenerlo inactivo por un tiempo.

Por lo general, se penalizan los pagos anticipados en una pequeña proporción que va del 0.25 por ciento al 0.75 por ciento de la cantidad

⁹² *Ibidem*, p. 151.

prepagada, y se establecen reglas relativas a montos y tiempos de prepagos.⁹³

Las estipulaciones de prepago que antes permitían su realización están ahora muy condicionadas. Esto, en el caso de deudas reestructuradas, responde al concepto de que si el deudor tuvo que reestructurar su deuda por falta de fondos; entonces ¿cómo tiene recursos para prepagar?

La compra que realicen los deudores de su papel en el mercado secundario, que en ocasiones es más bajo, equivale a un prepago a ciertos bancos en detrimento del prorrateo, ya que está prohibido en virtud de que sólo algunos bancos venden el papel.⁹⁴

El prepago prorrateado se ha ligado a los organismos multilaterales como el FMI, BIRF y BID, para evitar que éstos reciban un tratamiento más favorable.

Otro elemento perjudicial del prepago consiste en que sólo se permite a los deudores realizar prepagos contra los vencimientos más

⁹³ En el Convenio de reestructuración de deuda de Venezuela, en 1986, se acordó que Venezuela no podría prepagar, por ejemplo, ningún tramo sin prorratear a todos, en la medida en que dicho prepago rebasara el tope máximo permitido. Pallicer Bermeo, ob. cit., p. 6.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 4.

lejanos de su deuda, por lo que consideramos que se debería permitir a los deudores adquirir su papel sin que operara el prorrateo y aplicarse a los vencimientos que designaran los deudores.

7. DE INCUMPLIMIENTO CRUZADO

Cross Default

Este tipo de cláusulas colocan a todos los acreedores que son parte en los diversos créditos en igualdad, en términos de poder de negociación y disponibilidad de remedios en caso de que el deudor incumpla cualquier convenio crediticio,⁹⁵ ya que se establece que el contrato de préstamo se considerará incumplido si el deudor incumple cualquiera de sus otros contratos de préstamo, incluso aquellos con otros acreedores,⁹⁶ o el Estado del deudor declara una moratoria. El incumplimiento en tales circunstancias puede dar lugar al vencimiento anticipado de la totalidad de los adeudos existentes, en virtud de otros contratos o convenios.⁹⁷

La cláusula *cross default* se ha ido matizando de manera tal que en algunas ocasiones se limita el "cruzamiento" a obligaciones externas

⁹⁵ Stein Velasco, Jose Luis, ob. cit., p. 118

⁹⁶ García Moreno, Víctor Carlos y Hernández Ochoa, Cesar, "Aspectos jurídicos del endeudamiento externo y la renegociación reciente de México", Estudios en homenaje a la doctora Yolanda Frías, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1991, p. 122.

⁹⁷ Vázquez Pando, Fernando Alejandro, La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales, ob. cit., p. 116.

derivadas de financiamientos, estableciendo niveles de *minimis*, montos límite sobre los cuales el acreditante podrá "acelerar" los vencimientos, de tal manera que si el incumplimiento es por un monto inferior, no opera el vencimiento anticipado. ⁹⁸ En otros casos se concede cierta flexibilidad al cruzamiento, mediante el acuerdo de *periodos de gracia* de 10 a 15 días contados a partir del aviso de incumplimiento que emita el acreedor a su deudor, con el propósito de que éste corrija su incumplimiento.

En tales cláusulas es frecuente que el cruzamiento (incumplimiento) no se limite a obligaciones del deudor, sino que abarque a las agencias y dependencias del deudor. Esto, en el caso del Estado mexicano, ocasiona que la totalidad de la deuda pública quede entrelazada a través de tal tipo de cláusulas, pues en los contratos con el sector público suele hacerse el cruzamiento con las obligaciones del Estado mexicano. ⁹⁹

En ocasiones el alcance de la cláusula *cross default* es muy amplio, ya que hace referencia a incumplimientos incurridos no solo por cualquier entidad deudora del sector público, sino también del sector privado, previstos en cualquier acuerdo de crédito. ¹⁰⁰

98. Pellicer Bermeo, Jaime, Estructura jurídica y leyes que rigen la actividad crediticia, inédito, p. 29.

99 *Ibidem*, p. 115.

100 Stein Velasco, José Luis, ob. cit., p. 158.

Resumiendo, el incumplimiento a una obligación crediticia por parte del deudor puede provocar el vencimiento de la totalidad de los adeudos existentes. Sin embargo, estas cláusulas únicamente operan para los deudores, ya que no existe consecuencia similar para el caso de incumplimiento por parte de los acreedores.

8. DE COMPENSACIÓN AUTOMÁTICA

Set off

Esta cláusula también llamada *set off* o de cargo en cuentas, se refiere a la posibilidad de que el acreedor o acreedores dispongan de activos del deudor cuando éste incumpla con sus obligaciones. Por ejemplo, disposición de cuentas bancarias del deudor, que no necesariamente tienen que estar en bancos ubicados en el país acreedor.

En otras palabras, esta cláusula contiene una autorización para que los bancos dispongan de los recursos en cuentas de deudores para cubrir sus obligaciones en caso de incumplimiento.

En algunos casos, el alcance de la cláusula cubre las cuentas de los bancos centrales o gobiernos garantes y no solo las de los deudores directos.

Sería conveniente que esta cláusula operara como en el pasado, que sólo permitía la compensación por falta de pago declarado o por

incumplimiento certificado (una orden judicial) y no como una opción abierta del deudor.¹⁰¹

9. DE CONTINGENCIA

Este tipo de cláusulas se encuentran sujetas a ciertas circunstancias o hipótesis que al presentarse hacen variar el monto que por servicio de la deuda un país tiene que pagar a sus acreditantes. En la mayoría de los casos, son cláusulas de contingencia en materia de exportaciones totales o de un producto en lo particular. Algunos países latinoamericanos han pactado "cláusulas de contingencia sobre sus exportaciones". México ha pactado esta cláusula con relación a exportaciones petroleras.¹⁰²

10. DE JURISDICCIÓN

El objeto principal del banco extranjero, como prestamistas, es asegurar el reembolso del crédito y el pago de los intereses. Por eso

¹⁰¹ Pellicer Bermeo, "Clausulado de las reestructuraciones", ob. cit., p. 9.

¹⁰² Saldaña Pérez, Juan Manuel. "Vinculación deuda externa y petróleo con el Tratado de Libre Comercio", Derecho económico, Revista de los profesores de las materias económicas de la Facultad de Derecho de la UNAM, núm. 5, febrero de 1992.

resulta lógico que quiera evitar que la efectividad del crédito pueda ser afectada por modificaciones posteriores de la legislación del Estado deudor. Esta es una de las principales razones por las que en estos contratos se suelen insertar cláusulas expresas sobre jurisdicción y legislación aplicable que tienden a garantizar la independencia del crédito de toda influencia de la parte deudora, por lo que estas cláusulas son de las más importantes del contrato.¹⁰³

Por lo general, tanto la ley aplicable como el tribunal competente respecto a las controversias derivadas de los contratos de deuda externa, es la de los países extranjeros en donde se sitúan los bancos acreedores. (Londres, Inglaterra y New York, Estados Unidos). Sin embargo, algunos juristas opinan que en virtud de su soberanía, un Estado no puede ser juzgado en los tribunales de otro Estado, ni está obligado a acatar su fallo o sentencia por tener inmunidad respecto a la jurisdicción y ejecución. Sin embargo, conforme a la Ley de Inmunidad soberana extranjera de los Estados Unidos, un estado extranjero si puede ser demandado ante cortes estadounidenses, cuando, entre otros casos, se trate de actos *jure gestionis*, o bien cuando el estado renuncie expresa o tácitamente a su inmunidad soberana, tanto de jurisdicción como de ejecución.

...el Gobierno mexicano está sujeto en todo momento al derecho nacional y, en su interacción con otros países al derecho internacional...incurre en obligaciones mercantiles, muchas de estas

103 Samtleben, Jürgen, ob. cit., p. 2.

internacionales, y que ha sometido al derecho extranjero los efectos jurídicos de determinados contratos, concretamente lo relativo a las operaciones internacionales de crédito. A guisa de ejemplo tenemos el Convenio de Reestructuración del 4 de febrero de 1990, donde el gobierno federal y ciertas entidades públicas redocumentaron sus pasivos externos, y en cuyos instrumentos se estipuló una cláusula de derecho aplicable con sometimiento inequívoco al derecho sustantivo del estado de Nueva York...El hecho cierto es, que el gobierno mexicano sin la investidura de *jure imperii*, ha consensualmente accedido al derecho extranjero para que rija las consecuencias jurídicas de un gran número de empréstitos internacionales, situación que es común en la llamada deuda soberana ¹⁰⁴

11. DE INCLUSIÓN DE PARTIDAS EN EL PRESUPUESTO

En este tipo de cláusulas, el país deudor se obliga a incluir en su presupuesto de egresos los montos suficientes para hacer los pagos previstos en el contrato. En el caso mexicano, conforme a lo previsto en el artículo 73, fracción VII de la Constitución, corresponde al Congreso mandar pagar la deuda nacional, y evidentemente las facultades del Congreso no son susceptibles de contratación. ¹⁰⁵

¹⁰⁴ López-Verlarde, Estrada, Rogelio. "El sometimiento al derecho extranjero por medio de la cláusula de derecho aplicable", *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 23, 1994, p. 443.

¹⁰⁵ Vázquez Pando. La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales, ob. cit., p. 112.

12. DE INCUMPLIMIENTO

Default

Mediante la *cláusula de incumplimiento* se faculta a los acreedores a demandar el pago de un crédito antes del vencimiento de la fecha originalmente convenida, bajo ciertas circunstancias. A esa facultad de demandar anticipadamente un crédito se le denomina *aceleración*.

En esta cláusula se establecen y limitan las causas de rescisión o terminación anticipada de la relación contractual y sus consecuencias. "Los casos de incumplimiento pueden dividirse en dos categorías básicas: a) expresa negativa de pago de la deuda y, b) otras causales."¹⁰⁶

Las causas más comunes son: incumplimiento en el pago puntual y completo de principal o intereses; incumplimiento de cualquier obligación a cargo del prestatario (violación o falsedad de declaraciones, revocación de permisos gubernamentales); pérdida del país deudor de su membresía con el FMI, o de simplemente de su derecho a utilizar las facilidades que ofrece. Las causas de rescisión tienden a ser extremadamente detalladas con el objeto de proteger al máximo al acreedor.

En caso de falta de pago puntual o por obstáculos técnicos que se señalan en el contrato (Por ejemplo, no entregar estados financieros a

¹⁰⁶ Stein Velasco, José Luis, ob. cit., p. 153.

tiempo) se puede recurrir a la rescisión por incumplimiento. Sin embargo, aunque en la práctica esta cláusula no ha operado por considerar los acreedores que su aplicación provocaría mayores complicaciones, ha brindado a estos una posición más fuerte de negociación en las reestructuraciones.

CUARTA PARTE

LA TEORÍA DE INMUNIDAD SOBERANA DE LOS ESTADOS

I. INMUNIDAD DEL ESTADO

Se debe distinguir entre la teoría de inmunidad soberana del Estado y otras teorías, como las relativas inmunidades y privilegios de agentes diplomáticos y consulares que se encuentran codificadas en tratados multilaterales que han sido suscritos por la mayoría de los países que forman parte de la comunidad internacional.

En relación a la doctrina de la inmunidad del Estado, existe una gran resistencia a la codificación y unificación de las reglas aplicables, debido, en opinión de algunos juristas, a que los países socialistas y algunos en vías de desarrollo se niegan a abandonar la teoría de la inmunidad absoluta del Estado.

El concepto de inmunidad del Estado encierra el principio consistente en que los actos de un Estado no pueden ser materia de un procedimiento de carácter judicial o ser embargados o ejecutados sus bienes sin su consentimiento. En otras palabras, la inmunidad de Estado contiene dos aspectos fundamentales que son: la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución.

La inmunidad soberana de los estados (inmunidad de jurisdicción y de ejecución) es un principio de derecho internacional, fundado en la noción de igualdad e independencia de soberanías que consiste en que todo Estado soberano es inmune a la jurisdicción de otro Estado soberano.¹⁰⁷

La doctrina de la inmunidad del Estado tiene su origen en la antigua regla feudal *par in paribus non habet imperii*, que establece que no existe imperio entre iguales, por lo que los señores feudales sólo podían ser juzgados por sus superiores. Esta regla aplicada a los estados, prohíbe que un Estado pueda ser demandado ante los tribunales de otro Estado, ya que éstos poseen los mismos derechos, tienen un rango de igualdad e independencia entre sí, y, por lo tanto, ninguno es superior al poder soberano del otro:¹⁰⁸

Durante los siglos XVIII y XIX se desarrolló la doctrina de la inmunidad absoluta del Estado, que era ilimitada en su alcance y se fundaba en los principios de independencia e igualdad soberana de los estados.....Esto significaba que todo Estado renunciaba a una parte de su jurisdicción territorial, normalmente exclusiva y absoluta, siempre que un Estado extranjero se encontraba sometido

¹⁰⁷ López Velarde-Estrada, Rogelio, Incumplimiento a contratos de crédito internacionales por entidades públicas extranjeras causados por la imposición de control de cambios: El caso de México, Petróleos Mexicanos, 1991, p. 32.

¹⁰⁸ Sorensen, Max, Manual de derecho internacional público, México, FCE, 1992, p. 413.

a un procedimiento en sus tribunales o siempre que la propiedad de un Estado extranjero fuera materia de acción. 109

La inmunidad de los estados se funda en el concepto de igualdad soberana, el cual, como es bien sabido, ha sido objeto de amplios debates y estudios, desde puntos de vista tan variados como el de la Ciencia Política, la Economía, la Filosofía y el Derecho Internacional, entre otros.

Etimológicamente, soberanía es lo que está encima de todo (de *super*, sobre, se formó *superanía*, soberanía, palabra que según algunos deriva de *super omnia*, sobre todas las cosas). 110

La soberanía nació a finales de la Edad Media como resultado de las luchas entre el rey francés y el imperio, el papado y los señores feudales. De esas luchas nació un poder que no reconocía a otro superior o por encima de él. La soberanía es la libre determinación del orden jurídico o, como afirma Herman Heller es "aquella unidad decisoria universal y eficaz". 111

La soberanía se manifiesta en dos ámbitos: interno y externo. En el ámbito interno, el Estado (soberano) es la autoridad o poder superior que ejerce sus funciones de manera plena y absoluta, es la voluntad máxima

109 *Ibidem*, p. 413.

110 Tena Ramírez, Felipe, ob. cit., p. 19.

111 Carpizo, Jorge, Diccionario jurídico mexicano, Voz: soberanía, ob. cit., p. 2936.

dentro de un determinado territorio; sin embargo, la autoridad estatal está sujeta, limitada a un orden jurídico, de tal suerte que no puede ejercer su poder en forma arbitraria frente a los particulares.

La soberanía en el ámbito externo consiste en la independencia e igualdad del Estado frente a los demás estados. Esto implica que un Estado goza de inmunidad respecto a los órganos jurisdiccionales de los demás estados, evitando así, la supremacía de unos estados respecto a otros.

1. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN INTERNA Y EXTERNA

Hay ocasiones en que el Estado, para alcanzar sus fines, necesita estar fuera de la jurisdicción de sus tribunales nacionales, por lo que goza de inmunidad de jurisdicción en los casos en que la propia legislación lo señala.

A. INMUNIDAD ESTATAL EN EL ÁMBITO INTERIOR

La inmunidad estatal en el ámbito interior tiene su origen en el sistema feudal, en el que el señor feudal era quien resolvía las disputas y controversias entre sus súbditos, y los actos del señor feudal eran enjuiciados por otro señor feudal más poderoso o bien por el rey, quien

era absolutamente inmune al no poder ser juzgado en sus propias cortes, y no existir cortes superiores para juzgarlo.¹¹²

Actualmente, en la mayoría de los países está vigente, en diferentes grados, el concepto de inmunidad estatal, limitada a los casos especificados en las leyes internas por razones de soberanía, orden público o seguridad nacional.

Sin embargo, un exceso de inmunidad de jurisdicción interna del Estado provoca injusticias al dejar al particular en estado de indefensión ante la autoridad, ya que no está en posibilidad de ejercer una acción en contra del Estado.

B. INMUNIDAD ESTATAL EN EL ÁMBITO EXTERIOR

Conforme al derecho internacional, los estados extranjeros gozan de inmunidad de jurisdicción de los tribunales nacionales de otro Estado.

La evolución de la doctrina de la inmunidad soberana en el ámbito exterior se ha planteado de dos formas: una absoluta y la otra relativa o restringida.

La inmunidad soberana como doctrina del derecho internacional

¹¹² En el antiguo sistema feudal inglés existía el llamado *petition of rights* que era un procedimiento ante un tribunal, por medio del cual un súbdito reclamaba la restitución de bienes muebles e inmuebles, en posesión de la corona, por considerar tener un derecho que lo legitimaba.

fue reconocida por primera vez en 1812, cuando el presidente de la Suprema Corte Justicia de los Estados Unidos, el juez Marshall, apoyando una recomendación del Departamento de Estado, emitió su fallo en el caso *The Schooner Exchange Vs. Mc. Fadden*, en el cual ciudadanos norteamericanos demandaron al gobierno francés ante tribunales de Estados Unidos para obtener el embargo de un buque que se encontraba en un puerto norteamericano, y que, supuestamente, poseía ilegalmente el gobierno francés.

La defensa opuso la excepción de inmunidad soberana, por lo que el Estado francés no podía ser demandado en tribunales de Estados Unidos. La Corte americana consideró procedente la defensa y resolvió que no se podía sujetar un Estado extranjero a un procedimiento judicial en Estados Unidos, por lo que el buque no podía ser embargado.

La corte norteamericana emitió su fallo en el sentido de reconocer la inmunidad soberana del Estado extranjero (Francia) con base en el principio de reciprocidad, considerando que una resolución en sentido contrario, violaría, por un lado, los principios de independencia y libertad de los estados, al pretender las cortes de un Estado juzgar los actos de otro, lo que implicaría superioridad y coacción de un Estado sobre otro; y, por el otro lado, se lastimaría el honor y dignidad de sus pares, ya que sería humillante la sujeción de un Estado a un procedimiento judicial, además de ser incompatible con la conducta diplomática y las relaciones exteriores.

En su fallo, la corte reconoció el principio de inmunidad soberana

de un Estado extranjero, sin excepción (inmunidad absoluta) ya que consideró que el no reconocimiento de la inmunidad de un Estado implicaría una interferencia en su soberanía, y señaló que la jurisdicción sobre actos comerciales de otro Estado sería equivalente a una declaración de guerra.¹¹³

La decisión de la corte se basó en los siguientes razonamientos:

A. Un reconocimiento a la práctica internacional, como una norma de derecho consuetudinario; y

B. Una deferencia (del Estado del foro) a la dignidad y el honor de otro Estado, conforme a la ley nacional. Esto significa que la inmunidad soberana debe considerarse como un principio basado en el consentimiento expreso o tácito del Estado anfitrión otorgado por razones de política exterior, con base en la reciprocidad.

Durante el siglo y medio posterior a que el juez Marshall emitiera su fallo con base en la recomendación del Departamento de Estado, las cortes norteamericanas continuaron con dicha práctica al resolver los casos de inmunidad de un Estado extranjero.¹¹⁴

¹¹³ Hannon, John P., "Foreign sovereign immunity and the act of state: The need for a commercial act exception to the commercial act exception", University of San Francisco Law Review, vol. 17, verano de 1983, p. 776.

¹¹⁴ Stevenson, John R. y otros, "United States law of sovereign immunity relating to international financial transactions", International financial law. Lending capital transfers and institutions, 2a. ed., Published by Euromoney Publications, volume I, p. 99.

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX el principio de inmunidad absoluta del Estado había sido aceptado por el derecho internacional.

A mediados del siglo XIX, se incrementó la relación económica y comercial entre estado y particulares, como consecuencia del cambio en las ideas de *laissez faire* que limitaban el papel del estado a la seguridad pública, impartición de justicia, educación y otras actividades en las que los particulares no estuvieran interesados. Lo anterior amplió su campo de acción permitiéndole, por una parte, participar en actividades que anteriormente estaban reservadas a particulares y, por la otra, incrementar sus relaciones económicas y comerciales (contractuales) con particulares, en un plano de desigualdad, ya que se reservaba el privilegio de la inmunidad estatal.

Por lo anterior, al presentarse alguna controversia entre Estado y particulares, éstos se encontraron en un plano de desigualdad al no poder obtener el cumplimiento de las obligaciones a cargo de aquél por la vía judicial.

Ante esa situación, el único recurso que tenía el particular extranjero consistía en invocar la protección diplomática de su gobierno, con el objeto de que fuera éste quien reclamara al otro Estado el cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, el particular no siempre puede obtener la interposición diplomática, ya que por ser un derecho del Estado, es éste quien decide si se interpone o no, dependiendo de factores de tipo político y económico, entre otros.

Posteriormente, se comenzaron a plantear excepciones a la regla de inmunidad absoluta del Estado, a tal grado, que actualmente se encuentra casi universalmente desterrada. En primer término, se abandonó el principio de inmunidad absoluta del Estado en el ámbito interno, poniendo al alcance de los particulares los mecanismos legales que les permiten demandarlo ante sus tribunales en el caso de incumplimiento de sus obligaciones, con excepción de los casos que determinan las leyes.

Al término de la Primera Guerra Mundial se planteó la teoría de la inmunidad restringida del Estado en el ámbito internacional, que le concede inmunidad, sólo en relación a sus actos de *jure imperii* (actos soberanos o de derecho público) y se le niega para los casos en que realiza actos de *jure gestionis* (actos comerciales o de derecho privado).

La jurisdicción de un Estado no es meramente territorial (presencia física en el territorio o en relación con el mismo) ya que existen otros puntos de vinculación tales como el orden público, consideraciones de carácter fiscal, la nacionalidad, el concepto de *forum prorogatum* o *forum contractus* y la autonomía de la voluntad de las partes. Uno de los criterios en que se basa la teoría de la inmunidad restrictiva es la distinción entre los actos o actividades que realiza el Estado en función de su poder público o autoridad soberana, acta de *jure imperii*, regidos por el derecho internacional público, y por los cuales el Estado no puede ser juzgado por los tribunales internos de otro Estado, ya que goza de inmunidad de jurisdicción. Sin embargo, un Estado si puede ser juzgado por las cortes de otro Estado, con relación a los actos que realiza como

cualquier particular o persona privada, es decir, fuera de su actividad como soberano, llamados *acta jure gestionis*, regidos por el derecho internacional privado. 115

En otras palabras, conforme a la doctrina de la inmunidad restringida, un particular puede demandar ante los tribunales de su país a un Estado extranjero, sólo por actos comerciales o de derecho privado.

El problema fundamental de la teoría de la inmunidad restringida de los estados radica esencialmente en encontrar criterios uniformes para diferenciar los actos *jure imperii* (públicos) de los *jure gestionis* (privados). Los tribunales nacionales han invocado dos criterios:

1. Naturaleza jurídica del acto. Para considerar a un acto como privado es necesario que cualquier individuo pueda realizarlo; de manera tal que si dicho acto es realizado por el Estado, éste es responsable, igual que un particular. A *contrario sensu*, si se trata de un acto que solo puede efectuar el Estado, será considerado como público, y por lo tanto inmune.

2. Propósito final u objeto del acto. Depende del fin que se pretenda alcanzar con la realización del acto. Sin embargo, el problema que se presenta consiste en que por su naturaleza todos los actos realizados por el Estado tienen un fin público.

115. García Moreno, Víctor Carlos y Hernández Ochoa, César. "Aspectos jurídicos del endeudamiento externo y la renegociación reciente de México", ob. cit., p. 12.

En la mayoría de los contratos de empréstitos internacionales se incluyen cláusulas en las que se prevé, por una parte, la renuncia expresa de la inmunidad del Estado deudor y, por la otra, que tanto el tribunal competente como la ley aplicable al contrato serán los del lugar en que se encuentre domiciliado el banco principal, esto es Nueva York (Estados Unidos) o Londres (Inglaterra). Tanto Estados Unidos (1976), como el Reino Unido (1980) cuentan con una ley que regula la materia relativa a la inmunidad soberana de los Estados extranjeros.

El número de demandas entabladas ante tribunales norteamericanos o ingleses, en contra de países deudores, por incumplimiento en sus compromisos pecuniarios internacionales es muy reducido. La mayor parte de los casos en contra de México se han ventilado ante tribunales de Nueva York, motivo por el cual en el presente trabajo únicamente se analiza la Ley de Inmunidad Soberana de los Estados Unidos de América.

II. LEY DE INMUNIDAD SOBERANA EXTRANJERA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA DE 1976 (LISE)

El procedimiento y requisitos para otorgar inmunidad a un Estado extranjero difiere en cada régimen jurídico, sin embargo, existe una marcada tendencia a la armonización de criterios.

Antes de 1976, el Departamento de Estado de los Estados Unidos, realizaba la determinación sobre la procedencia o improcedencia de inmunidad de un Estado extranjero, con base en la información remitida por la embajada de los Estados Unidos en ese país o por los abogados que llevaban el caso. Cuando el Departamento de Estado determinaba que se le debería reconocer inmunidad a un Estado extranjero, enviaba dicha determinación a manera de sugerencia, a la corte o tribunal en que se encontraba pendiente de resolver una acción. Tal sugerencia era aplicada por la corte como si fuera obligatoria. En otros países no se ha tenido esa práctica de determinaciones emitidas por el Ejecutivo, con carácter obligatorio para el Poder Judicial, y se ha dejado a éste la decisión sobre la procedencia de inmunidad de un Estado extranjero. Sin embargo, con la Ley de Inmunidad Soberana de los Estados Unidos de América (LISE), o *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, se ha abandonado dicha práctica para dejar al Poder Judicial (cortes) la decisión sobre la procedencia de inmunidad de un Estado extranjero. ¹¹⁶

Los particulares que realizan transacciones con estados extranjeros han querido asegurarse que, en el caso de que se presente algún conflicto que se tenga que resolver mediante un procedimiento judicial, existan en el contrato respectivo, cláusulas relativas a tribunal competente, ley aplicable (tanto en lo sustantivo como en lo procedimental) y ejecución de la sentencia o resolución que, en su caso, emita el tribunal.

¹¹⁶ Stevenson, ob. cit., p. 100 y 101.

A partir de 1952, con la llamada Carta Tate, enviada por Jack B. Tate, asesor jurídico del Departamento de Estado de Estados Unidos, al Procurador General, le comunicó la adopción de la doctrina restrictiva de la inmunidad estatal, conforme a la cual se reconoce inmunidad soberana a un Estado respecto a sus actos de carácter público o soberano (*jure imperii*), y no así, en relación a sus actos de carácter privado (*jure gestionis*).¹¹⁷

Sin embargo, en la Carta Tate no se señalaron los criterios para distinguir los actos *jure imperii* de los *jure gestionis*. Fue hasta 1964, cuando el juez Smith, en el caso *Victory Transport Inc. Vs. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes*, estableció una distinción conforme a la cual los actos sujetos a inmunidad eran, entre otros, los actos administrativos internos; los actos de las fuerzas armadas y lo relativo a la deuda externa.¹¹⁸

Resumiendo, antes de 1977, cuando un Estado extranjero era demandado en una corte norteamericana, generalmente, a través de la vía diplomática y no por la vía judicial, solicitaba al Departamento de

¹¹⁷ "En este contexto, no fué la judicatura sino el ejecutivo estadounidense el que después de casi siglo y medio promoviera un cambio en razón de la teoría restrictiva, por medio de la llamada 'Carta Tate'...fundamento la necesidad de adoptar la doctrina restrictiva en virtud de su creciente aceptación en otros foros y también la creciente intervención de las empresas públicas en el comercio internacional". López - Velarde Estrada, Rogelio. "Algunas consideraciones en materia de inmunidad soberana a la luz del Derecho positivo norteamericano". *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 21, 1992, pp. 207 y 208.

¹¹⁸ Sorensen, ob. cit., p. 429.

Estado el reconocimiento de su inmunidad soberana. El Departamento de Estado comunicaba a la corte su recomendación al respecto, y ésta emitía su fallo en ese sentido.

La LISE codificó y perfeccionó la teoría de la inmunidad restrictiva de los estados extranjeros, tanto de jurisdicción como de ejecución, la cual tuvo como finalidad "...establecer las bases para que el gobierno extranjero y sus entidades paraestatales pudieran ser demandados dentro de los Estados Unidos", en los siguientes términos:

.... De acuerdo al derecho internacional, los estados no son inmunes de la jurisdicción de cortes extranjeras en la medida en que participen en actividades comerciales, y sus propiedades comerciales puedan ser embargadas como medio para el cumplimiento de una sentencia emitida en su contra, en relación a sus actividades comerciales. 119

La legislación de varios países, entre ellos Estados Unidos, contienen la doctrina restrictiva de la inmunidad del Estado, por la cual sólo se concede inmunidad a un Estado extranjero, respecto a sus actos *jure imperii*, y no con relación a los actos considerados *jure gestionis*.

Algunos juristas consideran que la LISE es resultado de la posición de dominio de ciertos países industrializados, que la utilizan como un instrumento para corregir supuestas injusticias de que son objeto sus

119 Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Section 1602.

ciudadanos en el extranjero, y no producto del derecho internacional, desconociéndose el hecho de que la mayoría de los actos comerciales de los estados forman parte de su identidad nacional. ¹²⁰

La LISE contiene las reglas generales aplicables para otorgar inmunidad a un Estado extranjero que así lo ha reclamado. De igual manera señala los casos de excepción.

1. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

El problema de inmunidad de jurisdicción puede surgir cuando un Estado desarrolla actividades dentro del territorio de otro Estado, o cuando algunos de sus bienes se encuentran situados en lugares sometidos a la jurisdicción territorial de ese otro Estado, y son susceptibles de litigio o de medidas de embargo, incautación o ejecución de una sentencia de un juicio por deudas, de acuerdo con su legislación. "La aplicación de la inmunidad del Estado presupone la existencia de una situación en la que el Estado territorial tiene una jurisdicción válida o competente de acuerdo con los principios de derecho internacional privado, ya que sería innecesario invocar la regla de inmunidad del Estado, si de acuerdo con las reglas de competencia del Estado del foro no existe jurisdicción, debido a la incompetencia de los tribunales".¹²¹

¹²⁰ Hannon, John P., ob. cit., pp. 775 y 776.

¹²¹ García Moreno y Hernández Ochoa, "Aspectos jurídicos del endeudamiento externo y la renegociación reciente de México", ob. cit., pp. 11 y 12.

A. PRINCIPALES CAUSAS DE IMPROCEDENCIA
DE LA INMUNIDAD DEL ESTADO

Como regla general, la LISE reconoce la procedencia de inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero, respecto a las cortes de Estados Unidos, condicionada a los acuerdos internacionales en los que ese país sea parte al momento de su entrada en vigor.¹²² De igual manera, establece los siguientes casos de excepción a la procedencia de reconocimiento de inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero:¹²³

i. Renuncia expresa o tácita del Estado extranjero

ii Conflicto derivado de una actividad comercial

iii Disputas sobre derechos de propiedad del Estado extranjero, que hayan sido adjudicados violando el derecho internacional y que esa propiedad o alguna otra por la que haya sido intercambiada, se encuentre en territorio de los Estados Unidos, en conexión con la realización de una actividad comercial del Estado extranjero, o que dicha propiedad pertenezca o sea operada por una dependencia o entidad de un gobierno extranjero comprometida en una actividad comercial dentro de los Estados Unidos.

¹²² Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Sections 1602 y 1604. Al respecto, el Comité Judicial de la Cámara de Representantes ha señalado que la LISE no debe alterar los compromisos pactados en los acuerdos o contratos comerciales en los que Estados Unidos sea parte, y que prevén medios de solución de controversias, como el arbitraje. Stevenson y otros, *ob. cit.*, p. 107.

¹²³ Foreign Sovereign Immunities Act of 1976. Sections 1604 a 1607.

iv Conflictos respecto a derechos de propiedad de bienes inmuebles en los Estados Unidos, adquiridos por sucesión o donación.

v. Resarcimiento de daños y perjuicios causados por el Estado extranjero en el territorio de los Estados Unidos, originados por una posible responsabilidad civil.

vi. Por una demanda ante tribunales de marina para que se cumpla una obligación, mediando prenda marítima, sobre una embarcación de un Estado extranjero o su carga, siempre que ésta se base en una actividad comercial del Estado extranjero.

Las excepciones más controvertidas y más importantes para efecto de la deuda externa de un Estado son las relativas a la "renuncia de inmunidad" y a la "actividad comercial", mismas que analizaremos a continuación con mayor detalle.

a. RENUNCIA DE INMUNIDAD

La LISE contempla tres tipos de renuncia: de inmunidad i) de jurisdicción (Section 1605 (a) (1)); 2) de embargo como medio de ejecución ; y 3) de embargo precautorio.¹²⁴

¹²⁴ Henkin, Louis y otros. International Law. Cases and materials. St. Paul Minnesota, Westpublishing Co., American casebook. 1991, p. 915.

De acuerdo con lo previsto en la LISE, un Estado extranjero puede renunciar a su inmunidad, en forma expresa o tácita.

En la práctica de los financiamientos internacionales dominan las llamadas *golden rule*, que son cláusulas en las que se establece como tribunal competente el de Nueva York o Londres, la aplicación de la respectiva legislación, y, a su vez, la exigencia al Estado deudor, de renunciar previamente a su inmunidad soberana.¹²⁵

La renuncia expresa se ha manifestado mediante tratados comerciales, marítimos o de amistad,¹²⁶ y cláusulas de contratos privados, en las que se estipula una renuncia expresa por parte de los estados extranjeros, respecto a ciertas transacciones, tales como empréstitos.

Las constituciones de algunos países deudores, principalmente latinoamericanos, (Brasil, Colombia, Venezuela, etcétera) no permiten la renuncia de su calidad soberana con el fin de acudir como simples particulares a los tribunales de otro país. Sin embargo, en la mayoría de los contratos de crédito internacional se estipula la renuncia de la calidad soberana del Estado deudor y el sometimiento expreso a tribunales extranjeros. No obstante, en la práctica es muy difícil imaginar que un exhorto se pudiera obsequiar por los tribunales del país deudor cuando

¹²⁵ Samtleben, Jürgen, ob. cit., p.2.

¹²⁶ En el Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares de Irán y Estados Unidos (1957) y en otros, se estipula una cláusula de renuncia de inmunidad. Italia (1963), Nicaragua (1959), Dinamarca (1951).

hubiese renuncia de inmunidad soberana, máxime si dicha renuncia contraviniese normas constitucionales o legales. De lo anterior se concluye que "un contrato firmado en tales condiciones no vale más que el papel en el cual está escrito".¹²⁷

La LISE no señala algún criterio o lineamiento para la determinación de la existencia de renuncia tácita de inmunidad, sin embargo, el Comité Judicial ha señalado que las cortes han determinado que la renuncia tácita se presenta cuando un Estado extranjero ha convenido el arbitraje de algún otro país; se ha estipulado que la ley aplicable a ese contrato será la ley de un determinado Estado o cuando en la contestación de la demanda no se invoque la excepción de inmunidad soberana del Estado extranjero.¹²⁸

b. ACTIVIDAD COMERCIAL

Conforme a la LISE, un Estado no goza de inmunidad respecto a las demandas derivadas de una actividad comercial. El carácter comercial de la actividad se determina por la naturaleza de la conducta o del acto o transacción realizada, y no por el propósito o fin de la misma.¹²⁹ Se considera que se está frente a una actividad comercial cuando:

¹²⁷ García Moreno, Víctor Carlos, "Breves notas sobre un enfoque jurídico del endeudamiento de los países del tercer mundo", ob. cit., p. 8.

¹²⁸ Stevenson, ob. cit., p. 109 (House Report, citas 131 y 132).

¹²⁹ Foreign Sovereign Immunities Act of 1976. Section 1603 (d).

a. Una acción se basa en una actividad comercial realizada por el Estado extranjero, dentro del territorio de Estados Unidos.

b. Una acción se funda en un acto realizado dentro de territorio de los Estados Unidos, "en conexión" con una actividad comercial del Estado extranjero, fuera de Estados Unidos.

c. La acción se funda en un acto realizado fuera de los Estados Unidos, "vinculado" con una actividad comercial del Estado extranjero fuera de los Estados Unidos pero que tenga efectos directos en territorio norteamericano. ¹³⁰

De acuerdo con la LISE, el concepto de Estado incluye a sus subdivisiones políticas (entidades federativas) y agencias (entidades paraestatales de la administración pública federal o estatal).

De igual manera, el concepto de entidad (paraestatal) comprende:

a. Cualquier persona jurídica distinta al Estado, cualquiera que sea su naturaleza; y

¹³⁰ La legislación norteamericana incluye empréstitos para limitar la inmunidad soberana. La crítica que se hace es que establece de manera muy ambigua y demasiado amplia los casos de excepción para la concesión de la inmunidad estatal y utiliza términos tan confusos como "efectos directos en los EE.UU.". "Contacto sustancial en los EE.UU.". García Moreno, "Breves notas sobre un enfoque jurídico del endeudamiento de los países del tercer mundo", ob. cit., p. 29.

b. Cualquier organismo propiedad mayoritaria del Estado extranjero o de alguna entidad federativa, o que por cualquier medio tenga el control de dicho organismo.

El Congreso pretende incluir dentro del concepto de "entidad" a cualquier corporación, asociación o entidad de propiedad mayoritaria del Estado extranjero o de una subdivisión política del mismo, constituida bajo su leyes y que tenga personalidad jurídica propia (pueda demandar y ser demandada en su propio nombre). Entre otras entidades, se incluyen las empresas comerciales del Estado, aerolíneas, bancos centrales, compañías marítimas y agencias de turismo. 131

Es importante hacer notar que la LISE, única y exclusivamente, enuncia estándares que se aplican para resolver problemas relativos a inmunidad soberana de los estados extranjeros ante cortes federales y estatales en los Estados Unidos.

Sin embargo, el Comité Judicial de la Cámara de Representantes ha considerado de gran importancia la inclusión en la LISE de principios generales para otorgar inmunidad a los estados extranjeros,

131. El Comité Judicial ha señalado que sólo se considera una "entidad del Estado extranjero" cuando es de participación mayoritaria de ese Estado o de una entidad federativa del mismo. Por ejemplo, compañías de transportación marítima, compañías petroleras y bancos centrales. Existen problemas para determinar en qué casos una institución bancaria puede considerarse *foreign central bank* de acuerdo con la LISE, ya que en el caso de un litigio ventilado en una corte de Estados Unidos en contra de Irán, la traducción literal de *Bank Markazi Irán* como *Central Bank of Irán* no fue suficiente para otorgarle dicho carácter, ya que se presentan problemas en aquellos casos en que un banco extranjero realiza funciones típicas de un banco central, pero no se puede demostrar la propiedad mayoritaria del Estado extranjero. Stevenson, ob. cit., p. 102.

principalmente en los casos en que existe duda al respecto, ya que en un principio la carga de la prueba sobre la procedencia de la inmunidad soberana está a cargo del Estado demandado, que debe presentar la evidencias que demuestren que la demanda entablada en su contra se refiere a algún acto de carácter público (*jure imperii*) del Estado extranjero, que no está incluido dentro de las excepciones señaladas en la LISE (secciones 1605 - 1607). Posteriormente la carga de la prueba se transfiere al actor, quien debe exhibir las evidencias necesarias para demostrar la improcedencia de inmunidad del Estado extranjero, y finalmente la carga de la prueba recae sobre el Estado extranjero.¹³²

Es conveniente señalar que uno de los supuestos de mayor importancia para rechazar el reconocimiento de la inmunidad soberana de un Estado extranjero, es el relativo a las acciones originadas en actividades comerciales.

Como ya se mencionó, conforme a la LISE una "actividad comercial" es aquella realizada en el curso normal de una conducta comercial, o de una transacción o acto comercial en particular, y el carácter comercial de la actividad se determina por la naturaleza de la conducta o del acto o transacción realizada, y no en por el propósito de la misma.

De lo anterior se desprende que un contrato para la obtención de bienes y servicios para un fin público (contrato para la compra de equipo

¹³² *Ibidem*, p. 107 (House Report, nota 116).

para sus fuerzas armadas o para la compra de equipo para la perforación de pozos petroleros, construcción de un edificio del gobierno, reparación de un edificio de la embajada) se debe considerar como un acto de naturaleza esencialmente comercial, por lo que es irrelevante el propósito del mismo.

La LISE define en forma general y amplia el concepto de actividad comercial, por lo que existe una gran libertad y discreción por parte de los tribunales para la aplicación de la ley en casos particulares, ya que con base en los precedentes que se presentan se analiza cada caso, y se decide en lo particular, si el acto es o no de carácter comercial para efecto reconocer o no la inmunidad de algún Estado extranjero.

Conforme a la LISE, el carácter comercial de un acto se determina atendiendo a su naturaleza y no a su propósito, y tiene un alcance extraterritorial, ya que con base en ciertos puntos de contacto, atribuye el carácter comercial o no de un acto, con la finalidad de que un Estado sea o no inmune a la jurisdicción de sus tribunales.

Además, el poder judicial norteamericano ha interpretado en forma muy genérica la excepción de "actividad comercial", por lo que prácticamente el principio de inmunidad soberana permanece como un recurso inalcanzable para los Estados extranjeros, aun para evidentes actos *jure imperii*.¹³³

¹³³ Véase González, Félix, *The Foreign Sovereign Immunities Act: Fair Play for the Foreign States and The need for some Procedural Improvements*, citado por López-Velarde Estrada, *Incumplimiento a contratos de crédito internacionales por entidades públicas extranjeras causados por la imposición de control de cambios: El caso de*

Algunas cortes norteamericanas han considerado el carácter comercial de una actividad en función de una "práctica comercial ordinaria" y no en atención a la naturaleza del acto, con lo cual se ha incrementado significativamente el número de casos de excepción a la procedencia de la inmunidad del Estado,¹³⁴ al tiempo que se han reducido los casos procedentes.

La LISE no especifica la naturaleza de los empréstitos realizados a estados extranjeros. Sin embargo, el Comité Judicial ha determinado que las deudas de un Estado extranjero que negoció o ejecutó el contrato en Estados Unidos o que recibe financiamiento de una institución pública o privada localizada en los Estados Unidos, en su opinión, debe considerarse dentro de la excepción de actos comerciales, y en consecuencia resulta improcedente la inmunidad del Estado.

Algunas legislaciones consideran una actividad como comercial, con base en su naturaleza (Singapur 1979, Reino Unido 1978, Canadá Pakistán y Sudáfrica, 1981; y Australia, 1986, entre otros) por lo que el hecho de que los bienes o servicios obtenidos por la realización de un contrato sean usados para un fin público, es irrelevante. El Estado del foro es quien califica si una actividad es comercial o no y, por lo tanto, si tiene o no jurisdicción sobre un caso particular. Sin embargo, el problema que se presenta estriba en los estándares o criterios utilizados

México, ob. cit., p. 56.

¹³⁴ Véase *Callejo vs. Bancamer*, 764 F. 2d 110, 1109 - 1110 (5th Cir. 1985), citado por López Velarde, Estrada, "Incumplimiento a contratos de crédito internacionales por entidades públicas extranjeras causados por la imposición de control de cambios: El caso de México", ob. cit., p. 38.

en la calificación del acto, debido, entre otras causas, a las diferencias políticas, económicas y sociales de los diversos estados. Continuamente se presentan casos en los que en un país, ciertas actividades se reservaron de manera exclusiva al Estado (Por ejemplo, en México, el petróleo y la prestación de servicios bancarios, hasta antes de la privatización eran actividades reservadas al Estado) y en otro país (Estados Unidos) son actividades que cualquier particular puede realizar.¹³⁵

2. INMUNIDAD DE EJECUCIÓN

El sometimiento de un Estado a la jurisdicción de otro Estado extranjero implica todas las fases del procedimiento incluyendo la demanda, la contrademanda, la sentencia, las apelaciones y la sentencia definitiva, pero de ninguna manera la ejecución. La inmunidad de ejecución se refiere específicamente a la inmunidad de los estados con

¹³⁵ En el caso *International Association of Machinist Vs. Organization of Petroleum Exporting Countries*, la parte actora alegó que varios países habían conspirado en forma conjunta, en violación a la ley antimonopolios, la *Sherman Antitrust Act*, ya que la disminución de ventas de crudo fue consecuencia de una actividad comercial prohibida por la ley *antitrust*, y tuvo un efecto directo en los Estados Unidos, al provocar un incremento dramático el precio del petróleo. La corte de Distrito sostuvo que la producción y venta de petróleo no constituye una actividad comercial, y determinó que si el derecho internacional reconoce la soberanía de un país sobre sus recursos naturales, la venta de petróleo es un acto soberano, protegido por la doctrina de la inmunidad soberana. Sin embargo, la corte de apelación no aceptó la determinación de que todos los actos relacionados con los recursos naturales tienen el carácter soberano, y la limitó sólo a los casos en los que los recursos naturales son de gran importancia para la economía y el desarrollo social del país. En ese orden de ideas, en el caso *The United States Vs. Deutsches Kalisyndikat Gesellschaft*, la corte resolvió que procedía el ejercicio de la jurisdicción sobre una empresa productora de potasio, propiedad del gobierno francés, por considerar que ese recurso natural no constituía una parte importante para el desarrollo social de ese país. Hannon, John P., ob. cit., pp. 785 y 786.

respecto a sus bienes frente al embargo preventivo y secuestros previos al fallo, así como a la ejecución del propio fallo dictado por un tribunal extranjero.¹³⁶

Los estados gozan de inmunidad de ejecución respecto a sus bienes frente a embargos preventivos y secuestros previos al fallo, así como a la ejecución del propio fallo dictado por un tribunal extranjero. De acuerdo con el principio de *jus cogens*, ningún órgano judicial de un Estado puede obligar a otro Estado, contra su voluntad, a que cumpla un mandamiento judicial o realice un acto determinado, por lo que no puede ser obligado a otorgar ninguno de sus bienes para garantizar el cumplimiento de una obligación.¹³⁷

La LISE establece: "Salvo lo dispuesto por los convenios (tratados) de los que Estados Unidos sea parte, a la fecha de promulgación de esta ley, los bienes localizados en los Estados Unidos que sean propiedad de un Estado extranjero, serán inmunes de arresto, embargo y ejecución, a excepción de lo dispuesto en los artículos 1610 y 1611".¹³⁸

Conforme a la sección 1610 (a) de la LISE, la ejecución de una sentencia o el embargo como medio de ejecución de la misma sobre propiedades de un Estado extranjero procederá:

¹³⁶ García Moreno, "Breves notas sobre un enfoque jurídico del endeudamiento de los países del tercer mundo", ob. cit., pp. 15 y 16.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 16.

¹³⁸ Foreign Sovereign Immunities Act of 1976. Section 1609.

a. Si el Estado extranjero ha renunciado a su inmunidad expresa o tácitamente.

b. Si la propiedad a que se refiere la demanda fue o es utilizada para una actividad comercial.

c. Si la ejecución se refiere a una sentencia para establecer derechos de propiedad adjudicados (o cambiados por una propiedad adjudicada) en violación al derecho internacional.

d. Si la ejecución se refiere a una sentencia para adjudicar derechos en propiedad sobre bienes adquiridos por sucesión o donación o sobre bienes inmuebles situados en los Estados Unidos,

e. Si la sentencia se refiere al resarcimiento de daños y perjuicios causados por el Estado extranjero en el territorio de los Estados Unidos, originados por una posible responsabilidad civil.

Como ya se mencionó el consentimiento de un Estado en someterse a la jurisdicción o no de otro Estado no implica su consentimiento en cuanto a la ejecución, por lo que ésta se deberá expresar de manera clara y explícita, ya sea en un acuerdo, un contrato o un tratado internacional.

Los estados tienen bienes en el exterior que gozan de inmunidad

de ejecución, y en ocasiones la renuncia formulada es de una generalidad tal que parecería comprender incluso las reservas monetarias internacionales, lo cual es inaceptable.¹³⁹

La legislación de los Estados Unidos, entre otras, permite el embargo de valores líquidos depositados en cuenta corriente con el fin de abonarlos al servicio de la deuda de un país moroso. Existe la posibilidad de secuestrar barcos, aeronaves y cargamentos de materias primas pertenecientes o provenientes del país moroso. Sin embargo, dicha hipótesis pocas veces ha sido llevada a la práctica en el ámbito internacional por lo que se duda de su eficacia, ya que dichos cargamentos, aeronaves y barcos no siempre son propiedad oficial sino de particulares, cuyo patrimonio y personalidad son completamente distintos de la entidad estatal deudora.¹⁴⁰

Son muy pocos los países que han sido demandados ante los tribunales ingleses o norteamericanos por su insolvencia para cubrir sus compromisos pecuniarios internacionales. Entre los casos más importantes están el *Libra bank Ltd Vs. Banco Nacional de Costa Rica*, y el *Allied Bank International Vs. Banco de Crédito Agrícola de Cartago*.¹⁴¹ Se trataba de demandas contra bancos estatales costarricenses que

¹³⁹ Vázquez Pando, Fernando Alejandro, "La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales", ob. cit., p. 119.

¹⁴⁰ García Moreno, Víctor Carlos, "Breves notas sobre un enfoque jurídico del endeudamiento de los países del tercer mundo", ob. cit., pp. 25 y 26.

¹⁴¹ En el famoso litigio *The Allied Bank International Vs. Banco de Crédito Agrícola de Cartago*, el Gobierno de Costa Rica promulgó un decreto de control de cambios que impedía el pago de ciertas obligaciones financieras internacionales por parte de sus instituciones de crédito. El Juez de Distrito del Estado de Nueva York, después de

como consecuencia de un decreto de emergencia del gobierno de Costa Rica, estaban impedidos para cumplir sus obligaciones pactadas en moneda extranjera. Las demandas en el foro contractual de Nueva York prosperaron sobre la base del derecho neoyorkino aplicable, rechazándose la excepción de inmunidad y de defensa basada en la actitud soberana del Estado costarricense.¹⁴²

Los activos y reservas que un país deudor pueda tener en los bancos o territorios del país o países acreedores son extremadamente pequeños frente al monto total de sus deudas por lo que se considera que no alcanzarían a cubrir ni siquiera un 10 por ciento. En cambio las inversiones que los países acreedores tienen en las economías de los

declararse competente para conocer de la litis en términos de la LISE, desechó la demanda en virtud de que el decreto de control de cambios del Gobierno de Costa Rica era acorde con "la política y la ley de los Estados Unidos" por lo que la corte reconoció dicho acto gubernamental de acuerdo con la "cortesía internacional" (no en razón de la doctrina del acto de Estado). Sin embargo, la Corte de apelaciones del Segundo Circuito revocó el veredicto emitido por la Corte en primera instancia, con base en la excepción de territorialidad, en la inteligencia de que el aludido acto de Estado (decreto de control de cambios) pretendía tener efectividad extraterritorialmente cuando el lugar de pago de la obligación crediticia era en Nueva York. López-Velarde Estrada, "Incumplimiento a contratos de crédito internacionales por entidades públicas extranjeras causados por la imposición de control de cambios: El caso de México", ob. cit., p.p. 43 y 44. En cambio, en el caso *Braka Vs. Bancamer* y otros similares, se trataba de depósitos denominados en moneda extranjera efectuados en bancos mexicanos, que en virtud de las "Reglas para el Pago de Depósitos Bancarios Denominados en Moneda Extranjera", publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 13 de agosto de 1982, habían sido convertidos en pesos mexicanos, la jurisprudencia norteamericana aplicó la doctrina del *act of State* para reconocer la validez de esta conversión dentro del propio territorio mexicano, sin excluir una eventual responsabilidad del banco deudor por actos anteriores a esta conversión. Samtleben, ob. cit., p.7. Véase Ebenroth, Carsten, "Winning (or losing) by default: The act of state doctrine, Sovereign immunity and comity in international business transactions", The international lawyer, American Bar Association, vol. 19, núm. 1, invierno de 1985.

142 En el caso *Nordic Asia Ltd. Vs. Corporación Venezolana de Fomento*, la actora logró el reembolso del total del crédito garantizado por la demanda, una institución del sector público venezolano, por medio de un embargo preventivo de sus cuentas bancarias en Nueva York. *Ibidem*, p. 4.

países deudores son sustancialmente superiores, por lo que, en caso de una posible represalia, el saldo sería negativo para los países altamente desarrollados. En el caso de *Libra Bank Vs. Banco Nacional de Costa Rica, S.A.*, se decidió por los tribunales norteamericanos, trabar un embargo sobre los activos que Costa Rica tenía en los Bancos de los Estados Unidos, lo cual implicó la recuperación de solamente 2.5 millones de dólares, frente a los 40 millones objeto de la demanda.¹⁴³

La LISE (sección 1611) señala en forma excepcional, algunos tipos de propiedad del Estado extranjero que no se pueden embargar, o sobre los que no se puede ejecutar una sentencia.¹⁴⁴

A. Propiedad de organizaciones internacionales que tengan órdenes de desembolsos de un Estado extranjero.

B. Fondos de cuentas propiedad de bancos centrales.¹⁴⁵

C. Propiedades militares.

143 García Moreno, Víctor Carlos, "Breves notas sobre un enfoque jurídico del endeudamiento de los países del tercer mundo", ob. cit., p. 11.

144 Foreign Sovereign Immunities Act of 1976. Sección 1611.

145 El artículo 24 del Proyecto de Naciones Unidas establece: salvo que los estados interesados hayan convenido expresa y especialmente en otra cosa, no podrán ser objeto de ninguna medida judicial de restricción impuesta por el tribunal de otro Estado, entre otros, los bienes de un banco central que éste posea para los fines de sus operaciones de banco central y no estén destinados a atender determinados pagos, así como los bienes de una autoridad monetaria estatal que ésta posea para fines monetarios no mercantiles y no estén desinados especialmente a la ejecución de sentencias ni al pago de otras deudas....." García Moreno, Víctor Carlos, "Breves notas sobre un enfoque jurídico del endeudamiento de los países del tercer mundo", p. 32.

III. LA TEORÍA DE LA INMUNIDAD SOBERANA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Como hemos visto, en el mundo de los financiamientos internacionales, es común que los estados deudores se sometan, tanto al derecho sustantivo extranjero, como a la competencia de tribunales extranjeros. Cuando un tribunal extranjero emite una sentencia basada en su derecho, y no se puede hacer efectiva dentro de su territorio, se tendrá que recurrir a la cooperación procesal internacional, con el propósito de que a dicha resolución se le otorgue los efectos de res judicata y se proceda a su homologación por parte del juez competente en el país del deudor.

Sin pretender abarcar todo el conjunto de normas sustantivas y procesales del derecho mexicano aplicables a posibles juicios relativos a la deuda pública externa, y a la ejecución de las sentencias extranjeras que en esos casos se emitieran, solamente haremos referencia a las que consideramos de mayor importancia.

El párrafo primero del artículo 4o. del Código Federal de Procedimientos Civiles establece como regla general la posibilidad de

ejercitar una acción en contra del Estado, al que se le dará el mismo trato que a cualquiera de las otras partes involucradas en el procedimiento, con la excepción de que estará exento de pagar las garantías que la ley exija a las partes y que no podrá dictarse mandamiento de ejecución o providencia de embargo en su contra: 146

Artículo 4o. Las instituciones, servicios y dependencias de la administración pública de la Federación y de las entidades federativas tendrán, dentro del procedimiento judicial, en cualquier forma en que intervengan, la misma situación que otra parte cualquiera; pero nunca podrá dictarse, en su contra, mandamiento de ejecución ni providencia de embargo, y estarán exentos de prestar las garantías que este Código exija de las partes.

Las resoluciones dictadas en su contra serán cumplimentadas por las autoridades correspondientes, dentro de los límites de sus atribuciones.

De lo anterior, se desprende que de acuerdo con la legislación mexicana no existe inmunidad de jurisdicción interna del Estado, ya que cualquiera de sus órganos puede ser demandado ante un tribunal por un particular.

Sin embargo, aunque el Estado mexicano no goza de inmunidad de

jurisdicción interna, conforme a dicha disposición, el estado goza de la llamada "inmunidad de ejecución", ya que se prohíbe dictar mandamientos de ejecución y providencias de embargo en contra del Gobierno Federal, sus instituciones, y las entidades federativas. En consecuencia, en el caso de que el Estado mexicano fuera demandado en algún tribunal extranjero (Nueva York o Londres) y como medio de ejecución de la sentencia se dictará orden de embargo en contra de sus bienes, no sería procedente su ejecución, conforme a dicho ordenamiento.

Además de lo anterior, conforme a los artículos 16, 60 y 80 de la Ley General de Bienes Nacionales, tanto los bienes de dominio público, como los de dominio privado de la nación, son inembargables, situación que confirma lo previsto en los artículos 569 y 570 del Código Federal de Procedimientos Civiles: 147

Artículo 16. Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles y no estarán sujetos, mientras no varíe su situación jurídica, a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional. Los particulares y las instituciones públicas sólo podrán adquirir sobre el uso, aprovechamiento y explotación de esos bienes, los derechos regulados en esta ley y en las demás que dicte el Congreso de la Unión...

147 Ley General de Bienes Nacionales, México, Colección Porrúa. También en el Diario Oficial de la Federación del 8 de enero de 1982.

Artículo 60. Los inmuebles de dominio privado de la Federación son inembargables e imprescriptibles.

Artículo 80. Los muebles de dominio privado de la Federación son inembargables.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 569 y 570 del Código Federal de Procedimientos Civiles, las sentencias extranjeras, tendrán eficacia y serán reconocidas y cumplidas en la República Mexicana, mediante la homologación, cuando no sean contrarias al orden público interno o a las leyes mexicanas. En consecuencia, es improcedente el embargo como medio para ejecutar una sentencia dictada por un tribunal extranjero, sobre bienes del Estado mexicano:

Artículo 569. Los efectos que las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y demás resoluciones jurisdiccionales extranjeras tendrán eficacia y serán reconocidos en la República en todo lo que no sea contrario al orden público interno en los términos de este código y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte....

Artículo 570. Las sentencias, resoluciones jurisdiccionales y laudos arbitrales privados de carácter no comercial se cumplirán coactivamente en la República, mediante homologación, en los términos de este código y demás leyes aplicables, salvo lo

dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte. ¹⁴⁸

De las disposiciones legales anteriores se concluye que aún en el caso de que un tribunal extranjero llegara a emitir una sentencia en contra del gobierno mexicano, el problema se presentaría al momento de su ejecución, ya que tendría que ser homologada por un juez nacional, y conforme a las disposiciones anteriores no procede el embargo, en virtud de que el Estado mexicano goza de inmunidad de ejecución.

Además de los argumentos anteriores, que son irrefutables para la improcedencia de ejecución de una sentencia emitida por un tribunal de un país extranjero en contra del Estado mexicano en territorio nacional, algunos juristas consideran que:

la renuncia que suele hacer nuestro gobierno, en los contratos, de su fuero natural a favor del fuero propuesto por los acreedores, se toma como no puesta, toda vez que el gobierno no está autorizado por ninguna ley, ni siquiera por la inconstitucional de 1976, para hacer esta clase de renunciaciones, ya que no existe, ni puede existir, ley alguna que autorice tales renunciaciones.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Los artículos 569 y 570 se reformaron mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 2 de junio de 1993.

¹⁴⁹ Barragán Barragán, José, "Consideraciones sobre el Vicio de Nulidad en las Contrataciones de Endeudamiento del Gobierno Mexicano", ob. cit., pp. 30 y 32.

QUINTA PARTE

MARCO JURÍDICO-ECONÓMICO DE LA RENEGOCIACIÓN DE LA DEUDA PÚBLICA EXTERNA MEXICANA

I. LA RENEGOCIACION DE LA DEUDA EXTERNA DE 1989

Como es bien sabido, en 1982, México se vio ante una fuerte crisis económica debido ¹⁵⁰ tanto a factores externos como internos. Por un lado, la baja en los precios del petróleo en el mercado internacional desde 1981, así como las elevadas tasas de interés de principios de 1980, y, por el otro, la adopción de una política gubernamental de crecimiento económico que permitió alcanzar un crecimiento promedio de 8.2 por ciento de 1978 a 1981, en lugar de un crecimiento menor (6 por ciento) y a más largo plazo, provocando a su vez un creciente proceso inflacionario que, aunado al gran déficit presupuestario del gobierno mexicano y al sobrevaluado tipo de cambio causado por un estancamiento de las exportaciones no petroleras, agravó el problema.¹⁵¹

¹⁵⁰ El endeudamiento externo del sector público había aumentado muy aceleradamente en los últimos años, la deuda externa al 31 de diciembre de 1964 era de 1,809.2 millones de dólares, a finales de 1970 era ya de 3,762.4 millones de dólares, a finales de 1973 sumaron 5,463.7 millones de dólares; para diciembre de 1975 pasó a 14,449 millones de dólares, y a finales de 1976 llegó a 19,600.2 millones de dólares. Para finales de 1977, la deuda externa alcanzó 22,912.1 millones de dólares; en diciembre de 1978 a 26,264.3 millones de dólares, en diciembre de 1981 alcanzaba la suma de 52,906.6 millones de dólares, y en diciembre de 1982, llegaba a 58,874 millones de dólares. El 22 de agosto de ese año México solicitó la prórroga de 90 días que dio inicio a la crisis de la deuda externa. Vázquez Pando Fernando, Alejandro, "La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales", ob. cit., pp. 30 y 31.

¹⁵¹ Cline, William R., International Debt: System Risk and Policy Response,

En agosto de 1982, México sacudió al mundo financiero internacional al anunciar la "suspensión temporal" de su deuda externa de aproximadamente 80 mil md, marcando el comienzo de una "crisis de la deuda" a nivel internacional. Por tal situación, los bancos acreedores se encontraron ante la disyuntiva del litigio o la negociación, como medios para solucionar ese conflicto de intereses. Optando por esta última se llegó a diversos acuerdos con los bancos acreedores, los cuales únicamente dieron un respiro a nuestra deteriorada economía que continuó con grandes problemas de inflación, devaluación, desempleo, baja productividad, déficit presupuestario, balanza de pagos deficitaria, y disminución en el nivel de vida de los mexicanos, como consecuencia, en gran parte, de la enorme transferencia de recursos al exterior por concepto del pago del servicio de la deuda externa.

En realidad, la historia contemporánea ha indicado que el litigio privado internacional no es el más recurrido por la banca privada internacional, cuando uno de sus deudores ha incurrido en una de las causales de incumplimiento que enunciativamente se estipulan en dichos instrumentos jurídicos. La negociación y la mediación han prevalecido como medios más eficaces para que las partes lleguen a una avenencia al respecto...¹⁵²

Washington D.C., Institute for International Economics, 1984, p. 123.

¹⁵² López-Velarde Estrada, Rogelio. "Apuntes acerca de una posible moratoria desde el punto de vista del derecho internacional privado y del derecho positivo estadounidense". El Foro, Órgano de la Barra Mexicana de Abogados, núm. 2, t. III, 1990, p. 85.

Posteriormente, al asumir el poder el presidente Carlos Salinas de Gortari, en 1988, debido al excepcional comportamiento de México como país deudor, ante las medidas implantadas por el Fondo Monetario Internacional (FMI), se pudieron iniciar pláticas con nuestros diversos acreedores, con el propósito de alcanzar una reestructuración de la deuda externa.

El proceso de reestructuración de la deuda externa mexicana con sus diversos acreedores, iniciada en 1988, se dividió en dos etapas: ¹⁵³

I. Con los organismos financieros internacionales (FMI - BIRF) y con el Club de París.

Del acuerdo logrado con el FMI (26 de mayo de 1989) se obtuvo un financiamiento por 4 mil 135 millones de dólares md durante un período de 3 años para eliminar la incertidumbre y reactivar la inversión productiva.¹⁵⁴

¹⁵³ Los datos relativos a las condiciones de la reestructuración de la deuda externa de 1989 se obtuvieron de "La renegociación de la deuda externa de México", El Mercado de Valores, núm. 4, febrero 15 de 1989, p. 4, 5 y 6.

¹⁵⁴ Conforme al artículo 1o. del Convenio Constitutivo del FMI, éste tiene, entre otros objetivos: facilitar la estabilidad de los tipos de cambio y brindar ayuda financiera y técnica a los países miembros para resolver problemas de desequilibrio en su balanza de pagos. Los recursos del FMI se canalizan a sus miembros mediante varios mecanismos: a) *Primer tramo*, consiste en el retiro temporal de las divisas que representa la cuota en oro del país miembro, y se aplica en situaciones de presión sobre su balanza de pagos; b) *Acuerdo de créditos de contingencia (stand by)* que consiste en la compra de divisas al FMI por parte de un país miembro, con su propia moneda, hasta un porcentaje determinado de su cuota, con la condición de volver a comprar esa moneda en plazos de 3 y 5 años, y sólo se otorga a los países miembros con problemas de balanza de pagos considerados como transitorios, previa adopción de la llamada "carta de intención"; c) *Convenio de facilidad ampliada*, mediante el cual el FMI otorga crédito extra en proporción a su cuota (es mayor para países en desarrollo) para apoyar programas de hasta 3 años, previa adopción de la llamada

El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), mejor conocido como Banco Mundial (13 de junio de 1989) concedió recursos para la inversión por 1 mil 960 md durante 1989 y un promedio de 2 mil md en el período 1990-1992, con el propósito de apoyar el cambio estructural y la modernización de los sectores claves de la economía.¹⁵⁵

Con el Club de París (30 de mayo de 1989) se convino reestructurar pagos de principal e intereses por un monto de 2 mil 600 md con vencimiento entre junio de 1989 y mayo de 1992. Asimismo, se acordó que México tendría acceso a por lo menos 2 mil md anuales para el financiamiento de importaciones de los países miembros de dicho organismo.

Por su parte, el Gobierno de Japón (Banco de Importaciones y Exportaciones) extendió un financiamiento por 2 mil 050 md para apoyar el paquete de reducción de deuda con los bancos comerciales.

II. Con la banca comercial internacional.

Después de más de tres meses de negociaciones con el Comité Asesor de Bancos para México (representante de más de 500 bancos

"carta de intención". Green, Rosario, "Los organismos financieros internacionales", UNAM, 1986, pp. 6 y 7.

¹⁵⁵ El BIRF tiene las siguientes funciones principales: otorgamiento de préstamos a países miembros para financiar inversiones productivas y prestación de servicios de asistencia técnica, tanto a los gobiernos y entidades públicas de esos países, como a las empresas privadas con garantía gubernamental. *Ibidem*, pp. 20 y 21.

acreedores), el 23 de julio de 1989 se convino que los bancos acreedores podían escoger entre tres opciones:

1. Intercambiar su deuda por bonos nuevos con una reducción del 35 por ciento en su valor original y un aumento del plazo de amortizaciones de 20 años con 7 de gracia a 30 años con un solo pago al final de ese lapso.

2. Intercambiar su deuda por bonos con el mismo valor nominal de la deuda original, pero con la disminución de una tasa de mercado (fluctúa entre el 9 y 10 por ciento) a una tasa fija de 6.25 por ciento en dólares y un aumento del plazo de amortizaciones de 20 años con 7 de gracia a 30 años con un solo pago al final de ese lapso.

3. Aportar dinero nuevo entre 1989 y 1992 por un monto igual al 25 por ciento del valor nominal de la deuda no comprometida a ninguna de las dos primeras opciones.

Con los recursos proporcionados por el FMI (1 mil 644 md), BM (2 mil 060 md) y Japón (2 mil 050 md) más una aportación directa de México (1 296 md) se reunió una cantidad de 7 mil md para garantizar tanto el pago de principal, como 18 meses de intereses de los nuevos bonos, y con ello aumentar la capacidad crediticia de México.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Una parte de los 7 mil md fueron para adquirir bonos cupón cero del Tesoro de los Estados Unidos y de otros países que constituyen un activo propiedad de México, los cuales generarán intereses que al reinvertirse durante 30 años, alcanzarán el monto necesario para pagar el principal de los nuevos bonos que vencerán en ese plazo. La otra parte de los recursos se utilizaron para la creación de un fondo que es un activo propiedad de México, para garantizar 18 meses del pago de intereses sobre

La deuda elegible¹⁵⁷ ascendió a 48 mil 500 md, la que como resultado de la selección realizada por la banca comercial, se distribuyó de la siguiente manera:

a. Reducción del principal en 41 por ciento (bonos de descuento de 35 por ciento), equivalente a 20 mil md. Lo que se traduce en reducción en el saldo nominal de la deuda de aproximadamente 7 mil md;

b. Disminución en la tasa de interés en el 47 por ciento (bonos a la par). Alrededor de 22 mil 500 md devengarán una tasa fija de 6.25 por ciento, lo que en términos económicos se traduce en una reducción de 7 mil 750 md en el saldo nominal de la deuda; y

c. Como base para la aportación de dinero nuevo el 12 por ciento, equivalente a 6 mil md, lo que implica que México recibirá alrededor de 1 mil 500 md de créditos adicionales entre 1990 y 1992.

En otros términos, como resultado de las negociaciones con los organismos financieros internacionales, Club de París y banca comercial

los nuevos bonos, *Ibidem*, p. 5.

¹⁵⁷ "Deuda elegible" es aquella objeto de una reestructuración. Las reestructuraciones de deuda solo incluyen parte del principal e intereses, o solo intereses o principal, con nuevos financiamientos o sin ellos.

internacional, para marzo de 1990, México redujo el saldo económico neto de la deuda externa total (deuda externa neta total) a 79 mil 889 md, lo que se traduce en una reducción de 20 mil 495 md, en relación al saldo de diciembre de 1988 (100 mil 384 md).¹⁵⁸

Sin embargo, es necesario tomar en consideración que el "saldo económico neto" de la deuda externa total se obtiene de restar al "saldo nominal" de la deuda externa total que fue de 93 mil 599 md en marzo de 1990, la cantidad de 13 mil 711 md, de los cuales 7 mil 750 md equivalen a la disminución de la tasa de interés mencionada, y 5 mil 961 md correspondientes a los créditos de garantías de los nuevos bonos de deuda, por considerar que se tiene una contrapartida igual en activos financieros propiedad del Gobierno de México.

En relación al producto interno bruto (PIB), se calcula que para marzo de 1990 el saldo económico neto de la deuda externa representó el 40 por ciento del PIB. En diciembre de 1987 el 60 por ciento y para fines de 1988 el 57 por ciento.

En 1988, el saldo final de la "deuda pública externa bruta" que considera a todos los pasivos financieros del "sector público" con el exterior, se situó en 81 mil 003.2 md. Para 1990, sumó 77 mil 770.3 md y para el semestre de 1993, alcanzó 78 mil 919.9 md.¹⁵⁹

¹⁵⁸ En 1987, el saldo económico neto de la deuda externa ascendió a 107.407 md, lo que implicó una reducción de 27.581 md.

¹⁵⁹ Salinas de Gortari, Carlos, "Quinto informe de gobierno, 1993", anexo: Deuda bruta del sector público, Presidencia de la República, noviembre de 1994, pp 58 y 312.

Durante el primer semestre de 1993 el saldo de la deuda externa bruta representó el 21.6 por ciento del PIB, que contrasta favorablemente con el 46.8 por ciento de 1988.

Los países deudores han considerado que dentro del proceso de reestructuración de la deuda externa, ésta debe ser refinanciada y considerada como una deuda completamente distinta a la anterior, es decir, se propone una novación de deuda. Sin embargo, en la mayoría de los casos las renegociaciones implican una simple reprogramación consistente en una ampliación o postergación de los periodos de pago, de amortización e intereses, o en la reducción del monto de la misma obligación. Las renegociaciones han estado siempre subordinadas a un plan de estabilización económica sugerido por el FMI que se plasma en las llamadas cartas de intención, y en consecuencia las deudas tradicionalmente consideradas como libres, se convierten en deudas "atadas". Hasta la fecha, México ha firmado cinco cartas de intención frente al FMI, en 1976, 1982, 1985, 1986 y 1989.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Debido a los altos niveles de recursos financieros requeridos por los países deudores, particularmente latinoamericanos, y al hecho de que los organismos financieros internacionales como el FMI y el BIRF poseen recursos insuficientes para satisfacer las demandas de préstamo de dichas naciones, éstas han recurrido a instituciones privadas extranjeras (banca comercial internacional) para la obtención de recursos. Es frecuente que en estas operaciones, el FMI actúe como aval de esos países en desarrollo, o bien como árbitro en los procesos de negociación de créditos, por lo que el FMI fija la política económica que deberán observar los países que quieran negociar sus créditos u obtener nuevos, mediante las llamadas "cartas de intención". Osornio Corres, Francisco Javier, ob. cit., p. 150.

Por su parte, México, considerando la oportunidad y eficacia de los beneficios obtenidos para reactivar su proceso económico, se vio en la necesidad de comprometer parte de las ganancias que obtenga en el futuro, por concepto de la venta de petróleo, al pago de la deuda externa, a partir de 1996.

En 1976, Perú convino una cláusula de contingencia respecto a sus exportaciones. Se comprometió a destinar al pago de su deuda un porcentaje de sus ingresos por concepto de exportaciones, con tal de recibir nuevos créditos. De tal manera que si sus exportaciones aumentan, también se incrementarán los desembolsos destinados al pago de deuda, con lo cual se vinculó comercio exterior con deuda externa.

Conforme a un comunicado de prensa emitido por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el 23 de julio de 1989, en la reestructuración de su deuda externa, México también pactó lo siguiente:

A partir de julio de 1989, y solamente que ocurran y permanezcan aumentos sustanciales en términos reales de los precios y de los ingresos petroleros de México, el país aumentará en forma limitada el rendimiento de los bonos de reducción de deuda y de su servicio. Por otra parte y con el objeto de proteger el programa económico de México, se estableció un mecanismo de contingencia mediante el

cual México recibirá recursos financieros adicionales en el evento de que los precios del petróleo caigan por debajo de un precio mínimo de referencia.¹⁶¹

El compromiso constituye una "Cláusula de contingencia en materia de petróleo", la cual se incluyó en un instrumento diferente al llamado "paquete de reestructuración", mediante el denominado *Oil Revolving Contingency Credit Agreement*, en el cual concretamente se estableció lo siguiente:¹⁶²

1. Si a partir de julio de 1996, el precio del petróleo se sitúa arriba de 14 dólares reales de 1989, siempre y cuando los ingresos totales por exportación de crudo sean superiores en términos reales a los obtenidos en 1989, México aumentaría el rendimiento de los bonos de reducción de deuda y su servicio en un monto que no exceda de 30 % de los ingresos adicionales por la exportación de crudo.
2. Si el precio del petróleo cae por debajo de 10 dólares por barril (a precios de 1989), un grupo de bancos comerciales, el BIRF y el FMI aportarán recursos de alrededor de 800 md.

Con relación a la primera parte, podemos afirmar que la hipótesis

¹⁶¹ "La negociación de la deuda externa de México", Secretaría de Hacienda y Crédito Público, núm. 11, julio de 1989, p. 15.

¹⁶² "La renegociación de la deuda externa de México", El Mercado de Valores, núm 16, agosto 15, 1989, p. 21.

allí planteada se ha presentado anticipadamente, como consecuencia de la "Crisis del Golfo Pérsico", aunque tal medida se aplicará a partir de 1996. Conforme pasa el tiempo, aumentan las posibilidades de que dicha hipótesis se presente y aplique, debido a la creciente escasez de petróleo y a la posibilidad de enfrentamientos militares que hagan subir los precios internacionales de los energéticos. Por lo anterior, podemos afirmar que el acuerdo de contingencia en materia de petróleo, fue consecuencia de una estrategia bien determinada de nuestros acreedores, para asegurar mayores desembolsos para el pago de deuda¹⁶³

Debido a que la tendencia del precio del petróleo es a la alza, es muy probable que después de 1996, los precios se sitúen arriba de 14 dólares reales de 1989, y los ingresos totales sean superiores en términos reales a los obtenidos en 1989.

Por otra parte, es muy remoto que se presente la situación planteada en la segunda parte, por las siguientes razones:

a. El petróleo como recurso natural no renovable es cada día más escaso.

¹⁶³ Es importante señalar que de agosto a noviembre de 1990, México recibió, aproximadamente, 2 mil md. de ingresos extras por venta de petróleo, por lo que si hubiera estado vigente el acuerdo de contingencia de petróleo, probablemente México hubiera tenido que desembolsar hasta 600 md. "Subió el precio del petróleo en los Mercados Internacionales". *La Jornada*, 17 de noviembre de 1990, p. 30.

b. La existencia de países productores de petróleo, organizados mediante grandes corporaciones denominadas cartel que tienen como finalidad fijar cuotas de producción y precios de venta entre sus miembros, para evitar, entre otras cosas, la caída de los precios de algún producto.

Considero que en todo caso una "cláusula de contingencia" no sólo se debería limitar a la exportación de petróleo, sino que debería ser más amplia y abarcar la exportación de otros productos en los que somos altamente competitivos, de tal suerte que si debido a un embargo comercial como el del atún, México recibiera menos divisas, también se pagarían cantidades menores por concepto de deuda.

Algunos países deudores han decidido enfrentar el pago de la deuda externa, destinando al servicio de la misma solamente un porcentaje de los ingresos que obtengan de sus exportaciones (por ejemplo, Perú, un 20 por ciento). Otros países han decidido capitalizar los intereses o realizar pagos en moneda local a través de una cuenta bloqueada. Brasil, por su parte, decidió renegociar su deuda al margen del FMI y aseguran, sus dirigentes, que han obtenido así, mayores beneficios. Incluso, existen países en desarrollo que manejan la posibilidad de una moratoria o el repudio total de su deuda externa.¹⁶⁴

¹⁶⁴ García Moreno, Víctor Carlos, "Breves notas sobre un enfoque jurídico del endeudamiento de los países del tercer mundo", ob. cit., p. 25.

II. EL PLAN DE RESCATE INTERNACIONAL DE 1995

El 20 de diciembre de 1994, la SHCP anunció que pondría a flotar en una banda más amplia el peso mexicano, lo que equivale a una devaluación de 3 mil 350 pesos a 4 mil 500 pesos por un dólar, debida, según fuentes gubernamentales, a un desequilibrio en la balanza de cuenta corriente como consecuencia de una fuerte salida de capitales.

Semanas después, el Banco de México dejó de intervenir en el mercado cambiario, lo que se tradujo en una "flotación del peso" y en consecuencia la libre oferta y la demanda situó el tipo de cambio a 5 mil, 6 mil, y hasta 7 mil pesos por un dólar.

En los últimos días de diciembre de 1994, la SHCP anunció que el gobierno mexicano tenía problemas financieros para cumplir sus obligaciones de deuda interna,¹⁶⁵ concretamente para cubrir vencimientos de los Bonos de la Tesorería de la Federación (Tesobonos)¹⁶⁶ a corto plazo, por el equivalente a 16 mil md, por lo que obtendría

¹⁶⁵ Consideramos que por sus efectos económicos los Tesobonos no deben clasificarse como deuda interna, ya que por ser obligaciones denominadas en moneda extranjera, concretamente en dólares estadounidenses, pagaderas en moneda nacional, en un monto equivalente al tipo de cambio que rija en la fecha de efectuarse el pago (independientemente de que el 80 por ciento de los tenedores no son mexicanos), existe un alto riesgo cambiario que asume el deudor.

¹⁶⁶ Los Tesobonos son títulos de crédito denominados en moneda extranjera, en los cuales se consigna la obligación a cargo del Gobierno Federal de pagar en una fecha determinada, una suma en moneda nacional, equivalente al valor nominal del título en

una línea de crédito por 18 mil md que le permitiría realizar los pagos a que se había obligado, así como para fortalecer la reservas internacionales del país ubicadas en 6 mil 148 md, lo que equivale a una caída del 75 por ciento respecto al nivel acumulado en 1993, como consecuencia de una fuerte salida de capitales en los últimos meses de 1994.

Esa línea de crédito denominada "paquete financiero" se integraría de la siguiente manera: Estados Unidos aportaría 6 mil md correspondientes al Convenio de Apoyo Financiero de América del Norte, más 3 mil 500 md adicionales; Canadá participaría con 1 mil md del Banco de Canadá, más 500 md; El Banco de Pagos Internacionales (BIS),¹⁶⁷ contribuiría con 5 mil md; y el consorcio de la banca comercial internacional, entre los que se encuentra City Bank, con 3 mil md.

Sin embargo, se consideró que de aprobarse esa línea de crédito por 18 mil md, éstos serían insuficientes para hacer frente al problema de la crisis mexicana, y específicamente al vencimiento de tesobonos por 29 mil md durante 1995 (57.8 por ciento vencen en el primer semestre de 1995, y el resto durante los seis meses restantes). Al respecto, fuentes gubernamentales manifestaron que el problema de

dicha moneda extranjera, calculado al tipo de cambio libre. Su forma de colocación es mediante subasta del Banco de México en la que participan principalmente las casas de bolsa y bancos, que los adquieren por cuenta propia y después los venden y compran al público. Los bancos también pueden intervenir por cuenta de terceros. "Instrumentos financieros del mercado de dinero", Nacional Financiera, Subdirección de publicaciones, 1992, p. 17.

¹⁶⁷ Institución integrada por los principales bancos centrales europeos, con sede en Ginebra, Suiza.

México no era de insolvencia o sobre endeudamiento, sino de liquidez, debido que los Tesobonos tienen un plazo de vencimiento muy corto.

Para enfrentar la crisis económica, los sectores obrero, campesino y empresarial, el Gobierno Federal y el Banco de México adoptaron el denominado "Acuerdo de Unidad para superar la emergencia económica", que comprende tres grandes rubros: salarios y precios; finanzas públicas y política monetaria; y eficiencia económica.

En términos generales se acordó lo siguiente: sacrificar márgenes de ganancia del empresario y el obrero continuar con los pactos salariales; incrementar los precios de los productos fundamentales de la canasta básica, siempre que no sea superior al aumento del salario mínimo; limitar el crecimiento del propio crédito del Banco de México; combatir las prácticas desleales y el contrabando; privatizar los ferrocarriles, satélites, aeropuertos y puertos; ¹⁶⁸ propiciar la asistencia tecnológica a las pequeñas y medianas industrias, mediante un Consejo nacional de pequeña y mediana industria; ajustar los ingresos fiscales, a través del incremento a los precios y tarifas de bienes y servicios suministrados por el sector público componentes fundamentales de la canasta básica; y reducir el gasto público para acelerar el ajuste de la cuenta corriente.¹⁶⁹

¹⁶⁸ El gobierno espera captar entre 12 500 md y 14 500 md por concepto del paquete de privatización. "Positiva reacción de inversionistas; México cumplirá, asegura Hacienda", El Financiero, 6 de enero de 1995.

¹⁶⁹ Ver: "Congelan salarios, aumentan precios y endeudan al país" y "El realismo muestra que no somos un país rico: Zedillo", El Financiero, 4 de enero de 1995, p. 24 y 26, respectivamente, y "Acuerdo de Unidad para superar la emergencia económica", El Financiero, 3 de enero de 1995.

Además de la línea de crédito por 18 md, ante el riesgo de que la crisis mexicana adquiriera dimensiones internacionales, el Presidente de los Estados Unidos, William Clinton, presentó al Congreso de ese país para su aprobación un proyecto legislativo titulado "Ley para la estabilización económica mexicana 1995", con el propósito de obtener autorización para otorgar una garantía en favor de México, por la cantidad de hasta 40 mil md.

Al aprobarse dicha garantía por el Congreso norteamericano, el gobierno mexicano podría emitir valores denominados en dólares, garantizados por el Gobierno de los Estados Unidos, y colocarlos en el mercado nacional e internacional, con la certeza de que al vencimiento estos pagos serían cubiertos, ya sea por México, o en caso de incumplimiento de éste, por los Estados Unidos.

En el proyecto se especificó que la garantía estaría disponible por 12 meses, prorrogable por 6 meses más, y permitiría al gobierno emitir deuda a plazos de hasta 10 años. La cuota por este servicio sería del 8 por ciento del total avalado, o sea de 3 mil 200 md.

Por su parte, México se obligaba a presentar informes regulares sobre la ejecución de un plan financiero determinado, y a depositar en una cuenta en custodia de la Reserva Federal de Nueva York, sumas no determinadas de ingresos por concepto de venta de petróleo a clientes fuera de México hasta el año 2005, de manera satisfactoria para asegurar el reembolso de cualquier pago que tuviera que efectuar Estados Unidos para el caso de que México no pagara.

La garantía tenía como objeto crear un ambiente de confianza entre los tenedores de Tesobonos, principalmente, para que a su vencimiento reinvirtieran su capital, el cual sería garantizado por los Estados Unidos (reversión de Tesobonos) y así lograr un refinanciamiento de instrumentos públicos a corto plazo.

Dicha garantía condicionaba al gobierno mexicano a utilizar los ingresos obtenidos por inversión de Tesobonos a la estabilización de los mercados financieros y de divisas, así como al refinanciamiento o amortización de instrumentos públicos a corto plazo.

Sin embargo, en virtud de las dificultades que se presentaron en el Congreso de los Estados Unidos para aprobar la garantía y ante el inminente peligro de que México pudiera declararse en suspensión de pagos, el 31 de enero de 1995, el presidente William Clinton anunció un "Plan de rescate internacional" por 50 mil 759 md, que sustituyó al proyecto de garantía mencionado. Como parte de dicho plan se llegó a los siguientes acuerdos:

1. Acuerdo marco para la estabilización de la economía mexicana;
2. Acuerdo de estabilización de mediano plazo; y
3. Acuerdo para la emisión de garantías de valores.

En términos financieros se negoció un paquete que comprende lo siguiente:

A. Una línea de crédito que Estados Unidos otorgará a México hasta por 20 mil md, el cual no requiere aprobación legislativa. Dicho empréstito estará respaldado con las facturas de las ventas futuras de petróleo mexicano como garantía.

B. El FMI extenderá financiamientos por 17 mil 759 md;

C. El BIS 10 mil md; y

D. La banca comercial internacional aportará financiamientos por 3 mil md.

Entre los principales requisitos para allegarse de recursos se encuentran: cumplimiento del programa económico del Gobierno de México; que los recursos recibidos se canalicen hacia los objetivos propuestos en el plan financiero acordado; asegurar los medios de pago, mediante recursos provenientes de exportaciones petroleras y suministrar información relacionada con los aspectos anteriores.

En relación a la garantía del pago del financiamiento por parte de México, se pactó la utilización de los recursos provenientes de la exportación de petróleo y derivados como fuente potencial de pago a los financiamientos; en consecuencia, "Petróleos Mexicanos instruirá, como hasta ahora, a sus clientes, para que realicen el pago de sus importaciones en cuentas que tiene en un banco comercial - el Swiss bank -, el que a su vez transferirá estos recursos a una cuenta que para tales efectos y, conforme a prácticas habituales de bancos centrales, el

Banco de México maneja en el el Banco de la Reserva Federal de Nueva York...." 170

Entre las principales cláusulas incluidas en el plan de rescate, se encuentran:

a. Cláusula de inclusión de partidas en el presupuesto. En el artículo 4, sección 405, inciso D del Acuerdo de garantías México se compromete a que "durante el tiempo que estén vigentes las garantías, es decir, hasta por diez años, incluirea en su presupuesto federal para cada ejercicio fiscal montos suficientes para pagar el capital, los intereses y cualquier otra cantidad que incida durante dicho año en todos los valores de la deuda y todas las cantidades pagaderas al Departamento del Tesoro bajo el presente Acuerdo"¹⁷¹

b. Cláusula de cargo en cuentas o de compensación automática *Set off*. En caso de que México no cumpla oportunamente sus obligaciones de pago, se hará efectiva la garantía, y, en consecuencia, los recursos depositados en la Reserva Federal se destinarán automáticamente al pago de los financiamientos recibidos".

170 Dictámen sobre el Proyecto de Decreto que autoriza al Ejecutivo Federal a la contratación de créditos o la emisión de valores en el exterior utilizando las garantías a que se refieren los acuerdos suscritos por el gobierno de nuestro país y el gobierno de los Estados Unidos de América", Comisiones Unidas de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y Tercera Sección de Estudios Legislativos, Cámara de Senadores, 7 de marzo de 1995., p. 8.

171 Cámara de Senadores. Sesión pública extraordinaria, 7 de marzo de 1995, 3a., parte, GJ, p. 1.

La información que se ha difundido respecto al "plan de rescate internacional" y, particularmente al acuerdo de garantías es muy general y escasa, por lo que no fue posible realizar un análisis jurídico profundo y detallado, respecto a los términos y condiciones en que México otorgó la garantía mencionada, así como las consecuencias que un compromiso de ese tipo puede ocasionar respecto a deudas (externas) previamente contraídas con otros acreedores, ya que en los *sindicated loan agreements* y en los convenios de reestructuración de deuda externa como el que México negoció con sus acreedores en 1989, se incluyeron cláusulas como la *negative pledge* y la *pari passu* en las que se prevé que en el caso de que México otorgue mejores garantías a posteriores acreedores, éstas se harán extensivas a los contratos existentes.

En resumen, la estrategia de ayuda financiera a México dio un giro de 180 grados, y en lugar de obtener una garantía para crear confianza entre los inversionistas y así lograr la "reversión de Tesobonos" que permitiera hacer frente a un problema de "liquidez", de la noche a la mañana se le otorga al gobierno mexicano un préstamo millonario que más bien parecería que tiene por objeto hacer frente a un problema de "solvencia".

Por otra parte, en el artículo único del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 22 de marzo de 1995 ¹⁷², "se autoriza

¹⁷² Decreto mediante el cual el Congreso de los Estados Unidos de América autoriza al Ejecutivo Federal a la contratación de créditos o emisión de valores en el exterior utilizando las garantías a que se refieren los acuerdos suscritos por el gobierno de nuestro país y el Gobierno de los Estados Unidos de América. Diario Oficial de la

al Ejecutivo Federal para que en los términos del artículo 2 de la Ley de Ingresos de la Federación para 1995, contrate créditos o emita valores en el exterior, haciendo uso de las garantías a que se refieren los Acuerdos y sus anexos, suscritos por el gobierno de nuestro país y el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, el pasado 21 de febrero".

Mediante dicho decreto, el Congreso está haciendo uso de su facultad prevista en la fracción VII del artículo 73 de la Constitución, consistente en "...imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto", y no de su facultad prevista en la fracción VIII de dicho precepto que señala que el Ejecutivo Federal solamente puede celebrar empréstitos, previa autorización del Congreso (ambas cámaras), en la que se determinen montos, plazos, intereses y destino, entre otros aspectos. Además, conforme al texto constitucional, esas deudas estarán garantizadas con el "crédito de la nación". Por lo anterior, resulta inconstitucional garantizar un empréstito con recursos obtenidos de la venta de petróleo, como sucede en el llamado acuerdo de garantías pactado por México.

....en el siglo pasado era frecuente la afectación de derechos o impuestos para el pago de deudas. Actualmente está prohibido que los impuestos y derechos pudieran darse en garantía para el pago de obligaciones a cargo del Estado. 173

Federación del 22 de marzo de 1995.

173 Hamdad Amad, Fauzi, ob. cit., p. 91.

Por otra parte, altos funcionarios han manifestado que el uso de recursos del plan de rescate "no implica mayor endeudamiento, sino una conversión de deuda de corto plazo en deuda de largo plazo a un costo menor". Sin embargo, consideramos que dicho plan sí implica un aumento considerable de la deuda externa, lo que no se puede determinar con precisión es el monto y el tiempo durante el cual se incrementará, ya que el Ejecutivo Federal tiene a su disposición una enorme bolsa de 50 mil 759 md, los cuales se deben emplear "en beneficio de todos los mexicanos", en la forma y tiempos señalados en el contrato de financiamiento respectivo, mismos que se desconocen.

Al respecto, en los primeros días de enero de 1995, diversas estimaciones indicaron que la deuda externa bruta total de México llegará a 146 000 md, cifra que podría superar los 150 000 md. En relación al PIB, se ubicará por encima del 50 por ciento, el nivel más alto registrado desde 1988. En relación a la deuda pública externa bruta total, se elevará de 85 000 md de septiembre de 1984 a un máximo histórico de 91 000 md al cierre de 1994, lo que en relación al PIB significa un aumento del 23.5 por ciento al 30.7 por ciento, el coeficiente más alto desde 1990 que llegó a 31.8 por ciento.¹⁷⁴ El paquete de rescate seguramente incrementará el monto de la deuda externa a 190 mil md, o más, cantidad que contrasta con las estimadas para septiembre de 1994.

¹⁷⁴ "Llegará a 150 mil md la deuda externa de México". El Financiero, 9 de enero de 1995, p. 4.

III. DEUDA EXTERNA Y PETRÓLEO

Es necesario conocer aunque sea de una manera muy general, algunos datos estadísticos que nos den una idea de la importancia política, económica y estratégica del petróleo mexicano a nivel mundial, y particularmente para los Estados Unidos, en una situación de emergencia como la presentada en la llamada Guerra del Golfo Pérsico, en la que el petróleo de México jugó un papel de suma importancia para los norteamericanos.¹⁷⁵

La producción mundial de petróleo (pmp) en 1988, fue de 57.7 millones de barriles diarios mbd. (La Organización de Países Exportadores de Petróleo OPEP participó con aproximadamente 22.8 mbd, o sea, 40 por ciento de la pmp). Para 1990 y 1992 la pmp alcanzó 48.8 mbd y 48.9.

En 1988, Arabia Saudita produjo 4.7 mbd (8 por ciento de la pmp), Irak y Kuwait participaron con 2.7 y 1.2 mbd (4.5 por ciento de la pmp). México con 2.5 mbd (4.1 por ciento pmp) y Estados Unidos con 8.1 mbd (12.4 por ciento de la pmp).

Para 1990, Arabia Saudita produjo 6.3 mbd (13.1 por ciento de la pmp), Irak y Kuwait 2.1 y 1.1 mbd, respectivamente (7.0 por ciento de

¹⁷⁵ La mayor parte de los datos expresados en los tres párrafos siguientes fueron obtenidos del Anuario Estadístico de Pemex 1988 y de "La industria petrolera en México, 1993", Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática.

la pmp), México participó con 2.5 mbd (5.5 por ciento de la pmp), y Estados Unidos con 7.3 mbd (16.1 por ciento de la pmp).

Para 1992, Arabia Saudita produjo 8.2 mbd (17.5 por ciento de la pmp), México 2.6 mbd (5.7 por ciento de la pmp), y Estados Unidos 7.1 mbd (15.1 por ciento de la pmp).¹⁷⁶

En 1988, las reservas probadas de petróleo a nivel mundial ascendieron a 906 mil 345 millones de barriles (mb). Arabia Saudita participó con 169 mil 970 mb, Irak con 100 mil mb, Kuwait con 91 mil 920 mbd, México con 53 mil 012 mb, Estados Unidos con 26 mil 500 mb, y Canadá con 6 mil 786 mb. En otros términos, Arabia Saudita representó el 18 por ciento de las rppm, Irak el 11.1 por ciento, Kuwait el 10.1 por ciento, México el 5.8 por ciento, Estados Unidos el 2.9 por ciento, y Canadá el 0.7 por ciento.¹⁷⁷

Para 1991, las rppm sumaron 924 mil 167 mb (927 mil 265 mb

¹⁷⁶ En el Anuario Estadístico de Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática 1993, no están disponibles (ND) las cifras relativas Irak y Kuwait.

¹⁷⁷ En el Acuerdo de Libre Comercio, celebrado entre Canadá y Estados Unidos (capítulo XIX), se negoció el petróleo en los siguientes términos: ninguna de las partes podrá imponer cargas o impuestos a la exportación a menos que también sean aplicados a los energéticos para su consumo doméstico (artículo 903), y tampoco podrá reducir el abastecimiento de sus recursos no renovables a la otra parte en una cantidad inferior al promedio resultante de los 36 meses anteriores (artículo 904). En el último supuesto no se puede argumentar "emergencia o escasez interna". An Act to Implement the Free Trade Agreement between Canada and The United States of America, vol. 2, 1989, p. 97. Es importante señalar que dichas disposiciones se aplican por igual a los dos países; sin embargo, en la práctica afectan más a Canadá, ya que Estados Unidos es comprador de casi la totalidad de las importaciones energéticas canadienses.

para 1992). Arabia Saudita participó con 257 mil 842 mb, Irak con 100 mil mb, Kuwait con 94 mil mb, México con 50 mil 925 mb, Estados Unidos con 26 mil 250 mb. En otros términos, Arabia Saudita represento el 27.8 por ciento de las rppm, Irak el 10.82 por ciento, Kuwait el 10.17 por ciento, México el 5.51 por ciento, y Estados Unidos el 2.81 por ciento.

La relación reservas, producción consumo nos muestra que en 1988 Estados Unidos tenía petróleo para 9 años, Canadá para 12, México para 56, Arabia Saudita para 99, Kuwait para 102 e Irak para 115.

Para 1992, las reservas, producción - consumo para Estados Unidos fue de 9 años, para México de 52 años y para Arabia Saudita de 86 años.

IV. CONVERSIÓN DE DEUDA PRIVADA EXTERNA A DEUDA PÚBLICA EXTERNA

Aunque el tema de estudio es la deuda externa a cargo del sector público, consideramos que resulta indispensable analizar de manera general los principales aspectos de la deuda externa del sector privado, sólo en aquellos puntos relacionados con la deuda pública; específicamente en lo relativo a lo que podríamos denominar "sustitución de deuda privada externa por deuda pública externa".

Desde mediados de los años setenta se dio una internacionalización del sistema bancario que permitió al sector privado tener acceso a financiamientos en moneda extranjera a través de la intermediación de oficinas de bancos mexicanos en el extranjero. En el periodo de 1970 a 1977, cerca del 70 por ciento de la deuda del sector privado correspondía a empresas extranjeras. Sin embargo, de 1978 a 1981, las compañías privadas mexicanas experimentaron un corto intervalo de credibilidad financiera internacional, absorbiendo el 67 por ciento del financiamiento en dólares otorgado por la banca privada nacional. La banca privada internacional era acreedora del 86 por ciento de la deuda externa del sector privado.¹⁷⁸

La crisis económica de 1982 provocó devaluación, reducción de precios de productos de exportación, descenso de la demanda de bienes a nivel mundial, así como el cierre de un número importante de empresas privadas y la cancelación de proyectos de inversión de muchas otras.

Por lo anterior, analizaremos el "Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cambiarios", conocido como Ficorca, el cual es un mecanismo financiero implementado por el gobierno federal para auxiliar a los deudores privados mexicanos, en el cumplimiento de sus deudas con acreedores extranjeros. Mediante dicho mecanismo se convirtió deuda privada externa, a deuda pública externa, y aunque actualmente ya no

¹⁷⁸ Gutiérrez R., Roberto. "El endeudamiento externo del sector privado de México", Comercio Exterior, México, vol. 42, núm. 9, septiembre de 1992, p. 854.

está operando Ficorca, no por ello deja de tener una gran importancia como un instrumento novedoso que implementó el gobierno federal a principios de los años ochenta, para apoyar a los particulares en tiempos de crisis económica.

En las reestructuraciones de deuda externa, pública y privada, es común que la banca comercial acreedora solicite que el gobierno o el banco central de ese país actúe como principal obligado, sustituyéndose la deuda privada por deuda pública, lo que tiene un efecto centralizador de la deuda en cuestión, y trae como consecuencia la adopción de cláusulas de incumplimiento cruzado.

Como lo hemos mencionado, a partir de la crisis económica de 1982, se incrementó nuestra dependencia de recursos crediticios provenientes del exterior, por lo que una de las principales preocupaciones del gobierno mexicano fue el establecimiento de programas tanto del sector público como privado, para pago de deuda externa.

Para tal efecto, el gobierno federal implementó diversos planes para ayudar al sector privado en el pago de sus deudas denominadas en moneda extranjera para ser cumplidas fuera de la República Mexicana; de igual manera realizó esfuerzos para contar con la participación, tanto de deudores como de acreedores.

Los planes de referencia se pueden dividir en dos grandes grupos:

A. Deuda a favor de proveedores extranjeros**B. Deuda a favor de bancos extranjeros**

El más importante de los planes creados por el gobierno federal es el Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cambiarios (Ficorca), que tuvo como finalidad liberar del riesgo cambiario a las empresas establecidas en México, respecto de adeudos en moneda extranjera a su cargo, y cuyo cumplimiento debía efectuarse en el extranjero, a través de programas que trataban de evitar el otorgamiento de subsidios, incluyendo deudas a favor, tanto de bancos como de proveedores extranjeros, pagaderas en el extranjero. Asimismo, el Ficorca podía incluir el pago, tanto del principal como de los intereses, motivo por el cual, aunque fue el más complicado de los mecanismos, también fue el más utilizado.

En su primera etapa, Ficorca propició la reestructuración de los adeudos contraídos antes del 20 de diciembre de 1982, o con posterioridad, siempre y cuando en este último caso los recursos se destinaran a pagar adeudos anteriores a la fecha indicada, previa autorización del Banco de México. Tal etapa concluyó el 25 de octubre de 1983, y durante ella se celebraron operaciones por un monto total de 11 mil 600 millones de dólares, en otras palabras, se reestructuraron adeudos de empresas con el exterior por tal monto.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Vázquez Pando, Fernando, Alejandro, La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales, ob. cit., p. 69.

El Ficorca incluyó varios programas de cobertura de riesgos cambiarios, los cuales no es posible explicar en el presente estudio, por lo que nos limitaremos al análisis del "Programa para la Cobertura de Riesgos Cambiarios Derivados de Endeudamientos Externos".

En este programa se incluyeron los adeudos en moneda extranjera para ser cumplidos fuera de la República Mexicana, a cargo de empresas establecidas en el país a favor de entidades financieras del exterior, instituciones de crédito mexicanas o proveedores extranjeros. En el presente estudio sólo analizaremos los aspectos más relevantes de la deuda a favor de "entidades financieras del exterior", toda vez que fueron pocos los proveedores extranjeros que consintieron en que se les pagara mediante Ficorca, ya que para participar en el mismo, era requisito indispensable que la deuda fuera a largo plazo o que se reestructurara a largo plazo.

1. EL FIDEICOMISO PARA LA COBERTURA DE RIESGOS CAMBIARIOS (FICORCA)

En el artículo 4o. transitorio del Decreto de control de cambios 180 se previó el establecimiento, por parte del Banco de México, de un programa de riesgos cambiarios para empresas que tuvieran a su cargo

adeudos en moneda extranjera pagaderos fuera de la República Mexicana, contraídos con anterioridad al 20 de diciembre de 1982, en el que sólo podían participar créditos cuyo vencimiento o reestructuración fuera a largo plazo.

Posteriormente, se estableció que dicho programa se manejaría y administraría mediante la figura jurídica del fideicomiso, por lo que en marzo de 1983, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el "Acuerdo por el cual se autoriza la constitución del fideicomiso para la cobertura de riesgos cambiarios".¹⁸¹

El 14 de marzo de 1983, la entonces Secretaría de Programación y Presupuesto (SPP), en su carácter de representante de la administración pública centralizada, celebró con el Banco de México el contrato constitutivo del Ficorca, quedando SPP como fideicomitente, y el Banco de México como fiduciario.

El Banco de México emitió las "Reglas de operación del Ficorca",¹⁸² mismas que a continuación analizaremos, sólo en lo relativo a la deuda a favor de "Entidades financieras del exterior".

¹⁸¹ Diario Oficial de la Federación del 11 de marzo de 1983.

¹⁸² Circular núm. 1987/83, Banco de México, 25 de abril de 1983.

**A. PROGRAMA PARA LA COBERTURA DE RIESGOS
CAMBIARIOS DERIVADOS DE ENDEUDAMIENTOS EXTERNOS**

Sólo se permitió participar en este programa a las empresas establecidas en el país que tuvieran adeudos con las siguientes características:

a. En moneda extranjera contraídos antes del 20 de diciembre de 1982, pagaderos en el extranjero.¹⁸³.

b. En favor de entidades financieras del exterior .

c. Estuvieran Inscritos en el "Registro de créditos en divisas a cargo de empresas privadas establecidas en el país y en favor de entidades financieras del exterior", a cargo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP).

d. También podían participar en el programa las empresas

183 Para participar en Ficorca, era requisito indispensable que las deudas contraídas en moneda extranjera tuvieran que ser cumplidas en el extranjero, ya que, de no ser así, se aplicaría el artículo 8 de la Ley Monetaria, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 27 de julio de 1931, que en su primer párrafo establece: "... Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago." En efecto, conforme a nuestra legislación es irrelevante el lugar de la celebración, ya que la ley aplicable será la *lex loci executionis*, la ley del lugar del pago.

señaladas que tuvieran adeudos contraídos con posterioridad al 20 de diciembre de 1982, siempre y cuando el importe de los mismos se hubiera destinado a pagar el principal e intereses vencidos, correspondientes a adeudos contraídos antes de la fecha mencionada.

El programa incluyó los siguientes "cuatro" sistemas de cobertura de riesgos cambiarios:

SISTEMA I. Consistió en la cobertura del principal de los adeudos, mediante pago al contado. La operación comprendida en este sistema se documentó en un contrato de compraventa de dólares a futuro, con el pago del precio al contado.

Mediante este sistema los "deudores" adquirieron de Ficorca a un precio preestablecido en moneda nacional y al contado, la cantidad de dólares equivalente al principal de los adeudos a su cargo.

Conforme a lo anterior, el comprador ¹⁸⁴ tenía que pagar al banco el precio de la operación a más tardar el día hábil bancario inmediato

184 Sólo para los efectos de esta parte "Cambio de Deuda Privada Externa a Deuda Pública Externa" se entenderá por:

1. Acreedor (es). Entidades Financieras del Exterior acreedoras de empresas mexicanas.
2. Banco (s). Institución (es) de Crédito del país, que actúan por cuenta y orden del Banco de México como fiduciario del Ficorca.
3. Deuda (s) - Adeudo (s). Financiamientos denominados en moneda extranjera pagaderos fuera de la República Mexicana a cargo de los compradores.
4. Deudor (es) - Comprador (es). Empresas establecidas en el país que adquieran dólares de los bancos.
5. Dólares. Moneda de curso legal de los Estados Unidos de Norteamérica.
6. Fecha Valor. El día 5 calendario del mes inmediato siguiente a la fecha de firma de los contratos celebrados entre el banco y el comprador.

anterior a la fecha valor del contrato, de lo contrario la compra venta de dólares no surtiría efectos.

Por su parte, el banco se obligaba a entregar en el extranjero los dólares objeto del contrato de compraventa, una vez que hubiera transcurrido el plazo de gracia para el pago del principal del adeudo, mediante entregas trimestrales, iguales y sucesivas, a través de situaciones de dólares disponibles en Nueva York, NY, EUA.

En los sistemas uno y dos el período mínimo para el pago era de seis años, con tres años de período de gracia.

SISTEMA II. Cobertura del principal de los adeudos, proporcionando a los compradores créditos en moneda nacional. Las operaciones efectuadas bajo el amparo de este sistema tenían las mismas características que las del sistema I, con la diferencia de que en el contrato de compraventa al contado, se incluían las cláusulas relativas a la apertura de crédito en moneda nacional que el banco abría a favor del comprador, por una cantidad equivalente al precio de los dólares adeudados, para así facilitar el acceso al programa. Las características principales del crédito eran:

a. En la fecha valor, el comprador recibía una cantidad igual al importe del precio de los dólares que adquiría de Ficorca.

b. La tasa de interés aplicable al saldo insoluto del crédito era la tasa promedio de interés, o sea, el promedio aritmético de las

tasas máximas de interés que las instituciones de crédito del país estaban autorizadas a pagar por depósitos en moneda nacional a tres y seis meses, a favor de personas morales.

c. El comprador se obligaba a liquidar el crédito mediante pagos mensuales, por concepto del principal e intereses, dentro de un plazo igual al del adeudo reestructurado a su cargo.

d. El comprador tenía el derecho de ejercer crédito adicional con cargo a la apertura de crédito, para cubrir parte de los intereses que tenía que pagar a Ficorca.

A este sistema de cobertura correspondía un sólo modelo de contrato.

SISTEMA III. Cobertura del principal de los adeudos e intereses por vencer. Las operaciones correspondientes a este sistema se documentaban mediante contratos de compraventa al contado y préstamo que el comprador hacía al banco.

Mediante este sistema el comprador podía adquirir del banco al tipo controlado de venta en la fecha valor de la operación, la cantidad de dólares necesaria para cubrir el principal del adeudo a su cargo.

El comprador tenía que pagar al contado al banco el precio de la operación en pesos mexicanos, a más tardar el día hábil bancario

inmediato anterior a la fecha valor del contrato, de lo contrario la compraventa de dólares no surtía efectos.

En ese mismo acto de compraventa, el comprador otorgaba al banco un préstamo en dólares por la cantidad equivalente al monto de las divisas objeto de la venta, quien se obligaba a pagarlos en un plazo de ocho años, con un periodo de gracia de cuatro años para el pago del principal, mediante amortizaciones trimestrales vencidas, iguales y sucesivas, a través de situaciones de fondos de disposición inmediata sobre Nueva York.

Dicho préstamo devengaba intereses sobre saldos insolutos a cargo del banco, pagaderos en el extranjero por trimestres vencidos a la tasa Libor para disposiciones a tres meses.¹⁸⁵

Conforme a este sistema el comprador instruía en forma irrevocable al banco para que entregara al acreedor, a través de situaciones de dólares inmediatamente disponibles sobre Nueva York, N.Y., EUA, el importe de las amortizaciones trimestrales en un plazo de ocho años, con un periodo de gracia de cuatro años, así como el monto de los intereses ordinarios y moratorios, y en su caso, por intereses vencidos.

¹⁸⁵ El Ficorca podía obligar a pagar una tasa superior a la Libor por concepto del pago de intereses del préstamo que el comprador le extendía. Sin embargo, en este caso, el precio que el comprador debía pagar por los dólares que el Ficorca le vendía era superior al tipo de cambio controlado.

Este programa incluyó el pago de intereses al acreedor, pero sólo por el monto correspondiente a los intereses que el propio banco tenía que pagar al comprador por el préstamo que éste le había realizado.

Para documentar las operaciones efectuadas al amparo de los sistemas tres y cuatro, se utilizaron dos modelos de contrato para cada uno de ellos. ¹⁸⁶

SISTEMA IV. Cobertura del principal de los adeudos e intereses por vencer, proporcionando a los compradores crédito en moneda nacional. Las características de este sistema eran similares a las del sistema tres, con la diferencia de que se otorgaba un crédito en moneda nacional a favor del comprador para facilitar su acceso al programa. Ese crédito tenía las mismas características que el incluido dentro del sistema dos.

a. INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR

Es necesario precisar que Ficorca no asumía el riesgo comercial, por lo que conforme a los sistemas dos y cuatro que funcionaban con un crédito, si el comprador no cumplía con el pago del mismo, el Ficorca no pagaba los dólares al acreedor, ya que sólo asumía el riesgo cambiario.

En los sistemas uno y tres el comprador se obligaba a pagar al

¹⁸⁶ Los dos modelos de contrato adicionales corresponden a los sistemas tres y cuatro, y sirven para documentar aquellas operaciones en las que el comprador desea que se le pague un interés superior al de la tasa Libor.

contado el precio, en pesos mexicanos, de la compraventa de dólares, a más tardar el día hábil bancario inmediato anterior a la fecha valor del contrato, de lo contrario la compraventa en dólares no surtía sus efectos.

En los sistemas dos y cuatro el incumplimiento por parte del comprador se presentaba de diferente manera, ya que como anteriormente lo mencionamos, además de la operación de compraventa de dólares, el banco abría al comprador un crédito en moneda nacional hasta por la cantidad necesaria para comprar, al mismo banco, los dólares adeudados con el objeto de que el comprador estuviera en posibilidad de participar en el programa. Por su parte el comprador se obligaba a liquidar el crédito mediante pagos mensuales a partir de la fecha valor, el día 1 calendario de cada mes siguiente al mes que se causaran, abarcando el principal e intereses, dentro de un plazo igual al del adeudo reestructurado a su cargo. Sin embargo, si el comprador dejaba de cubrir los pagos correspondientes a tres mensualidades sucesivas del crédito en moneda nacional a su cargo (amortización del principal e intereses) el banco ya no recibía pago alguno, y mediante carta certificada o telex contraseñado daba aviso al acreedor para que dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha de recepción del aviso, eligiera entre una de las siguientes opciones:

a. Que el mismo acreedor realizara los pagos pendientes y sucesivos, con el objeto de que el contrato alcanzara su plenitud. En

este caso el acreedor tenía derecho de repetir contra el comprador los pagos realizados al banco.

b. Que los pagos del crédito se realizaran por un tercero que señalara el acreedor, en cuyo caso el contrato alcanzaba su valor total, y por lo tanto, el banco tenía que entregar al acreedor los dólares objeto de la operación, conforme a lo previsto en el contrato.

c. Que el acreedor aceptara que el banco le pagara el valor de rescate en dólares en los términos del contrato original, o sea, mediante pagos trimestrales iguales y sucesivos en la fecha originalmente pactada, en cuyo caso, las obligaciones a cargo del comprador, disminuían conforme el acreedor recibía los dólares.

d. Que el banco entregara al comprador el valor de rescate en pesos, previa autorización por escrito de Ficorca, en cuyo caso se extinguían las obligaciones pendientes a cargo, tanto del banco como del comprador.

Si transcurrido un plazo de 30 días hábiles para que el acreedor eligiera alguna de las opciones mencionadas, no lo había hecho, se entendería que había seleccionado la opción C.

En el caso de la opción C el banco tenía la obligación de pagar intereses al acreedor, sobre el saldo insoluto del valor de rescate en dólares, a partir de la fecha de notificación formal por parte del acreedor,

o en su caso, a partir de la fecha en que hubiera vencido el plazo de 30 días para la notificación.

b. INCUMPLIMIENTO DEL BANCO

Tratándose de los sistemas uno y tres, en los que el comprador pagaba al contado los dólares, cuando por causas imputables al banco, éste no entregara al acreedor los dólares que en virtud de la estipulación a su favor tenía derecho a recibir dentro de los cinco días hábiles bancarios en el lugar de pago, contados a partir de la fecha en que debía realizarse dicha entrega, el acreedor tenía derecho a dar por vencido anticipadamente el contrato desde ese momento, y a exigir al banco el pago del saldo ínsoluto a su favor, en un plazo de 30 días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud del acreedor y, en su caso, los accesorios vencidos y no pagados, mediante situaciones en dólares, inmediatamente disponibles sobre Nueva York, NY, EUA.

En el caso de los sistemas dos y cuatro, cuando el banco por causas imputables a él, no entregaba al acreedor los dólares a que tenía derecho, dentro de los cinco días hábiles bancarios, en el lugar de pago, contados a partir de la fecha en que debía realizar dicha entrega, el acreedor podía dar por vencido anticipadamente el plazo para cubrir dichas obligaciones, y tenía las siguientes opciones para seleccionar una, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha en que el banco conociera la elección del acreedor:

a. Recibir del banco el valor de rescate en pesos.

b. Recibir del banco, mediante situaciones de dólares inmediatamente disponibles sobre Nueva York, NY, EUA, el valor de rescate en dólares.

C. ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

Como ya lo mencionamos, en cualquiera de los cuatro sistemas del programa, el contrato respectivo contenía una estipulación en favor del acreedor, mediante la cual el comprador (estipulante) instruía al banco (promitente) para que entregara al acreedor (tercero), en los términos y condiciones estipulados en el contrato, los dólares que el comprador había adquirido del banco y, en el caso de los sistemas tres y cuatro, los intereses.

La estipulación a favor de tercero daba derecho al acreedor de exigir al banco los dólares objeto del contrato celebrado entre éste y el comprador.¹⁸⁷

La estipulación hecha a favor del acreedor tenía el carácter de irrevocable, a partir del momento en que éste manifestaba su voluntad de aceptar la estipulación que a su favor se había hecho.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Artículo 1869, Código Civil para el Distrito Federal, México, Porrúa, 1992.

¹⁸⁸ Artículos 1870 y 1871, Código Civil para el Distrito Federal.

En los sistemas uno y tres, las obligaciones a cargo de Ficorca eran absolutas, ya que la estipulación hecha a favor de tercero no contenía ninguna modalidad, toda vez que el estipulante había cumplido con sus obligaciones frente a Ficorca, al haber efectuado el pago de la compra de dólares al contado, por lo que el banco promitente debía pagar los dólares al acreedor en los términos y condiciones pactadas en el contrato. Sin embargo, en los sistemas tres y cuatro la situación era diferente, ya que existía un crédito por parte del banco a favor del comprador (estipulante), por lo que se interpreta que se trataba de una estipulación a favor de tercero con modalidad, consistente en que el comprador cumpliera su obligación de pagar el crédito que el banco había abierto a su favor, de lo contrario el banco podía dar por terminadas sus obligaciones.¹⁸⁹

En el caso de los sistemas uno y tres, aunque el comprador pagaba los dólares por adelantado y al contado a Ficorca, el acreedor no aceptaba liberar de su deuda al comprador, manteniendo así, dos vías para el caso de que Ficorca no le cumpliera con la obligación de pago de los dólares respectivos, en los términos y condiciones señalados en el contrato.

En virtud de la estipulación a favor de tercero nacía el derecho del acreedor para exigir al banco el pago de los dólares objeto de la compraventa al contado, celebrada entre éste y la empresa mexicana.

¹⁸⁹ Artículo 1870, Código Civil para el Distrito Federal.

Sin embargo, ante la negativa de los acreedores para liberar dichas deudas, las empresas mexicanas continuaban siendo deudoras a pesar de haber adquirido y pagado por adelantado a Ficorca los dólares adeudados, siguiendo así ligadas al acreedor, ya que conforme al contrato original el deudor no se liberaba.

B. PROGRAMA DE REFINANCIAMIENTO DE FICORCA

Como se mencionó, el plazo mínimo de gracia en la reestructuración de la deuda aficorcada, fue de tres años; al pasar el tiempo y terminar el plazo de gracia, en marzo de 1987, la SHCP y el Banco de México anunciaron que se había negociado con el comité asesor de la banca acreedora, los principios de un programa en virtud del cual se prestaría auxilio a las empresas privadas mexicanas con deuda aficorcada,¹⁹⁰ o sea, se les oxigenaría con un reficorcamiento que consistió en que al ocurrir el vencimiento del principal de Ficorca, se pagaría en la fecha originalmente pactada, pero al mismo tiempo el acreedor extendería un financiamiento al propio Ficorca por un monto igual al de dicho vencimiento, con un plazo y costo iguales a los establecidos en la reestructuración de la deuda pública externa, o sea, 20 años con 20 de gracia, y a una tasa de interés igual a la Libor más 13 dieciseisavos de punto porcentual. El precio del crédito fue superior al pagado a esa fecha, pero a cambio del diferencial de interés, se

¹⁹⁰ "Programa de Deuda a Cargo del Ficorca", El Financiero, 30 de marzo de 1987, p. 16.

obtuvieron mayores plazos y se aseguró la permanencia de las fuentes financieras extranjeras para empresas nacionales. Mediante ese mecanismo de préstamo se negociaron 9 mil millones de dólares, aproximadamente.¹⁹¹

Finalmente, considerando que Ficorca había cumplido con el fin para el que fue creado, mediante convenio de fecha 29 de mayo de 1992, la SHCP, en su carácter de fideicomitente único del gobierno federal, y el Banco de México, en su calidad de fiduciario de Ficorca, y el Fideicomiso para la Administración de Financiamientos Externos (Fafext), acordó que, con excepción del remanente de operación, se cedieran los derechos y obligaciones del Ficorca al Fafext, con el fin de que el primero no tuviera obligaciones pendientes de cumplir y por lo tanto pudiera ser extinguido.

El 24 de agosto de 1992, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el acuerdo por el que la SHCP, en su carácter de fideicomitente único de la administración pública centralizada, procedería a realizar los actos conducentes a la extinción del fideicomiso para la cobertura de riesgos cambiarios.

¹⁹¹ "Mayor Apalancamiento de Ficorca Vía Renegociación de la D.E. Privada", El Financiero, 2 de marzo de 1987, pp. 1 y 11. "Reestructuró Ficorca 9300 mdd de Empresas Privadas en Dificultad con su D.E.", El Financiero, 30 de marzo de 1987, p. 16.

CONCLUSIONES

1. La problemática jurídica de la deuda pública externa ha sido muy poco analizada por los juristas de los países deudores, probablemente, por considerar que se trata de un asunto de carácter económico y por la escasez de información confiable, tanto de los términos y condiciones de contratación, como de los montos y destino de los recursos, debido en gran parte a que los gobiernos deudores no permiten su divulgación. Esa situación ha provocado un gran desconocimiento jurídico de una materia tan importante para países como México. A manera de ejemplo, en los países acreedores como Estados Unidos, se llega a tal grado de especialización que existen abogados dedicados sólo a la cláusula de jurisdicción de un *Syndicated loan agreement* de 300 o 400 páginas. Por lo anterior, considero indispensable incluir la materia de Teoría de Crédito Público, no sólo en el programa de estudios de posgrado sino también a nivel licenciatura, por ser la deuda externa un problema de fundamental

importancia para la economía mexicana; desde el punto de vista jurídico es un tema muy amplio y complejo, ya que además de abarcar diversas ramas de la ciencia jurídica como el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho financiero, el derecho fiscal y el derecho internacional público y privado, entre otras, los terminos y condiciones de contratación son muy diferentes a los tradicionales, aplicables en otro tipo de contratos.

2. El artículo 73, fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la norma fundamental que regula de manera directa lo relativo a la contratación de deuda pública, tanto interna como externa. Este precepto de carácter fundamental otorga al Congreso de la Unión las siguientes facultades exclusivas e indelegables, que sino las ejerce directamente (el propio Congreso) nadie más puede hacer uso de ellas:

i. Facultad de emitir la ley de bases o reglamentaria, la cual debe contener los términos y condiciones (intereses, plazos, montos, destino, comisiones, ley aplicable, tribunal competente) sobre las cuales el Ejecutivo podrá "negociar" la contratación de deuda pública externa.

ii. Facultad de aprobar y autorizar al Ejecutivo a contratar empréstitos de acuerdo a los lineamientos establecidos en la ley de bases. El Congreso debe hacer uso de esa facultad a través de una ley o decreto emitido por el propio Congreso siguiendo el procedimiento formal de creación de leyes, o sea, con la aprobación de ambas cámaras, ya

sea para un solo empréstito en particular o para una serie de ellos. Esa facultad se traduce en un mecanismo de control de deuda que tiene dicho órgano legislativo, a través del cual se deberá asegurar del destino, monto, plazos, y demás particularidades de la contratación, ya que sólo después de ello, podrá autorizar al Ejecutivo la firma del contrato respectivo.

iii. Facultad de constatar que los empréstitos que se realicen se destinen para obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, con las excepciones señaladas en la propia Constitución.

iv. Facultad de reconocer y mandar pagar la deuda nacional. El Congreso debe hacer uso de esta facultad a través de una ley o decreto emitido por el propio Congreso siguiendo el procedimiento formal de creación de leyes, o sea, con la aprobación de ambas cámaras, ya sea para reconocer y, en su caso, mandar pagar un solo empréstito en particular o una serie de empréstitos. Esta facultad constituye un mecanismo de control de deuda que tiene el Congreso, ya que éste, para emitir un reconocimiento y mandato de pago de deuda al Ejecutivo, deberá, previamente haber constatado, entre otros aspectos, que el Ejecutivo contrató dicho empréstito, con su previa autorización. Además, deberá cerciorarse que el acreedor cumplió con la obligación de entrega de las cantidades pactadas en los términos y condiciones convenidas y, de manera indirecta, verificará el destino que se dio a los recursos.

3. La contratación de deuda externa es inconstitucional en los términos previstos en la Ley General de Deuda Pública, ya que dicha ley pretende facultar al Ejecutivo para contratarla y, en su caso, reconocerla y pagarla, sin la previa autorización del Congreso, conforme a lo previsto en la propia Constitución. Además, mediante la Ley de Ingresos de la Federación y el Presupuesto de Egresos de la Federación, el Congreso no cumple con el mandato constitucional consagrado en la fracción VIII del artículo 73 de la Constitución.

4. Reconocemos la oposición existente para interpretar y cumplir correctamente el mandato contenido en el artículo 73, fracción VIII de la Constitución, debido a que es una disposición caduca, poco ágil e impropia para la dinámica del mundo financiero internacional. Sólo imaginemos el tiempo que tardaría el Congreso en discutir, y en su caso aprobar cada uno de los empréstitos que debe realizar el Ejecutivo, tomando en cuenta los factores de tipo político, económico y social que ello implica. Sin embargo, desde ningún punto de vista se puede justificar el incumplimiento del mandato Constitucional.

5. El problema de aprobación de los empréstitos es común en los sistemas jurídicos de los países deudores, principalmente latinoamericanos. En busca de una solución, algunas naciones han reformado su marco constitucional y legal para permitir al Ejecutivo la celebración de empréstitos hasta determinado monto, sin la aprobación del Congreso. Sin embargo, la práctica ha demostrado que esas medidas

implican una pérdida de control de la deuda por parte del Congreso, ya que el Ejecutivo para evitar la aprobación por parte de ese órgano, ha optado por celebrar mayor número de empréstitos, de montos inferiores al límite previsto.

Ante esa realidad innegable, es necesario implementar a nivel constitucional un mecanismo de contratación de deuda externa que además de ser ágil y rápido, permita al Congreso llevar un control real de la misma. En ese orden de ideas, proponemos que se reforme la fracción VIII del artículo 73 de la Constitución, en el sentido de permitir al Ejecutivo la celebración de empréstitos sin la previa aprobación del Congreso, hasta por los montos que ese órgano legislativo haya aprobado en la Ley de Ingresos de la Federación, observando los términos y condiciones de contratación relativos a destino, tasas de interés, ley aplicable, tribunal competente, etcétera, que el Congreso señale en una ley reglamentaria. Igualmente, se debe prever que en un término de 15 o 20 días contados a partir de la fecha de celebración de cada uno de los empréstitos, el Ejecutivo deba informar al Congreso sobre los términos y condiciones de la contratación, conforme a lo previsto, tanto en la Constitución como en la ley reglamentaria.

En dicha reforma constitucional se debe imponer al Ejecutivo y al Congreso la obligación de informar a la opinión pública el estado que guarda la deuda externa, en cuanto a montos, condiciones de contratación y demás particularidades.

6. Como consecuencia de la reforma constitucional señalada, se tendría que abrogar la actual Ley General de Deuda Pública, y emitir una nueva ley reglamentaria del artículo 73, fracción VIII, de acuerdo al texto constitucional, en la que se especifiquen cuestiones relativas a garantías, plazos, montos, ley aplicable a la contratación, tribunal competente en caso de conflicto, y en general condiciones de contratación más claras y con una adecuada técnica legislativa.

7. Conforme a la reforma constitucional propuesta, el Congreso continuaría con su facultad de reconocer y, en su caso, mandar pagar al Ejecutivo la deuda nacional, previo análisis sobre la procedencia del pago. En otros términos, el Congreso con el informe que el Ejecutivo le proporcione 15 o 20 días después de contraer la deuda, tendrá los elementos necesarios para, en su caso, reconocerla y mandarla pagar. Además, deberá asegurarse que se recibieron las cantidades pactadas en los términos del contrato. Independientemente del pago, el Congreso estará en la posibilidad de verificar que el destino que se haya dado a los recursos provenientes de empréstitos, coincida con el señalado por el Ejecutivo en el informe mencionado.

8. En el caso de que un tribunal extranjero llegará e emitir una sentencia en contra del Gobierno mexicano, aunque éste no tiene inmunidad de jurisdicción interna, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 del Código Federal de Procedimientos Civiles, goza de la llamada "inmunidad de ejecución", ya que prohíbe dictar mandamientos de ejecución y

providencias de embargo en contra del gobierno federal, sus instituciones, y las entidades federativas.

9. De acuerdo con la clasificación de deudores realizada por los acreedores, México está incluido dentro de los países exportadores de petróleo, en otras palabras, es un deudor solvente que tiene "garantizado" con ese recurso natural, el pago de su deuda externa. Dicha situación se formalizó a partir de la reestructuración de la deuda externa mexicana con la banca comercial internacional en el año de 1989, en donde se incluyeron una serie de compromisos *sui generis* contenidos en el llamado *Oil Revolving Contingency Credit Agreement* que opera como una cláusula de contingencia en materia de petróleo. En términos generales, México se comprometió a destinar un porcentaje de ingresos excedentes de petróleo, al pago del servicio de su deuda, si a partir de 1996, el precio del petróleo reporta aumentos sustanciales en términos reales de 1989, con lo cual se formalizó el vínculo deuda externa y petróleo.

10. El mecanismo de garantía de pago del financiamiento otorgado a México por los Estados Unidos con los recursos provenientes de la exportación de petróleo y derivados, que sean depositados en una cuenta del gobierno mexicano en el Banco de la Reserva Federal de Nueva York, contenido en el "Acuerdo para la emisión de garantías de valores" del llamado "Plan de rescate internacional 1995", además de incluir la llamada *set off clause* (de cargo en cuentas o de compensación

atómica) muy probablemente actualiza los supuestos contenidos en la *negative pledges clause* (cláusula de garantía negativa o compromiso negativo) y en la *pari passu clause* (cláusula de trato no preferencial) que por lo general se incluyen en los convenios de reestructuración de deuda externa como el de 1989. De ser así, México tendría que hacer extensiva esa garantía a sus acreedores anteriores, ya que dichas cláusulas tienen como propósito asegurar que los acreedores subsecuentes compartieran condiciones iguales en beneficios y no superiores a las otorgadas a los acreedores de las deudas reestructuradas.

11. El financiamiento otorgado a México mediante el llamado "plan de rescate" ofrece al Ejecutivo Federal una enorme bolsa de 50 mil 759 md, recursos que seguramente dispondrá. Lo cual implica un incremento significativo de la deuda pública externa que podría superar los 190 mil md en 2 O 3 años.

12. En el caso de reestructuración de deuda externa pública y privada, es común que la banca comercial acreedora solicite que el país soberano o el banco central de ese país actúe como principal obligado, sustituyéndose la deuda privada por deuda pública, lo que tiene un efecto centralizador de la deuda en cuestión, y trae como consecuencia la adopción de cláusulas de incumplimiento cruzado, como en el caso del Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cambiarios (Ficorca), mediante el cual deuda que antes era privada se convirtió a deuda pública.

BIBLIOGRAFÍA

Ainley, Michael, "The general arrangements to borrow", Washington, D.C., International Monetary Fund, 1984.

Anda Gutiérrez, Cuauhtémoc, Nacimos endeudados, México, 1989.

Barragán Barragán, José, "Algunas consideraciones sobre los principios constitucionales que regulan la deuda externa", Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, año 5, núm. 13, enero - abril de 1990.

----- "Consideraciones sobre el vicio de nulidad en las contrataciones de endeudamiento del gobierno mexicano", inédito.

Becerra Bautista, José, "Legitimación procesal de las instituciones fiduciarias", Revista de Investigaciones Jurídicas, México, Escuela Libre de Derecho, núm.7, 1983.

Becerra, Javier, "El control de cambios y el pago de la deuda externa de las empresas", Revista de Investigaciones Jurídicas, México, Escuela Libre de Derecho, núm. 7, 1983.

Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones civiles, 3a. ed., México, Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1984.

Bernal, Richard L., "Los bancos transnacionales, el FMI y la deuda externa de los países en desarrollo", Comercio Exterior, México, vol. 35, febrero de 1985.

Borja Soriano, Manuel, Teoría de las obligaciones, México, Porrúa, t. II, 1974.

Bugeda Bernal, Beatriz, El contrato de crédito eurodólar: Un análisis Jurídico, Tesis, México, Facultad de Derecho de la UNAM, 1987.

Borja Soriano, Manuel, Teoría de las obligaciones, México, Porrúa, t. II, 1974.

Burgoa Orihuela, Ignacio, La deuda pública externa, el derecho a la información y la Suprema Corte, México, 1983.

Campbell, Henry, "Blak's law dictionary", St. Paul., Minn. West Publishing Co., 1990.

Casillas Vélez, Carlos, "La soberanía de los Estados y el Fondo

Monetario Internacional", México, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, año 10, núm. 10, 1986.

Cline, William R., International Debt: System Risk and Policy Response, Washington D.C., Institute For International Economies, 1984.

Cueto, Roberto del, "Programas de cobertura de riesgos cambiarios", Jurídica, México, Universidad Iberoamericana, núm. 16, 1984.

Delamaide, Darrell, Debt Shock. The Full Story of the World Credit Crisis, Garden City, New York, Double Day & Company, Inc., 1984.

Diccionario jurídico mexicano, 3a. ed., México, IJ, UNAM - Porrúa, 1989.

Diccionario ejecutivo de términos administrativos, Grupo Editorial Expansión, México, 1982.

Ebenroth, Carsten, "Winning (or loosing) by default: The act of state doctrine, sovereign immunity and commity in international bussines transactions", The international lawyer, American Bar Association, vol. 19, núm.1, invierno de 1985.

Fraga, Gabino, Derecho administrativo, 23a. ed., México, Porrúa, 1984.

García Moreno, Víctor Carlos, Derecho conflictual, México, UNAM, 1991.

----- "Breves notas sobre un enfoque jurídico del endeudamiento de los países del tercer mundo", Inédito, México, 1986.

----- y Hernández Ochoa, César, "Aspectos jurídicos del endeudamiento externo y la renegociación reciente de México", Estudios en Homenaje a la doctora Yolanda Frías, IIJ, UNAM, 1991.

----- y Saldaña Pérez, Juan Manuel, "Aspectos jurídicos de la renegociación de la deuda externa de México", ponencia presentada en el "Segundo Seminario Internacional sobre Deuda Externa", inédito, (Instituto Goethe - Universidad Autónoma Metropolitana), marzo de 1992.

Garza, Sergio Francisco de la, Derecho financiero mexicano. 13a. ed., México, Porrúa - UNAM, 1985.

Gold, Joseph, "La ayuda financiera del Fondo Monetario Internacional. Normas jurídicas y procedimientos", Washington, D. C., El Fondo Monetario Internacional, Serie de folletos, núm. 27, 1980.

----- "México y la evolución de las prácticas del Fondo Monetario Internacional", México, El Foro, octava época, núm. 4, octubre - diciembre, 1988.

----- "The International Monetary Fund and international law", Washington, D. C., International Monetary Fund, 1965.

----- "The legal character of the Fund's Stand By Arrangements and why it matters", Washington, D.C., International Monetary Fund, 1980.

Green, Rosario, Los organismos financieros internacionales, México, UNAM, 1986.

Griffith - Jones, Stephany, "Deuda externa, renegociación y ajuste en la América Latina", México, FCE, El trimestre económico 61, 1988.

Gutiérrez R., Roberto, "El endeudamiento externo del sector privado", Comercio Exterior, México, vol. 42, núm. 9, septiembre de 1992.

Hamdad Amad, Fauzi, "Aspectos jurídicos de la deuda pública. Teoría y práctica", Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, año 5, núm. 13, enero abril de 1990.

Hannon, John P., "Foreign sovereign immunity and the act of state. The need for a commercial act exception to the commercial act exception", University of San Francisco Law Review, vol. 17, verano de 1983.

Henkin, Louis y otros. International law. Cases and materials, American casebook series, St. Paul, Minnesota, 1991

Ivamy, E.R. Hardy, Mozley & Whiteley's. Law Dictionary, 11a. ed., 1993.

Jackson, John H. y Davery, William J., Legal problems of international

economics relations. Cases, materials & tests, St. Paul, Minnesota, Westpublishing Co., American casebook series, 1990

Johnson Okhuisen, Eduardo, "Impuesto sobre la renta de las personas físicas", Humanitas, México, 1986.

Karde, Bengt y Andrén, Lars, The raising of a syndicated euroloan Facility: A case study of a legal aspects, Published by Euromoney Publications, abril 3 de 1994.

"Legal aspects of the international monetary system", Washington, D.C., International Monetary Fund.

López-Velarde Estrada, Rogelio, "Algunas consideraciones en materia de inmunidad soberana a la luz del derecho positivo norteamericano", Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 21, 1992.

----- "Apuntes acerca de una posible moratoria desde el punto de vista del derecho internacional privado y del derecho positivo estadounidense". El Foro, Organó de la Barra Mexicana de Abogados, núm. 2., t. III, 1990.

----- "El sometimiento al derecho extranjero por medio de la cláusula de derecho aplicable", Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 23, 1994.

----- Incumplimiento a contratos de crédito internacionales por entidades públicas extranjeras causados por la imposición de control de cambios: El caso de México, Petróleos Mexicanos, 1991.

Mc Donald, Robert P., International Syndicated Loans, Published by Euromoney Publications, abril 3 de 1994.

Meesen, Karl M., "International Debts and Economic Development from a Legal Perspective", Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Alemania, 1988.

----- Foreign Debts in the Present and New International Economic Order, Switzerland, Edited by Detlev Chr Dicke, University of Fribourg, 1986.

Ortiz Alf, Loretta, Derecho Internacional Público, México, Harla, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, 1989.

Osornio Corres, Francisco Javier, Aspectos jurídicos de la administración financiera en México, México, UNAM, 1992.

Owen, Michael L., "Breve exposición sobre los objetivos de la Ley General de Deuda Pública", Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 9, julio de 1977.

Pacheco, Jorge Alfredo, "Apuntalando perfectamente a los negocios", Expansión, México, vol. XIX, núm.462, abril 2 de 1987.

Pellicer Bermeo, Jaime, "Clausulado de las reestructuraciones", inédito, conferencia impartida en la UAM - A., abril de 1990.

----- "Estructura jurídica y leyes que rigen la actividad crediticia", inédito.

Pritchard, Ian, "The Mexican Crisis Blurred the Lines Between Public and Private Sector Debt", Euromoney, marzo de 1983.

Saldaña Pérez, Juan Manuel, "Formas de solventar las obligaciones contraídas en moneda extranjera", Revista Mexicana de Justicia 87, PGR, PGJDF e Instituto Nacional de Ciencias Penales, núm. 2. vol. V., abril - junio de 1987.

----- "Vinculación Deuda Externa y Petróleo con el Tratado de Libre Comercio", Revista de Derecho Económico, México, Colegio de Profesores de las materias económicas de la Facultad de Derecho de la UNAM, núm. 3, 1992.

Seara Vázquez, Modesto. "Tratado General de la Organización Internacional", Fondo de Cultura económica, México, 1985.

Serra Rojas, Andrés, Derecho administrativo, 12a. ed. México, Porrúa, ts. I II, 1983.

----- Derecho administrativo, 13a. ed., México, Porrúa, t. I, 1985.

Siqueiros, José Luis, "Deuda pública externa. Aspectos jurídicos de una posible moratoria", Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 1989.

----- "Inmunidad soberana y acto de Estado", México, El Foro, Octava época, núm. 1, enero - marzo, 1988.

Sorensen, Max, Manual de derecho internacional público, FCE, México, 1992.

Stamblen, Jurgen, "Cláusulas de jurisdicción y legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los Estados latinoamericanos", inédito.

Stein Velasco, José Luis, "Los instrumentos para la reestructuración", Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, año 5, núm. 13, enero - abril de 1990.

Tena Ramírez, Felipe, Derecho constitucional mexicano, 20a. ed., México, Porrúa, 1984.

Wionczek, Miguel S., "La crisis de la deuda externa en la América Latina", México, FCE, El trimestre económico 59, 1987.

Vázquez Pando, Fernando Alejandro, "El Fondo Monetario Internacional", Escuela Libre de Derecho - Editorial Porrúa, 1991.

----- "La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales", México, Escuela Libre de Derecho - Editorial Porrúa, 1990.

----- "Notas para el estudio de la nueva "Ley General de Deuda Pública", Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 9, julio de 1977.

Zamora, Stephen, "Peso-Dollar economics and the imposition of Foreign Exchange Controls in Mexico", The American Journal of Comparative Law, The American Association For The Comparative Study of Law, vol. XXXII, núm. 1, 1984.

LEGISLACIÓN

Acuerdo por el que se autoriza la constitución del fideicomiso para la cobertura de riesgos cambiarios (Ficorca), Diario Oficial de la Federación del 11 de marzo de 1983.

Acuerdo que Establece el Registro de Adeudos a Favor de Proveedores Extranjeros, Diario Oficial de la Federación del 8 de octubre de 1982.

An Act to Implement the Free Trade Agreement between Canada and United States of America, vol.II, 1989.

Circular núm. 1987/83, Banco de México, 15 de abril de 1993.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa, 1994.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, México, Colección Populara Ciudad de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional, Washington, D.C.

Código Civil para el Distrito Federal. México, Colección Porrúa, 1984.

Código Federal de Procedimientos Civiles, México, Porrúa, 1994.

Código Fiscal de la Federación, México, Delma, 1993.

Decreto de Control de Cambios, Diario Oficial de la Federación del 13 de diciembre de 1982.

Decreto que autoriza al Ejecutivo Federal a la contratación de créditos o la emisión de valores en el exterior utilizamdo las garmtías a que se refieren los acuerdo suscritos por el gobierno de nuestro país y el gobierno de los Estados Unidos de América. Diario Oficial de la Federación del 22 de marzo de 1995.

Foreign Sovereign Immunities Act (1976).

Ley General de Bienes Nacionales, Colección Porrúa, Diario Oficial de la Federación del 8 de enero de 1982.

Ley General de Deuda Pública, Colección Porrúa, Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1976.

Ley del Impuesto sobre la Renta, México, Colección Porrúa, 1994.

Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 1994, Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1993.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Porrúa, 1986.

Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación del 27 de julio de 1931.

Ley del Banco de México, Diario Oficial de la Federación del 23 de diciembre de 1993

Ley Orgánica de Nacional Financiera, Diario Oficial de la Federación del 26 de diciembre de 1986.

Ley de Presupuesto Contabilidad y Gasto Público Federal, Porrúa, 1994.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Porrúa, 1993 y 1994.

Reglas Generales de Control de Cambios, Diario Oficial de la Federación del 14 de septiembre de 1982.

Reglas Complementarias de Control de Cambios Aplicables al Registro de Créditos en Divisas a Cargo de Empresas Privadas Establecidas en el País y a Favor de Entidades Financieras del Exterior, Diario Oficial de la Federación del 24 de marzo de 1983.

Reglas de Operación del Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cambiarios. Circular núm. 1897/83, Banco de México, 25 de abril de 1983.

Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 1994, Diario Oficial de la Federación del 30 de diciembre de 1993.

OTRAS FUENTES

Acosta, Carlos, "Ni un paso podrá dar Alfa sin anuencia de sus acreedores extranjeros", Proceso, México, núm. 548, 4 de marzo de 1987.

"Acuerdo de Unidad para Superar la Emergencia Económica", El Financiero, 3 de enero de 1995, p. 9.

"Algunas interrogantes y respuestas en torno a la estrategia económica de México". Secretaría de Hacienda y Crédito Público, junio de 1985.

Anuario estadístico, Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, 1993.

"Aumentaría EU hasta 40 mil mdd el paquete de rescate para México", El Financiero, 13 de enero de 1995, p. 4.

"Congelán salarios, aumentan precios y endeudan al país", El Financiero, 4 de enero de 1995, p. 26.

"Convenio del Gobierno de México con el Fondo Monetario Internacional". Comercio Exterior. Banco de Comercio Exterior, México, Vol. 39, núm. 4, abril de 1989, p. 355.

"C T, oposición y académicos califican de irreal el plan de multiparidades preconizado por Banco de México", El Financiero, 7 de abril de 1983, pp. 1 y 7.

"Debe evitarse que empresas improductivas aprovechen el mercado de futuros en dólares", El Financiero, 7 de abril de 1983, p. 6.

"Dictamen sobre el Proyecto de Decreto que autoriza al Ejecutivo Federal a la contratación de créditos o la emisión de valores en el exterior utilizando las garantías a que se refieren los acuerdo suscritos por el gobierno de nuestro país y el gobierno de los Estados Unidos de América", Comisiones Unidas de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y Tercera Sección de Estudios Legislativos, Cámara de Senadores, sesión pública extraordinaria, 7 de marzo de 1995.

"Dólares entre 75 y 84 pesos para las empresas endeudadas, apoyo del B de M", El Financiero, 6 de abril de 1983, p. 9.

"El nuevo perfil de la economía", Secretaría de Hacienda y Crédito Público, febrero, 1991.

"El realismo muestra que no éramos un país rico", El Financiero, 4 de enero de 1995, p. 24.

"En 1995 México será el mayor deudor de América Latina", El Financiero, 14 de enero de 1995, p. 56.

"Informe anual del Banco de México, 1993", Banco de México, Dirección de Investigación Económica, 1994.

"Informes sobre la situación económica, las finanzas públicas y la deuda pública", Secretaría de Hacienda y Crédito Público, segundo trimestre de 1993.

"Instrumentos financieros del mercado de dinero" Nacional Financiera, Subdirección de publicaciones, 1992.

"La deuda externa de México", El Mercado de Valores, núm. 4, febrero 15 de 1989.

"La industria petrolera en México, 1993", INEGI.

"La renegociación de la deuda externa de México", El Mercado de Valores, núm. 16, 4 de febrero de 1989.

"La renegociación de la deuda externa de México", El Mercado de Valores, núm. 16, 15 de agosto de 1989.

"La renegociación de la deuda externa de México", Secretaría de Hacienda y Crédito Público, julio de 1989.

"La renegociación de la deuda externa de México", Secretaría de Hacienda y Crédito Público, febrero 4, 1990.

"Llegará a 150 mil md la deuda externa de México", El Financiero, 9 de enero de 1995, p. 4.

"Mayor apalancamiento de Ficorca vía renegociación de D E", El Financiero, 2 de marzo de 1987, pp. 1 y 11.

"Multiparidad para cubrir riesgos de cambio fijo del Banco de México", El Financiero, 6 de abril de 1983, p. 28

"Nuevo acuerdo con el FMI si requiere aval el paquete de rescate financiero", El Financiero, 4 de enero de 1995, p. 4.

"Programa de Refinanciamiento de la Deuda a Cargo de Ficorca", El Financiero, 30 de marzo de 1987, p. 16.

"Programa para la Cobertura de riesgos cambiarios derivados de endeudamientos externos", El Financiero, 6 de abril de 1983, p.28

"Quinto Informe de Gobierno, 1993", México, Presidencia de la República, noviembre de 1993.

"Reestructuró BNM 117 millones de dólares de adeudos privados externos", Excélsior, 14 de junio de 1983, pp. 14 y 29.

"Reestructuró Ficorca 9 mil 300 mdd de Empresas Privadas en Dificultad para Cumplir con su D E", El Financiero, 30 de marzo de 1987, p. 16.

"Se liquidará con anticipación el 50 por ciento de la deuda externa privada", Excélsior, 15 de julio de 1983, pp. 5 y 30.

Sesión pública extraordinaria, Cámara de Senadores, 7 de marzo de 1995.

"Significado Económico del Ficorca", Examen de la situación económica de México, Banamex, México, vol. LIX, núm. 689, abril de 1983.

"Subió el precio del petróleo en los Mercados Internacionales", La Jornada, 17 de noviembre de 1993, p. 30.

"Vencimientos por 29 160 mdd de tesobonos este año", El Financiero, 5 de enero de 1995, p. 4.

"Washington no busca administrar la economía mexicana: Clinton", , El Financiero, 19 de enero de 1995, p. 4.

ANEXOS

Deuda neta total del sector público consolidada con el Banco de México*
(Cuanto al final del ejercicio en millones de nuevos pesos)

Año	Total	Fuente		Estructura por origen		
		Interna	Externa	Total	Interna	Externa
1962	8 369.0	2 648.8	5 740.2	102.0	31.8	68.8
1963	13 333.8	5 182.8	8 182.6	102.0	36.8	81.6
1964	18 478.8	7 832.8	11 748.0	102.0	38.2	80.2
1965	26 890.1	10 112.8	26 777.3	102.0	27.4	72.8
1966	37 859.6	22 158.8	37 208.8	100.0	24.2	78.8
1967	52 175.4	33 238.8	58 457.8	102.0	24.0	78.0
1968	70 671.8	75 208.8	188 509.8	100.0	28.2	70.2
1969	508 748.1	88 641.8	708 767.1	100.0	32.1	67.9
1970	333 518.2	133 326.4	201 861.8	100.0	34.8	65.2
1971	316 338.4	121 420.4	178 733.0	100.0	43.8	56.2
1972	252 436.6	85 888.8	180 488.7	100.0	34.1	65.9
1973†	289 308.2	68 819.4	162 477.1	100.0	34.8	65.1

* Las cifras se modificaron según una revisión metodológica, resultado de la reestructuración de esta serie de fuentes conjeturas de recursos y obligaciones del Banco de México y los fondos especiales y de garantía.
† Cifras provisionales al mes de junio.
FUENTE: Banco de México.

Deuda del sector público presupuestario
(Cuanto al final del ejercicio en millones de nuevos pesos)

Año	Total	Gobierno Federal		Organismo y empresas de control directo††			
		Total	Interna	Externa	Total	Interna	Externa
1964	43.8	26.7	26.0	1.7	14.2		
1965	43.4	29.7	26.3	1.8	15.2		
1967	63.8	34.0	31.8	2.5	18.8		
1968	80.7	37.9	34.0	3.8	22.9		
1969	78.0	41.4	41.4	3.9	20.7		
1970	64.8	48.4	45.7	3.7	36.4		
1971	112.6	71.8	68.9	12.8	40.9		
1972	123.8	88.1	74.2	12.8	43.7		
1973	173.2	118.2	98.8	17.7	68.8		
1974	329.0	156.6	126.8	29.4	72.8		
1975	336.3	216.6	178.4	42.4	118.8		
1976	879.8	370.2	280.1	80.2	298.6		
1977	746.4	800.8	333.7	184.1	281.8		
1978	842.2	875.4	451.7	173.7	387.3		
1979	1 153.2	727.6	548.0	179.6	423.3		
1980	1 603.8	887.8	693.4	166.1	518.1	132.4	343.7
1981	2 823.2	1 280.8	1 042.8	288.4	806.3	328.8	879.4
1982	4 291.5	2 827.8	1 815.7	1 012.7	2 258.0	687.8	1 560.1
1983	12 415.1	7 262.2	4 266.1	3 136.1	5 174.9	1 217.0	3 957.7
1984	17 872.1	11 738.4	6 335.1	5 433.2	7 253.7	1 907.8	5 345.9
1985	34 128.4	21 218.4	9 272.8	11 443.4	12 912.0	3 118.9	9 793.1
1986	61 308.1	40 420.2	20 861.8	28 488.3	20 887.8	3 656.2	17 231.7
1987	211 888.3	158 833.8	62 017.2	107 816.6	51 852.5	15 274.7	41 377.7
1988	281 509.1	216 478.8	86 942.1	118 824.6	63 822.9	12 208.3	50 202.2
1989	322 819.7	264 341.7	129 463.8	136 880.3	68 294.4	12 488.8	44 683.8
1990	345 151.7	332 872.8	181 081.0	182 481.1	31 878.2	7 212.0	22 866.8
1991	388 432.2	361 281.4	158 827.8	204 306.1	33 132.8	8 638.0	24 281.8
1992	342 588.8	318 363.2	133 492.1	181 473.1	37 233.8	8 214.7	27 824.8

†† Para el ejercicio 1985-1979 se descompone la desagregación por organismos internos y externos.
FUENTE: Cuenta de la Hacienda Pública Federal.

**DEUDA EXTERNA DEL SECTOR PÚBLICO,
BANCOS Y SECTOR PRIVADO**
(a fines del periodo, en miles de millones
de dólares estadounidenses)

	<i>Diciembre 1985</i>	<i>Diciembre 1986</i>	<i>Marzo 1987</i>
a. Sector público	72.081	75.351	76.546
b. Bancos	4.824	5.551	5.186
c. Sector privado ¹	17.473	16.500 ²	16.500 ²
d. FMI (Banco de México)	2.943	4.028	4.179
e. DEUDA EXTERNA TOTAL (a+b+c+d)	97.321	101.430	102.411

¹ Según registro (no incluye deuda no registrada, principalmente a corto plazo y relacionada con comercio).

² Son los datos más recientes disponibles de la deuda externa privada registrada.

Fuente: *Mexico Economic and Financial Statistics Data Book*, mayo 31 de 1987, preparado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, p. 18.

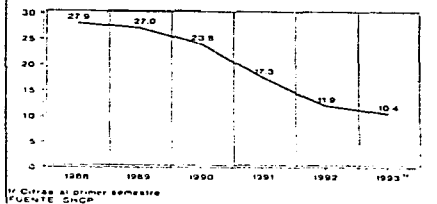
Endeudamiento externo neto del sector público, 1993 ^{1/}

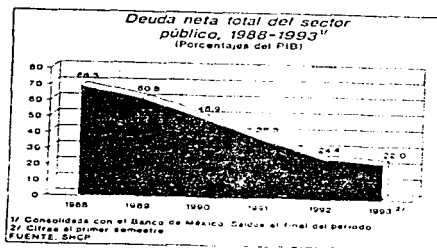
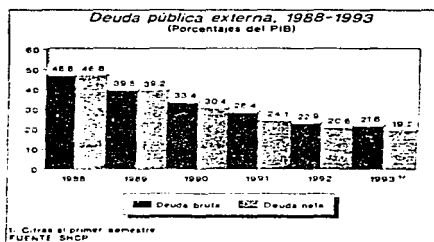
(Millones de dólares)

Concepto	Endeudamiento externo neto
Total	1 955.8
- Gobierno Federal ^{2/}	-571.7
- Financiamiento por cuenta del Gobierno Federal ^{3/}	-180.8
- Organismos y empresas ^{4/}	201.5
- Banca de desarrollo	2 506.8

^{1/} Cifras al primer semestre.
^{2/} Incluye deuda del Ramo XXIV, XXIX y FAFEXT.
^{3/} Se refiere a fideicomisos y garantías del Gobierno Federal.
^{4/} De control presupuestal directo e indirecto.
 FUENTE: SHCP

Deuda interna del Gobierno Federal, 1988-1993
(Porcentaje del PIB)





I N D I C E

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE MARCO CONSTITUCIONAL DE LA DEUDA PÚBLICA EXTERNA MEXICANA

	Pag.
I. Análisis de la fracción VIII del artículo 73	4
1. Facultad de dar bases	4
2. Facultad de aprobar empréstitos	6
3. Facultad de reconocer y mandar pagar la deuda nacional	11
4. Facultad de vigilar el destino de los empréstitos	14
5. Facultad de aprobar los montos de endeudamiento a cargo del Distrito Federal	17
II. Análisis de la fracción VIII del artículo 117	18

**SEGUNDA PARTE MARCO LEGAL DE LA DEUDA PUBLICA
EXTERNA MEXICANA**

I.	Ley de Ingresos de la Federación	22
	1. Iniciativa de Ley de Ingresos	27
	2. Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio fiscal de 1994	29
II.	Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal de 1994	32
III.	Ley General de Deuda Pública	39

**TERCERA PARTE TERMINOS Y CONDICIONES DE LOS
PRÉSTAMOS DE EURODIVISAS (EL MERCADO
DEL EURODOLAR).**

I.	Nacimiento del mercado de las eurodivisas	81
	1. En los Estados Unidos	82
	2. En Europa	84
II.	Clasificación de la deuda a nivel internacional	86
	1. Pública y privada	87
	2. Interna y externa	90

3.	Tasa fija o variable	91
4.	Atadas o libres	91
5.	A corto, mediano y largo plazos	93
6.	Reestructurada y excluida	93
III.	Contratación de deuda a nivel internacional	94
IV.	El mercado de las sindicaciones	95
1	Tipos de sindicaciones	97
2.	Sujetos que participan en las sindicaciones	98
A.	Prestatario	98
B.	Banco director o banco principal	
	<i>lead manager o manager bank</i>	102
C.	Bancos participantes o prestamistas	107
D.	Banco agente o banco líder	
	<i>lead bank</i>	108
V.	Costos del crédito	110
VI.	Principales pasos a realizar en una sindicación	111
VII.	Consideraciones adicionales	113
VIII.	Cláusulas de las sindicaciones	113
1.	De igual prelación de acreedor es <i>pari passu</i>	114
2.	De intereses	116
	Legislación mexicana	

4. De reparto proporcional de pagos	
<i>sharing of payments</i>	121
5. De compromiso negativo	
<i>negative pledge</i>	122
6. De prepago o pago anticipado	124
7. De incumplimiento cruzado	
<i>cross default</i>	126
8. De compensación automática <i>set off</i>	128
9. De contingencia	129
10. De jurisdicción	129
11. De inclusión de partidas en el presupuesto	131
12. De incumplimiento <i>default</i>	132

CUARTA PARTE LA TEORÍA DE LA INMUNIDAD SOBERANA DE LOS ESTADOS

I.	Inmunidad del Estado	135
	1. Inmunidad de jurisdicción interna y externa	138
	A. Inmunidad estatal en el ámbito interior	138
	B. Inmunidad estatal en el ámbito exterior	139
II.	Ley de Inmunidad extranjera de los Estados	
	Unidos de América	145
	1. Inmunidad de jurisdicción	149
	A. Principales causas de improcedencia	150
	a. Renuncia de inmunidad	151

b. Actividad Comercial	153
2. Inmunidad de Ejecución	159
III. La Teoría de la Inmunidad Soberana en la legislación mexicana	165

QUINTA PARTE MARCO JURÍDICO ECONÓMICO DE LA
RENEGOCIACION DE LA DEUDA PÚBLICA
EXTERNA MEXICANA

I. La renegociación de la deuda externa de 1989	171
II. El Plan de Recate Internacional 1995	185
III. Deuda externa y petróleo	193
IV. Conversión de deuda privada externa a deuda pública externa	195
1. El Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cambiarios (Ficorca)	199
A. Programa para la Cobertura de Riesgos Cambiarios Derivados de Endeudamientos Externos	201
a. Incumplimiento del comprador	206
b. Incumplimiento del banco	209

c. Estipulación a favor de terceros	210
C. Programa de refinanciamiento de Ficorca	212
CONCLUSIONES	214
BIBLIOGRAFIA	222
ANEXOS	241