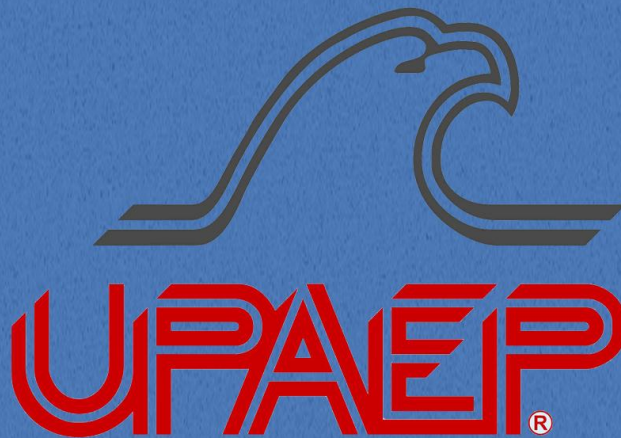


REVISTA DE DERECHO
DE LA EMPRESA



N° 2 OTOÑO 2011

Índice

Presentación	7
---------------------------	----------

Colaboraciones Internacionales

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO DE ACOSO MORAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

Prof. Dr. Rodrigo Tascón López.....	9
-------------------------------------	----------

EMPLAZAMIENTO EN JUICIO EN ARGENTINA DE LAS SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO

Aislan Vargas Basilio.....	24
----------------------------	-----------

ABOGACÍA Y JUSTICIA: PENSAMIENTO, HISTORIA Y MUNDIALIZACIÓN.

Javier Pérez Duarte.....	38
--------------------------	-----------

Tópicos de Derecho

ASPECTOS ÉTICOS Y MORALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Lucerito Ludmila Flores Salgado.....	59
--------------------------------------	-----------

Temas de Derecho de la Empresa

FUNCIONES Y OBLIGACIONES DEL COMISARIO, EN MATERIA MERCANTIL, FINANCIERA Y FISCAL DENTRO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

Dr. Rigoberto Zamudio Urbano.....	81
-----------------------------------	-----------

ANÁLISIS JURÍDICO LABORAL DE LAS STOCK OPTION PLANS EN EL DERECHO MEXICANO

Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández.....	111
---	------------

**LA COMPETITIVIDAD INTERNACIONAL DE LA ECONOMÍA MEXICANA
EN LA PRIMERA DÉCADA DEL SIGLO XXI.**

Roberto Carlos Gallardo Loya y Alma Delia Toledo Mazariegos.....130

**EL AGENTE COMERCIAL Y EL DEPENDIENTE VIAJANTE EN DERECHO
FRANCÉS Y MEXICANO.**

DR. Jean Boudaud.....151

POLITICA EDITORIAL.....176

DIRECTORIO

DR. JOSE ALFREDO MIRANDA LOPEZ
RECTOR

MTRO. RICARDO LOPEZ FABRE
VICE-RECTOR ACADEMICO

DR. FRANCISCO FERNANDO EUGENIO URRUTIA ALBIZUA
DIRECTOR DE INVESTIGACION

MTRA. EVA MARIA PEREZ CASTREJON
DIRECTORA DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS SOCIALES

MTRA. MARIA GRACIELA PAHUL ROBREDO
COORDINADORA DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS JURIDICAS

MTRO. ENRIQUE BRETON GONZALEZ
CATEDRATICO DE DERECHO Y CIENCIAS JURIDICAS

MTRA. MARIA CRISTINA CARRILLO GONZALEZ
CATEDRATICA DE DERECHO Y CIENCIAS JURIDICAS

MTRO. JOSE FERNANDO GARCIA VILLANUEVA
CATEDRATICO DE DERECHO Y CIENCIAS JURIDICAS

DR. FELIPE MIGUEL CARRASCO FERNANDEZ
INVESTIGADOR

MAESTRA. NORMA ANGELICA HUERTA LOPEZ
COORDINADOR DE BUFETE JURIDICO

DR. FELIPE MIGUEL CARRASCO FERNANDEZ
DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA EMPRESA

PRESENTACIÓN.

El presente numero de la Revista de Derecho de la Empresa publicada por la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, contiene aportaciones sumamente interesantes; iniciando con tres colaboraciones internacionales; la primera de ellas del Dr. Rodrigo Tascón López, que se titula “La Evolución del concepto jurídico de Acoso Moral en el Derecho Español”; profundiza en un tema de actualidad y que es analizado mundialmente por sus implicaciones. Asimismo, encontramos la colaboración del abogado brasileño Dr. Aislan Vargas Basilio, quien en su trabajo titulado “Emplazamiento en Juicio en Argentina de las Sociedades Constituidas en el Extranjero”, analiza un tema de importancia para el Derecho Societario y que nos permitirá reflexionar sobre el mismo y generar nuevos paradigmas en esta rama del Derecho.

De igual manera en la sección de colaboraciones internacionales contamos con la colaboración del jurista español, Dr. Javier Pérez Duarte, quien en su artículo titulado “Abogacía y Justicia: Pensamiento, Historia y Mundialización”, nos permite reflexionar sobre concepto de justicia vinculado a nuestra profesión que es la abogacía, así como su desarrollo histórico y como ha evolucionado en virtud de la mundialización.

En la sección de Tópicos de Derecho la Dra. Lucerito Ludmila Flores Salgado, nos permite a través de su investigación titulada “Aspectos Éticos y Morales de la Reproducción Asistida”, cuestionar nuevos escenarios en dicho tema pero resaltando la importancia de la ética y los aspectos morales que deben prevalecer en toda sociedad y que se cuestionan respecto de la reproducción asistida.

En este número en la sección de Temas de Derecho de la Empresa, el Dr. Rigoberto Zamudio Urbano, resalta la importancia de la figura del comisario en el derecho societario través de su trabajo titulado “Funciones y Obligaciones del Comisario, en Materia Mercantil, Financiera y Fiscal dentro de las Sociedades Mercantiles”, quien hace un abordaje interesante sobre esta institución, sus implicaciones en diversas ramas del Derecho; sin lugar a duda resulta un tema interesante para los abogados corporativos.

Por su parte el suscrito, Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández, a través del trabajo titulado “Análisis Jurídico Laboral de las Stock Option Plans en el Derecho Mexicano”, y debido a la importancia en el Derecho Societario Global y en el Derecho

Laboral sobre estas opciones que representa un tema de actualidad en diversos países y que permite la reflexión del mismo ante nuestro Derecho mexicano.

El Dr. Roberto Carlos Gallardo Loya y la Dra. Alma Delia Toledo Mazariegos, en su artículo titulado “La Competitividad Internacional de la Economía Mexicana en la primera década del Siglo XXI”, generan un análisis exhaustivo e interesante sobre la importancia de la competitividad internacional de nuestra economía así como sus implicaciones.

Por su parte el Dr. Jean Boudaud, realiza un análisis de derecho comparado titulado “El Agente Comercial y el Dependiente Viajante en Derecho Francés y Mexicano”, que nos permite visualizar un contexto internacional de estas figuras jurídicas; por lo anterior, consideramos que el presente numero de la Revista de Derecho de la Empresa permite contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica, así como a la reflexión y análisis de temas de actualidad.

Dr. Felipe miguel Carrasco Fernández
Director de la Revista de Derecho de la Empresa.

COLABORACIONES INTERNACIONALES

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO DE ACOSO MORAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

Prof. Dr. Rodrigo Tascón López

Sumario: 1.- Introducción; 2.- La recepción del concepto del acoso moral; 3.- El abordaje jurisprudencial del concepto de acoso y su evolución posterior; 4.- Los intentos legales de ordenación de la lucha contra el acoso moral en el trabajo; 5.- Últimos detalles; 6.- Conclusiones; 7.- Bibliografía

Palabras Claves: Mobbing, Acoso Moral, Dignidad del Trabajador, Hostigamiento Laboral, Protección de la Salud del Trabajador.

1.- Introducción

Podría afirmarse, sin temor a incurrir en exceso, que el acoso laboral (conocido habitualmente bajo el anglicismo *mobbing*) es tan antiguo como el trabajo humano, pero sólo en tiempos recientes se ha estudiado el fenómeno y se han establecido las bases necesarias para la protección jurídica de las víctimas a través de múltiples instituciones del universo ius-laboral¹.

Como es sabido, las primeras aproximaciones al estudio del fenómeno, llegan desde el campo de la sociología y la psicología del trabajo², pero pronto comprenderá el jurista que este es un fenómeno que por su capacidad dañina y lesiva de múltiples y

¹ ESCUDERO MORATALLA, JF. y POYATOS MORATA, G.: *Mobbing: análisis multidisciplinar y estrategia legal*, Barcelona (Bosch), 2004, pág. 47 o RUIZ CASTILLO, M.M.: “La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2004, pág. 29.

² Es el psiquiatra sueco Heinz Leyman quien proporciona la primera y más célebre definición de acoso moral, entendido como “el fenómeno en que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema (llegando a definir hasta 45 comportamientos hostiles en el célebre LIPT), de forma sistemática y reiterada (al menos una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (al menos seis meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus tareas y lograr finalmente que la persona acabe abandonando el lugar de trabajo”, LEYMAN, H.: “El contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (mobbing) en el trabajo”, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, Vol. 5, núm. 2, 1996, págs. 34 y ss. Este concepto aparece recogido, entre otros muchos lugares, en la *Nota Técnica Preventiva 476, del Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo de España*. También resultan fundamentales, en esta primera fase, los trabajos de la francesa Hirigoyen, HIRIGOYEN, M.F.: *El acoso moral en el trabajo: distinguir lo verdadero de lo falso*, Barcelona (Paidós), 1999, págs. 68 y ss.

variados derechos fundamentales del trabajador, es un asunto que requiere de una respuesta jurídica terminante³.

Con todo, evidentemente, el primer paso es decantar un concepto jurídico de acoso moral (para saber cuándo y en qué circunstancias se da el supuesto de hecho que justifique una respuesta jurídica necesaria y contundente⁴), y tal proceso, como se tratará de explicar en las páginas siguientes, no ha sido especialmente satisfactorio en el ámbito español.

Las razones son variadas, pero quizá ahora, en la introducción del trabajo, pudieran apuntarse las causas principales: en primer término, una recepción del concepto poliédrica, poco sistemática y que dejaba abiertas las dudas acerca de lo que realmente cabía entender por acoso moral.

En segundo lugar, una jurisprudencia que, en España, hace tiempo que se erigió en verdadero legislador para efectuar pronunciamientos terminantes y no siempre acertados. En fin, un legislador que, cuando por fin ha intervenido, no ha aclarado (antes bien, su actuación ha servido para incrementar la confusión) el concepto de acoso moral en el trabajo.

2.- La recepción del concepto del acoso moral

³ AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: “El acoso moral en el trabajo (mobbing): análisis sobre la limitada respuesta jurídica de un antiguo problema, de reciente estudio y futura solución legal”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 233-234, 2002, págs. 7 y ss. o MARTÍN PÉREZ, M. y PÉREZ DE GUZMÁN, S.: “El acoso moral en el trabajo: la construcción social de un fenómeno”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2002, págs. 292 y ss.

⁴ El objetivo del presente ensayo, por tanto, es limitado: no se van a analizar cuáles son las (múltiples) respuestas jurídicas que el ordenamiento español ofrece frente al acoso moral. Tal sólo se va a explicar la evolución del concepto mismo de acoso moral y su estado actual. Para las respuestas jurídicas que las víctimas de *mobbing* pueden tratar de conseguir, tanto desde el punto de vista de la prevención de todos los riesgos y amenazas relacionados con la prestación laboral (art. 14 Ley de Prevención de Riesgos Laborales), como desde la vertiente reparadora, incluida la tutela de derechos fundamentales y la indemnización por daños morales (art. 181 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), hasta, en los supuestos más graves, la petición por el trabajador de extinción del contrato con derecho a indemnización (art. 50 Estatuto de los trabajadores), véanse. MOLINA NAVARRETE, C.: “La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre la prevención y la indemnización”, *Aranzadi Social*, núm. 18, 2002, págs. 61 y ss.; AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: *La respuesta jurídico laboral frente al acoso moral en el trabajo*, Murcia (Laborum), 2004, págs. 54 y ss.; SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso moral en el trabajo*, Madrid (Consejo Económico y Social), 205, págs. 34 y ss.; NAVARRO NIETO, F.: *La tutela jurídica frente al acoso moral laboral*, Pamplona (Aranzadi), 2007, pág. 36; CES GARCÍA, E.M.: “El mobbing, un nuevo riesgo a prevenir en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, 2002, págs. 207 y ss.

Es posible que la propia dificultad que existe para definir desde un punto de vista

jurídico cuanto por acoso moral en el trabajo quepa entender venga dada por la falta de unanimidad misma en cuanto al fenómeno, para algunos excesivamente sobrevalorado, y para otros una de las grandes lacras del trabajo humano en el siglo XXI.

En consecuencia, no puede decirse que exista unanimidad a la hora de valorar, enfocar y delimitar la propia esencia del acoso moral y, por tanto, es difícil aquilatar su concepto. Por buscar una definición general, que beba de las mejores fuentes, puede tratar de aportarse un concepto amplio que sirva de marco de referencia, conforme al cual el acoso moral es un conjunto de comportamientos hostiles que el empresario u otros empleados llevan a cabo contra un trabajador, de forma reiterada y sistemática, con el fin de provocar su estrañamiento laboral, socavar su dignidad y, en definitiva, anularle en cuanto persona y en cuanto trabajador⁵.

Entendido en tales términos, nadie podrá negar su carácter ilícito y lesivo de derechos fundamentales (dignidad del trabajador, integridad física y psíquica...) y el desvalor de resultados (con consecuencias gravísimas para la salud de las víctimas y para la propia eficiencia económica de la empresa y de la Sociedad en su conjunto), todo lo cual fuerza a esbozar caminos de reacción para evitar que tales conductas se produzcan en el desenvolvimiento de las relaciones laborales y, en el indeseable caso de hacerlo, sean total y convenientemente reparadas.

Ahora bien, muchas son las aristas que quedan por precisar para determinar exactamente cuándo se está en presencia de un verdadero acoso moral y cuándo frente a otras formas de conflictividad laboral⁶; la correcta delimitación del concepto resulta, pues, esencial para no banalizar el fenómeno, lo cual supondría una minusvaloración del sufrimiento de las verdaderas víctimas del acoso moral⁷.

Quizá convenga destacar cómo, en el intento por dotar al acoso moral de unos perfiles definidos y útiles, desde la propia Unión Europea fueron emanados algunos

⁵ AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: “El acoso moral en el trabajo (mobbing): análisis sobre la limitada respuesta jurídica de un antiguo problema, de reciente estudio y futura solución legal”, cit., págs. 12 y ss.

⁶ Como apunta, desde la psicología del trabajo y sin restar ni un ápice de importancia al fenómeno, HIRIGOYEN, M.F.: *El acoso moral en el trabajo: distinguir lo verdadero de lo falso*, cit., págs. 68 y ss.

⁷ ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “Tipificación jurídica del acoso moral”, *Social mes a mes*, núm. 73, 2002, págs. 49 y ss.

instrumentos generales, cuando empezó a atisbarse el hondo calado jurídico que la cuestión presentaba, todos los cuales trataron de servir de referente para entender el problema y combatirlo: cabe citar, en este sentido, la Resolución 2001/2339, del Parlamento Europeo, sobre acoso moral en el lugar de trabajo, que aboga por prestar la máxima atención al *mobbing* y por tratar de elaborar un concepto uniforme de acoso moral⁸.

Así mismo, las Directivas 2000/78/CE, relativa al marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de la persona independiente de su origen racial o étnico, proporcionan cierto tratamiento al asunto, terminando por consagrar una suerte de concepto de acoso discriminatorio que, más tarde, recogerá de forma confusa el legislador español⁹.

3.- El abordaje jurisprudencial del concepto de acoso y su evolución posterior

El concepto de acoso moral en España se introdujo por la doctrina científica, primero desde el ámbito de la sociología del trabajo (a partir del estudio de los trabajos previos de LEYMAN e HIRIGOYEN)¹⁰, y luego y con decisión por la doctrina jurídica, la cual pronto comenzó a estudiar con interés el fenómeno dándolo así a conocer a la Sociedad¹¹.

Fruto de ese conocimiento, y de una labor de divulgación importante (realizada por organizaciones sindicales, administraciones públicas y medios de comunicación), desde aproximadamente el año 2000 los tribunales laborales se enfrentan con una (cada vez más) larga serie de pleitos en los que la víctima-trabajador alega estar sufriendo acoso moral en el trabajo y, a la vista de su gravedad jurídica, exige una respuesta jurídica que, si bien no se reconocía de forma expresa por el ordenamiento, sí podía entenderse implícita en valores constitucionales y legales.

⁸ CES GARCÍA, E.M.: “El mobbing, un nuevo riesgo a prevenir en la Unión Europea”, cit., pág. 207.

⁹ CARBAJO ZARZALEJO, M.: “El acoso moral en la experiencia comparada, internacional y comunitaria: concepto y responsabilidad jurídica”, en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M. y VALDÉS DE LA VEGA, B., Coords.): *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, Granada (Comares), 2007, pág. 27.

¹⁰ PIÑUEL Y ZABALA, M.: *Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Santander (Sal Térrea), 2001, págs. 52 y ss.

¹¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: “El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 19, 2002, págs. 60 y ss.

El objetivo de los trabajadores demandantes pasa por lograr que, a la vista de la existencia de *mobbing*, se entienda que se dan las circunstancias suficientes para proporcionarles una determinada respuesta jurídica¹²: normalmente, conseguir que se declarara como contingencia profesional una determinada enfermedad (estrés, depresión...) sufrida por el trabajador (art. 123 Ley General de Seguridad Social)¹³ o que se le concediera la rescisión del contrato de trabajo con derecho a indemnización (art. 50 Estatuto de los Trabajadores)¹⁴.

Procede indicar que los jueces de lo laboral enseguida comprendieron la gravedad del fenómeno, y, en consecuencia, cuando apreciaban que efectivamente concurría acoso en un supuesto concreto, no dudaban en proporcionar todas las tutelas necesarias y respuestas jurídicas previstas con carácter general en el ordenamiento español. Ahora bien, quizá la mayor duda estribara, precisamente, en saber en qué casos se podía entender (y en cuáles no) que existía *mobbing*.

Ante la ausencia de un concepto legal específico, los Tribunales Laborales se apoyan para resolver la cuestión y determinar si existe acoso en el concepto psicológico; pronto, sin embargo, se observa la necesidad de darle un sesgo jurídico, y, aunque cabe apreciar un excesivo casuismo, se pueden obtener una serie de rasgos comunes presentes en la doctrina de los tribunales de justicia, a sintetizar en las seis características generales siguientes¹⁵:

1.- El acoso moral es un fenómeno pluriofensivo, que ataca diversos derechos fundamentales del trabajador (dignidad, integridad física y moral...) constituido por variados --y puede que aparentemente anodinos-- actos, repetidos durante un cierto tiempo que llegan a socavar la dignidad y la salud del trabajador y, en consecuencia, merecen reproche jurídico.

Ahora bien, para los Tribunales laborales españoles, el conjunto de actos que pueden ser constitutivos de *mobbing* es variopinto, esbozando así un concepto flexible

¹² CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El acoso moral en el trabajo (mobbing): delimitación y herramientas jurídicas para combatirlo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 555, 2002, págs. 2 y ss.

¹³ STSJ Navarra 30 abril 2001.

¹⁴ STSJ Cataluña 11 octubre 2003.

¹⁵ CORREA CARRASCO, M.: “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en AA.VV.(CORREA CARRASCO, M., Coord.): *Acoso Moral en el Trabajo*, Pamplona (Aranzadi), 2006, págs. 56 y ss. o PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales”, *Tribuna Social*, núm. 178, 2005, págs. 10 y ss.

que no se ciñe estrictamente a los comportamientos descritos por la psicología del trabajo (los célebres 45 comportamientos descritos en el LIPT de LEYMAN), sino que atiende de forma decidida a las circunstancias concretas del caso en presencia¹⁶.

En consecuencia, cualquier comportamiento, por nimio y sutil que sea (al menos en un primer momento), puede tratar de suponer un atentado contra la dignidad e integridad del trabajador, sobre todo si se perpetúa en el tiempo, a través de una sistemática reiteración que acentúe sus efectos perniciosos¹⁷. En todo caso, aunque la lista de comportamientos es abierta, es necesario que las conductas acosadoras atenten contra la dignidad de la persona, creando un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo¹⁸.

2.- Parece necesario que la conducta acosadora sea reiterada durante un cierto tiempo y no se trate de un episodio aislado¹⁹. Es cierto que no se establece un criterio temporal claro sobre cuánto han de durar las agresiones. Parece evidente que los Tribunales Laborales no se ciñen al criterio de Leyman (al menos una vez a la semana durante seis meses) por considerarlo excesivo²⁰; con todo, se aprecia la necesidad de una cierta prolongación temporal²¹.

3.- Para que pueda hablarse de acoso moral la jurisprudencia suele exigir, aunque no de modo unánime²², que el presunto acosador obre con intencionalidad y siguiendo las pautas de un plan preconcebido²³, que, obviamente, puede ser motivado por las más variadas motivaciones (personales o laborales) del acosador²⁴.

4.- Aunque seguramente el supuesto más frecuente es aquel en el que el empresario (o un cargo superior) realiza las conductas acosadoras sobre un trabajador (*mobbing* descendente), los tribunales ven posible que la víctima sea un compañero en

¹⁶ Muy ilustrativa, STSJ Comunidad Valenciana 11 enero 2006.

¹⁷ SSTSJ Galicia 18 junio 2003, Castilla y León 28 febrero 2005 o Navarra 7 diciembre 2007.

¹⁸ STSJ Castilla-La Mancha 23 diciembre 2003.

¹⁹ STSJ País Vasco 24 octubre 2002.

²⁰ SSTSJ Galicia 18 junio 2003, Castilla y León 28 febrero 2005 o Navarra 7 diciembre 2007.

²¹ SSTSJ Castilla y León 28 febrero 2005 o Asturias 23 marzo 2007.

²² Por ejemplo, STSJ Galicia 17 julio 2008.

²³ Entre muchas, SSTSJ Madrid 14 mayo 2007 o Asturias 20 julio 2007.

²⁴ STSJ Madrid 31 marzo 2006.

igual situación jerárquica (*mobbing* horizontal) e, incluso, si bien se tratará de supuestos más

excepcionales, un superior jerárquico (*mobbing* ascendente)²⁵.

5.- No resulta necesario, sin embargo, que se haya producido un daño efectivo (que sólo de haberse producido habrá de ser indemnizado), mostrando así a las claras la conveniencia de yuxtaponer una vertiente preventiva junto a la reparadora, en atención a las conductas acosadoras que resultan potencialmente lesivas²⁶.

6.- El acoso moral es diferente del conflicto laboral y de la explotación laboral; es decir, no toda situación que genere un clima de tensión laboral ha de ser considerado *mobbing*; antes al contrario, podrá ocurrir que el desenvolvimiento de las relaciones laborales se de genere un conflicto, incluso que el empresario trate de explotar a los trabajadores incumpliendo la legislación laboral, pero eso, por sí sólo, no supone la existencia de acoso.

El *mobbing* requiere una voluntad de estrañamiento y aniquilación laboral de la persona misma del trabajador que va mucho más allá de la mera tensión o explotación laboral que, por definición, suele estar presente en las relaciones dialécticas entre empresarios y trabajadores²⁷.

En fin, y para terminar este apartado, parece que la jurisprudencia, no sin contradicciones derivadas del excesivo casuismo (y de la falta de referentes normativos claros) ha terminado por delimitar un concepto de *mobbing* en el que se yuxtaponen unos perfiles objetivos (sistematicidad y reiteración durante un cierto tiempo de unas conductas con potencialidad lesiva), con otros subjetivos (intencionalidad y persecución de un fin)²⁸.

4.- Los intentos legales de ordenación de la lucha contra el acoso moral en el trabajo

²⁵ SSTSJ Madrid 7 octubre 2001 y Aragón 30 enero 2002.

²⁶ Por todas, SSTSJ Madrid 18 junio 2001 y Cataluña 11 octubre 2003.

²⁷ Entre otras, SSTSJ Comunidad Valenciana 11 enero 2006, Cataluña 2 noviembre 2006 o Madrid 25 junio 2007.

²⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales”, cit., págs. 10 y ss.

Una vez el fenómeno del acoso moral fue conocido a nivel doctrinal y jurisprudencial, el legislador empezó a tomar en consideración el fenómeno y diversos grupos políticos mostraron la necesidad de perfilar una respuesta jurídica específica en la letra de la Ley. Con todo, la cuestión no fue sencilla, y los primeros intentos fracasaron de forma estrepitosa: así, el Pleno del Congreso rechazó una iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista dirigida a dar respuesta frente al acoso moral en su sesión de 5 marzo de 2002²⁹.

Un tiempo más tarde el legislador español se decide a tratar de ordenar el fenómeno del acoso moral, pero lo hace de una forma parcial y sin proporcionar una respuesta jurídica sistemática. La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre igualdad de oportunidades, y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de acompañamiento a los presupuestos, contemplan el *mobbing* de una forma muy parcial, pues sólo se dirige a delimitar y reprobar el conocido como acoso antidiscriminatorio, esto es, aquel que tuviera conexión con la raza, etnia, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

En consecuencia, las diversas tutelas jurídicas que expresamente se regulan (reconocimiento de un incumplimiento grave y culpable que permite el despido disciplinario del acosador -art. 54.2.g Estatuto de los Trabajadores-, habilitación al acosado para que pueda pedir la extinción indemnizada del contrato de trabajo -art. 50.2 Estatuto de los trabajadores-, tipificación expresa de una falta muy grave -art. 8.13 bis Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social-...) parece que sólo van dirigidas a proteger frente aquellas situaciones de acoso derivadas de una causa de discriminación como las apuntadas.

De esta manera, el legislado olvida que el *mobbing* es un fenómeno pluricausal mucho más amplio y, en consecuencia, deja aparentemente fuera de la tutela legal otras situaciones en las que el factor desencadenante del acoso fuera distinto (por ejemplo, y no es una situación nada infrecuente, por estar víctima y acosador compitiendo por un

²⁹ La proposición presentada por el Grupo Parlamentario Socialista describía el acoso moral en su exposición de motivos, aludiendo a un conjunto de comportamientos o actitudes de una o varias personas contra otras en el ámbito laboral, normalmente situadas en una relación de asimetría, dirigidas a causar un profundo malestar psicológico y personal en el trabajador afectado, degradando su dignidad y condiciones de trabajo. GARCÍA CALLEJO, J.M.: *Protección jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, Madrid (FSP-UGT), 2003, pág. 13.

ascenso... o por cualquier otra razón de entre las muchas posibles que se le pueda ocurrir a quien esto lea)³⁰.

La deficiente técnica legislativa guarda relación con el hecho de que, en realidad, el legislador español no tenía como intención dar una respuesta jurídica integral frente al *mobbing*, sino, tan sólo, trasponer al ordenamiento interno las directivas antidiscriminatorias antes mencionadas³¹; pero, lo cierto, es que se hizo en un momento concreto en el que el acoso moral estaba de actualidad y, quizá, se interpretó como un intento dirigido a tal fin, con lo cual el desencanto fue mayor³².

Con todo, el jurista pronto se sobrepuso de la decepción y comprendió que, pese al carácter limitado de la tutela legal frente al acoso, el resto de situaciones de *mobbing* que derivaran de una causa no discriminatoria podrían seguir encontrando tutela a través de las instituciones tradicionales de Derecho del Trabajo que, no se olvide, ya estaban funcionando razonablemente bien a partir de la recepción jurisprudencial que se había hecho del concepto por los Tribunales Españoles³³.

5.- Últimos detalles

Tras los avatares que se acaban de relatar de forma sucinta, el estado de las cosas ha continuado de forma más o menos igual en los últimos tiempos. Son numerosos los casos de acoso moral que se sustancian ante los tribunales, y todos ellos encuentran respuesta a través de la normativa laboral (bien directamente a través de la tutela antidiscriminatoria, bien a través de las múltiples instituciones jurídicas que protegen al trabajador frente a agresiones en sus derechos fundamentales).

³⁰ MOLINA NAVARRETE, C.: “Las nuevas leyes antiacoso ¿tienen algo de útil para la prevención y sanción del acoso?”, *La Ley*, núm. 5942, 2004, pág. 5.

³¹ Sin embargo, la transposición fue incompleta, pues no fueron incorporadas las últimas directrices comunitarias en materia de discriminación por razón de sexo, incluidas las dirigidas a combatir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, que no se incorporarán al ordenamiento español hasta la LO 3/2007, de igualdad efectiva. LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Las exigencias de transposición de la Directiva 2002/73/CE”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2003, págs. 110 y ss. o ROJAS RIVERO, G.P.: *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*, Albacete (Bomarzo), 2005, págs. 110 y ss.

³² GORELLI HERNÁNDEZ, J. y MARÍN ALONSO, I.: “El acoso como causa de despido disciplinario”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 7, 2004, págs. 11 y ss.

³³ RUIZ CASTILLO, M.M.: “La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2004, págs. 36 y ss. o ROMERO RÓDENAS, M^a.J.: *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, págs 10 y ss.

Con todo, el paso del tiempo ha ido decantando algunos aspectos que, dada la imprecisión normativa, estaban necesitados de aclaración. Así ocurre, por buscar algún ejemplo reciente, con el asunto relativo a la competencia del orden social para conocer de todas las reclamaciones derivadas del acoso moral en el trabajo, y ello con independencia de que las agresiones las haya cometido el propio empresario o un tercero (reconociendo, en suma, que todo acoso moral relacionado con el trabajo es un asunto laboral con independencia de quién sea el sujeto activo del mismo).

Así, el Tribunal Constitucional posibilita la extensión competencial del orden social frente a las reclamaciones ejercitadas contra los terceros sujetos causantes de la vulneración de un derecho fundamental [interpretando que también puede ser sujeto activo del acoso el trabajador de una tercera empresa³⁴] siempre y cuando su actuación se produzca en conexión directa con la relación laboral, tesis que, al final, ha acabado por encontrar plasmación legal a través de la reciente Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Un segundo ejemplo viene dado por la aclaración de que el acoso moral, en cuanto lesivo de derechos fundamentales, no puede encontrar limitación en su reparación por virtud de normas legales, sino que ha de ser reparado en su integridad (*restitutio in integrum*). En efecto, durante largo tiempo los Tribunales laborales habían venido rechazando la posibilidad de admitir indemnizaciones adicionales a las previstas legalmente para el caso de extinción del contrato de trabajo³⁵.

Semejante tesis había sido duramente criticada por la doctrina³⁶, pues una cosa es la indemnización legal, que resarce del perjuicio innegable que supone la pérdida del

³⁴ STCo 250/2007, de 17 de diciembre. En igual sentido, STS 30 enero 2008. En la doctrina científica, SEMPERE NAVARRO, A.V. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “¿A quién hay que demandar en los pleitos por acoso laboral?”, en AA.VV.(GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. y FERNÁNDEEZ HIERRO, F.J., Coords.): *Los riesgos psicosociales; teoría y práctica*, Pamplona (Aranzadi), 2009, págs. 341 y ss.

³⁵ SSTS 3 abril 1997 y 11 marzo 2004. Siguiéndolas, SSTSJ Madrid 26 septiembre 1995, Cataluña 15 abril 1997, Navarra 5 febrero 1999 y País Vasco 4 febrero 2003.

³⁶ Al respecto, y entre otros, TAPIA HERMIDA, A.: “Las indemnizaciones por daños y perjuicios no establecidas ni reguladas en la legislación laboral, debidas a los trabajadores y derivadas de incumplimientos empresariales relativos al contrato de trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financiero)*, núm. 182, 1998, págs. 67 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y TASCÓN LÓPEZ, R.: “Responsabilidad empresarial por los daños causados a una trabajadora a la que se discriminaba por razón de sexo”, *La Ley*, núm. 5148, 2000, págs. 1 y ss.; TASCÓN LÓPEZ, R.: “La (in)compatibilidad entre las indemnizaciones derivadas de la resolución del contrato de trabajo *ex art. 50 ET* y las reclamadas al amparo del art. 1101 CC (Comentario a la STS de 11 de marzo de 2004)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Ius-Tel*, núm. 7, 2004, pág. 15.; y FERRANDO

empleo, y otra muy distinta la necesaria reparación de los otros daños sufridos, sobre todo cuando los mismos provienen de la previa lesión de un derecho fundamental del trabajador³⁷.

Fueron muchos los Tribunales de Justicia que, desoyendo abiertamente la tesis del Tribunal Supremo, y precisamente para el específico supuesto del acoso moral en el trabajo, comenzaron a reconocer la procedencia de una indemnización adicional cuando, como consecuencia del mobbing, el trabajador acababa por rescindir el contrato de trabajo (art. 50 Estatuto de los Trabajadores), con la cual, por lo demás, terminaría de restituirse de forma lo más adecuada posible al trabajador acosado por los terribles padecimientos sufridos³⁸.

Tales argumentos llevaron al Tribunal Supremo a cambiar su doctrina unificada y aceptar, al menos cuando la acción rescisoria del trabajador coincidía y coexistía con una vulneración de derechos fundamentales, la posibilidad de que el trabajador pudiera conseguir una indemnización adicional, si quedaba acreditado tanto la lesión del derecho fundamental como los daños y perjuicios sufridos³⁹.

Ante esta nueva situación, la LO 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, ha acabado por reconocer dicha tesis, para declarar expresamente compatibles la reclamación de indemnización derivada de la discriminación o lesión de derechos fundamentales con la de extinción del contrato de trabajo. Tal declaración permite concluir que, en el actual marco normativo español, ha quedado por fin superada la rancia tesis jurisprudencial comentada y, a partir de ahora, resulta plenamente posible aunar en un mismo proceso la pretensión de extinción del contrato, *ex* art. 50 ET, con la adecuada reparación de los daños y perjuicios provocados por el comportamiento empresarial consistente en la lesión de un derecho fundamental del trabajador⁴⁰.

GARCÍA, F. M^a.: “Concurrencia de responsabilidades contractual *ex* art. 50 ET y aquiliana”, *Revista de Derecho Social*, núm. 8, 1999, págs. 163 y ss.

³⁷ En este sentido, MARÍN CORREA, J.M.: “Derechos fundamentales; su tutela procesal y los defectos de forma”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2001, pág. 108; LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva en las Directivas sobre discriminación por razón de sexo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 98, 1999, pág. 845.

³⁸ SSTSJ Castilla-La Mancha 28 mayo y 26 junio 2002 y 22 mayo 2003, Aragón 30 junio 2003 [con cita a STS 12 junio 2001 y STJUE 129/93, 2 agosto 1993, asunto *Marshall*] y Madrid 28 noviembre 2006.

³⁹ SSTS 7 febrero 2007 y, aludiendo expresamente a los cambios operados por la Ley 62/2003, 17 mayo 2006.

⁴⁰ SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA, Y.: “Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número extraordinario, 2007,

Mejoras técnicas que, como se puede observar, suponen aportaciones parciales que mejoran y perfilan el concepto y la extensión del acoso moral en el trabajo, aceptando así, como hipótesis de partida, la validez de las aportaciones realizadas de forma aluvional por la doctrina, primero, la jurisprudencia, después, y, en fin y de manera parcial, el legislador.

6.- Conclusiones

A la vista de las consideraciones efectuadas a lo largo del presente artículo, procede elevar las siguientes conclusiones:

1.- El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo fue introducido en España por el estudio y traducción de clásicos de la sociología y la psicología del trabajo. No obstante, pronto cobró un sesgo jurídico diferenciado. Existe un cuerpo doctrinal jurídico-laboral muy desarrollado que ha recogido posturas diversas, sin que exista un concepto unívoco, aunque sí hay coincidencia en elementos estructurales

2.- Ante la ausencia de un concepto legal específico, los Tribunales laborales han elaborado un concepto jurisprudencial amplio y flexible, aunque casuístico, lo que implica cierta inseguridad jurídica, que, no obstante, permitió alcanzar soluciones satisfactorias mediante la aplicación de instituciones tradicionales del Derecho del Trabajo.

3.- La tipificación legal llevada a cabo por el legislador español ha sido deficiente, en tanto sólo se refiere al acoso discriminatorio, obviando otras formas de acoso que, no obstante, siguen encontrando protección conforme a normas laborales generales.

4.- La ausencia de un concepto genuino a nivel legal de cuanto por acoso moral en el trabajo quepa entender no ha impedido una adecuada protección de los trabajadores españoles, a través de las instituciones tradicionales del Derecho del Trabajo y de una continua (aunque parcial y casuística) actividad llevada a cabo por el legislador y por los Tribunales laborales.

7.- Bibliografía

págs. 288 y ss. o TASCÓN LÓPEZ, R.: “La indemnización adicional en los casos de extinción del contrato de trabajo tras la LO de igualdad efectiva”, *Actualidad Laboral*, 2009, págs. 4 y ss.

AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: “El acoso moral en el trabajo (mobbing): análisis sobre la limitada respuesta jurídica de un antiguo problema, de reciente estudio y futura solución legal”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 233-234, 2002.

AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: *La respuesta jurídico laboral frente al acoso moral en el trabajo*, Murcia (Laborum), 2004.

ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “Tipificación jurídica del acoso moral”, *Social mes a mes*, núm. 73, 2002.

CARBAJO ZARZALEJO, M.: “El acoso moral en la experiencia comparada, internacional y comunitaria: concepto y responsabilidad jurídica”, en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M. y VALDÉS DE LA VEGA, B., Coords.): *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, Granada (Comares), 2007.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El acoso moral en el trabajo (mobbing): delimitación y herramientas jurídicas para combatirlo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 555, 2002.

CES GARCÍA, E.M.: “El mobbing, un nuevo riesgo a prevenir en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, 2002.

CORREA CARRASCO, M.: “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en AA.VV.(CORREA CARRASCO, M., Coord.): *Acoso Moral en el Trabajo*, Pamplona (Aranzadi), 2006.

ESCUADERO MORATALLA, JF. y POYATOS MORATA, G.: *Mobbing: análisis multidisciplinar y estrategia legal*, Barcelona (Bosch), 2004.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y TASCÓN LÓPEZ, R.: “Responsabilidad empresarial por los daños causados a una trabajadora a la que se discriminaba por razón de sexo”, *La Ley*, núm. 5148, 2000.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: “El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 19, 2002.

FERRANDO GARCÍA, F. M^a.: “Concurrencia de responsabilidades contractual *ex art.* 50 ET y aquiliana”, *Revista de Derecho Social*, núm. 8, 1999.

GARCÍA CALLEJO, J.M.: *Protección jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, Madrid (FSP-UGT), 2003.

GORELLI HERNÁNDEZ, J. y MARÍN ALONSO, I.: “El acoso como causa de despido disciplinario”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 7, 2004.

HIRIGOYEN, M.F.: *El acoso moral en el trabajo: distinguir lo verdadero de lo falso*, Barcelona (Paidós), 1999.

LEYMAN, H.: "El contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (mobbing) en el trabajo", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, Vol. 5, núm. 2, 1996.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: "Las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva en las Directivas sobre discriminación por razón de sexo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 98, 1999.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: "Las exigencias de transposición de la Directiva 2002/73/CE", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2003.

MARÍN CORREA, J.M.: "Derechos fundamentales; su tutela procesal y los defectos de forma", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2001.

MARTÍN PÉREZ, M. y PÉREZ DE GUZMÁN, S.: "El acoso moral en el trabajo: la construcción social de un fenómeno", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2002.

MOLINA NAVARRETE, C.: "La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre la prevención y la indemnización", *Aranzadi Social*, núm. 18, 2002.

MOLINA NAVARRETE, C.: "Las nuevas leyes antiacoso ¿tienen algo de útil para la prevención y sanción del acoso?", *La Ley*, núm. 5942, 2004.

NAVARRO NIETO, F.: *La tutela jurídica frente al acoso moral laboral*, Pamplona (Aranzadi), 2007.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales", *Tribuna Social*, núm. 178, 2005.

PIÑUEL Y ZABALA, M.: *Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Santander (Sal Térrea), 2001.

ROJAS RIVERO, G.P.: *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*, Albacete (Bomarzo), 2005.

ROMERO RÓDENAS, M^a.J.: *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004.

RUIZ CASTILLO, M.M.: "La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual", *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2004.

SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA, Y.: "Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número extraordinario, 2007.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: "¿A quién hay que demandar en los pleitos por acoso laboral?", en AA.VV.(GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. y FERNÁNDEEZ HIERRO, F.J., Coords.): *Los riesgos psicosociales; teoría y práctica*, Pamplona (Aranzadi), 2009.

SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso moral en el trabajo*, Madrid (Consejo Económico y Social), 2005.

TAPIA HERMIDA, A.: “Las indemnizaciones por daños y perjuicios no establecidas ni reguladas en la legislación laboral, debidas a los trabajadores y derivadas de incumplimientos empresariales relativos al contrato de trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financiero)*, núm. 182, 1998.

TASCÓN LÓPEZ, R.: “La (in)compatibilidad entre las indemnizaciones derivadas de la resolución del contrato de trabajo *ex art. 50 ET* y las reclamadas al amparo del art. 1101 CC (Comentario a la STS de 11 de marzo de 2004)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Ius-Tel*, núm. 7, 2004.

TASCÓN LÓPEZ, R.: “La indemnización adicional en los casos de extinción del contrato de trabajo tras la LO de igualdad efectiva”, *Actualidad Laboral*, 2009.

EMPLAZAMIENTO EN JUICIO EN ARGENTINA DE LAS SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO

Aislan Vargas Basilio⁴¹

Sumario.- I. Introducción; II. El emplazamiento en juicio; III. El emplazamiento en juicio a una sociedad constituida en el extranjero originado por un acto aislado; IV. El emplazamiento en juicio a una sociedad constituida en el extranjero originado por un ejercicio habitual; V. Conclusión; VI. Bibliografía

Palabras Clave: Emplazamiento a juicio; sociedades mercantiles; constitución de sociedades en el extranjero

I. Introducción

El artículo 122 de la Ley 19.550 (Ley de Sociedades Comerciales de la República Argentina) especifica la capacidad de actuar y las facultades de los representantes de las sociedades constituidas en el extranjero, que “se imponen de acuerdo con las exigencias de la práctica, las defensas de los intereses locales y las enseñanzas de la doctrina”⁴².

La exposición de motivos de la Ley 19.550 aclara en relación al tema de las sociedades constituidas en el extranjero, que “la Comisión, persuadida de la trascendencia del asunto, trató, siguiendo el anteproyecto y proyecto (...), de conjugar los intereses en juego y de poner en un pie de paridad a las sociedades constituidas en el país y a las constituidas en el

⁴¹ El autor es brasileño, abogado en Brasil, Doctorando en Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica Argentina, Máster en Derecho Empresarial por la Universidad Austral (Argentina), Especialista en Derecho de las Nuevas Tecnologías (CEU/IICS – Brasil), Profesor de la cátedra de “Régimen Público de Internet” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y profesor invitado en universidades de Latino América.

⁴² VERÓN, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, Tomo 2, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993, p. 512; Ver Exposición de Motivos de la Ley 19.550, Capítulo Primero (Disposiciones Generales), Sección XV (De la Sociedad Constituida en el Extranjero), 5.

extranjero, tratando de no caer en un tratamiento peyorativo, ni en un trato preferencial que contradiga, en todo caso, el precepto constitucional de igualdad ante la ley”⁴³.

Pretendemos en este informe traer algunas ideas iniciales acerca del emplazamiento en juicio de las sociedades constituidas en el extranjero, trazando de forma sencilla y de fácil entendimiento un análisis del artículo 122 de la Ley 19.550 enfrente la doctrina y jurisprudencia.

II. El emplazamiento en juicio

En primer lugar, como expuso MANÓVIL, Rafael M., debemos destacar que “el tema no debe ser confundido con la cuestión de la jurisdicción internacional”⁴⁴.

El artículo 122 de la Ley 19.550 (LSC) determina, inteligentemente, a qué “persona” se puede notificar sobre el emplazamiento o citación a juicio de las sociedades constituidas en el extranjero.

Art. 122. [Emplazamiento en Juicio] – El emplazamiento a una sociedad constituida en el extranjero puede cumplirse en la República:

a) Originándose en un acto aislado, en la persona del apoderado que intervino en el acto o contrato que motive el litigio.

b) Si existiere sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación, en la persona del representante.

De esta manera se puede observar que la persona mencionada por la ley es aquella relacionada con la sociedad constituida en el extranjero. Así, dicho dispositivo establece que el emplazamiento a las sociedades constituidas en el extranjero puede cumplirse en la persona del representante general o del apoderado que intervino en la negociación, dependiendo de la ocasión donde cuidaremos más adelante.

⁴³ Exposición de Motivos de la Ley 19.550, Capítulo Primero (Disposiciones Generales), Sección XV (De la Sociedad Constituida en el Extranjero), 1.

⁴⁴ MANÓVIL, Rafael M., *Sociedades Multinacionales: Ley aplicable a sus formalidades de constitución y contralor de funcionamiento*, LL 2005-A, p. 1505.

El artículo determina expresamente a qué personas hay que notificar el emplazamiento o citación a juicio, distinguiendo según se trate de sociedad constituida en el extranjero que realiza actos aislados o ejercicio habitual⁴⁵. De esta forma, queda claro que no se puede considerar que cualquier persona que sea presentada por la actora de una eventual demanda, tenga la representación de la sociedad extranjera que se quiere demandar.

La solución “coincide con las conclusiones de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional reunida en La Habana en 1948”⁴⁶.

Asimismo, es importante destacar que, conforme dispone la ley, la notificación o citación deberá ser de forma personal⁴⁷ – *in personam* – y no en su sucursal, representación, o aún su domicilio.

Entiende CABANELLAS, Guillermo, que la norma tiene por finalidad “reforzar la posibilidad de notificar a las sociedades que, operando en el país (...) tienen su domicilio en el extranjero”⁴⁸.

La idea es complementada por ZUNINO, Jorge Osvaldo, que entiende que “se soluciona el problema de tener que tramitar el costoso traslado de la demanda que supone notificar a la sociedad extranjera en su domicilio”⁴⁹. En el mismo sentido, VERÓN, Alberto

⁴⁵ VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Derecho de las Sociedades Comerciales*, 6ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 278.

⁴⁶ Exposición de Motivos de la Ley 19.550, Capítulo Primero (Disposiciones Generales), Sección XV (De la Sociedad Constituida en el Extranjero), 5.

⁴⁷ Ver Resolución IGJ Nº 000263, 9/3/04: “En el primero de los casos, esto es, tratándose del acto aislado, parece evidente que el apoderado a que se refiere la norma es necesariamente la persona física que cumplió con el acto o suscribió el contrato en la República Argentina y en el caso de existencia de sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación, resulta no menos claro que la referencia a la “persona del representante” solo puede referirse a una persona física “representante” del ente extranjero, pues de lo contrario, dicha expresión carecería de todo sentido; pues hubiera bastado simplemente que la ley se refiera a que el emplazamiento debiera cumplirse en el domicilio del representante o en el domicilio de la representación, lo que no sucede” (“*Crosstown Financial Company 4, LLC*”).

⁴⁸ CABANELLAS, Guillermo, *Aspectos Procesales de las Sociedades Extranjeras*, RDCO, 1999, p. 16.

⁴⁹ ZUNINO, Jorge Osvaldo, *Régimen de Sociedades Comerciales Ley 19.550*, 21ª ed., act. y ampl., Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2006, p. 166.

Víctor, sostiene que “(...) se tiende a eliminar así el trámite engorroso de las rogatorias internacionales”⁵⁰.

Por otro lado, entendemos que debe ser aclarado que el artículo 122 de la LSC no deroga las normas procesales civiles en vigencia. Las normas procesales podrán ser utilizadas de forma subsidiaria, pues “(...) no impide que el emplazamiento se cumpla del modo previsto en las normas procesales comunes, y particularmente en el domicilio de la sociedad demandada”⁵¹.

Utilizar de la vía abierta por la Ley de Sociedades Comerciales es una forma de que la sociedad extranjera no pueda cuestionar la nulidad del emplazamiento, y para el demandante una forma más económica y ventajosa de estar en juicio.

De todos modos, hay un proyecto de ley nacional, S.-2.516/05, en trámite, de autoría de Cristina Fernández de Kirchner y Guillermo R. Jenefes, que prevé sustituir el artículo 122, para que el emplazamiento se cumpla, pero notificando el “domicilio”⁵² y no la persona.

⁵⁰ VERÓN, *Sociedades Comerciales...*, citado, p. 513.

⁵¹ CABANELLAS, *Aspectos Procesales ...*, citado, p. 21.

⁵² Proyecto de Ley S.-2.516/05: “Artículo 123 - Emplazamiento en juicio. Cuando se justifique la competencia del tribunal, el emplazamiento de una sociedad constituida en el extranjero puede cumplirse en la República, notificando: 1. En el domicilio especial constituido a tal efecto o, en su defecto, en el domicilio real de la persona del representante que intervino en el acto aislado en cuestión, respecto del supuesto previsto en el artículo 119. 2. En el domicilio registrado, respecto de cuestiones resultantes de los supuestos previstos en los artículos 120 y 121. 3. En el domicilio donde se acredite, inequívocamente, que funciona, en la República, la sucursal, agencia o cualquier otra forma de descentralización empresarial o, en su defecto, en el domicilio real de la persona del representante que intervino en el acto en cuestión, respecto de las sociedades que, incurriendo en los supuestos previstos por los artículos 120 y 121, incumplieron la inscripción allí prevista.” (El proyecto presenta un cambio del art. 122 por su art. 123, como fundamento, “a los efectos de evitar un inútil esfuerzo jurisdiccional, se ha previsto la justificación de la jurisdicción argentina como requisito previo a la efectiva aplicación de dichas reglas. Entienden, que por estar en juego el ejercicio del derecho de defensa, las soluciones adoptadas están inspiradas en la necesidad de asegurar que dicho emplazamiento se practique con el mayor grado de certidumbre posible. La notificación en cabeza de las personas prevista en el vigente sistema es desplazada por el emplazamiento en los domicilios, por entender que dicha solución resulta consistente con las normas locales de procedimiento y de fondo. A su vez, se han precisado las reglas para el emplazamiento de aquellas sociedades que han omitido su inscripción en la República,

En ese contexto, si el litigio se originó por algún “acto aislado”, conforme establecido en el inciso “a”, el emplazamiento podrá hacerse *en la persona del apoderado* que intervino en el acto o contrato que motivó el litigio.

Otrosí, si la sociedad hubiera establecido una sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, o sea, en los casos en que la sociedad ejerza en carácter habitual su objeto, conforme el inciso “b”, el emplazamiento puede efectuarse *en la persona del representante*.

III. El emplazamiento en juicio a una sociedad constituida en el extranjero originado por un acto aislado

Una de las formas que las sociedades constituidas en el extranjero pueden actuar en la República Argentina, es por la realización de actos aislados.

Actos aislados son aquellos actos esporádicos, accidentales y desprovistos de permanencia⁵³. Además, estos actos para ser considerados aislados no deben formar parte de la actividad habitual de la sociedad.

Según análisis del artículo 118, 2º párrafo de la Ley 19.550, la sociedad constituida en el extranjero podrá realizar actos aislados, así como “estar en juicio”, sin la necesidad de cumplir con ningún trámite.

En síntesis, si la sociedad extranjera fuera citada a juicio como consecuencia de algún acto aislado, inclusive para defender sus derechos acerca de ello, podrá intervenir sin la necesidad de satisfacer o cumplir con ninguna especie de trámite o inscripción.

En efecto, quiere decir que su condición de sociedad extranjera no la excluye de la competencia de los tribunales argentinos⁵⁴.

contemplándose, para dichos supuestos, soluciones que protejan a los terceros frente a quienes realizan actos en infracción a la ley”.)

⁵³ El ejemplo clásico de acto aislado, más utilizado es “la compra de un bien mueble por la sociedad constituida en el extranjero”; Cuanto al alcance que en doctrina se da a los llamados “actos aislados”, las posiciones varían y se diferencian claramente. Ver Biagosch, Facundo, en: “*La República Argentina frente al lavado de dinero*”. Capítulo 10 “Las Sociedades Off Shore”, editado por la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico, Sedronar, Buenos Aires, 1997, p. 165.

Sin embargo, no podemos olvidar cuando hablamos de este derecho de la sociedad extranjera de estar en juicio sin cumplir ningún recaudo especial, que ella deberá ejercer su representación por un “representante legal”, respetando así lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 10.996⁵⁵. Los representantes societarios de la sociedad con sus poderes generales y amplios de representación y administración, no se encuentran habilitados para ejercer la representación legal exigida, correspondiendo solamente a los abogados, como describe la ley.

Como visto en el punto anterior, el inciso “a” del artículo 122 de la LSC apunta exactamente en qué persona puede cumplirse el emplazamiento en juicio, agotando el tema cuando dispone que es el “apoderado que intervino en el acto o contrato que motive al litigio”⁵⁶.

Sobre este punto, otro problema ha sido la discusión en torno a la aplicabilidad del artículo, cuando el apoderado carece de facultades para recibir la notificación o citación de una demanda y contestarla.

En relación a este tema, algunos fallos entienden que el apoderado no tiene legitimidad y poderes de representación⁵⁷, otros entienden que aunque el apoderado esté ajeno a la toma de poderes de representación de la sociedad, le corresponde el anoticiamiento de la demanda para la sociedad⁵⁸.

⁵⁴ Ver CNCom, sala C, 29/9/76, DE, IV-A-558.

⁵⁵ Ver CNCom., sala C, 2/2/01, “Dresdner Bank Lateinamerika Ag c/Monis, Ricardo Jacobo y otros/ejecutivo”; en mismo sentido en la misma sala: 17/8/88, “Cámara c/Eidef”; 30/11/94, “Dulce Hogar S.A. c/Carrefour Argentina S.A.”; ídem sala B, 30/11/1994, “Droguería Baracas S.R.L. c/Farmacia Triunvirato S.C.S. s/ordinario”; ídem, sala E, 11/8/89, “Gatius, Noemí c/López y Predo SACI”.

⁵⁶ VERÓN ejemplifica, citando el fallo CNCom, sala A, 23/6/77, LI, 1978-XXXVIII-453: “La compra de acciones por una sociedad extranjera en el país, constituye un acto aislado realizado por aquella mediante la persona de su *presidente*, domiciliado en la República, por lo cual su *emplazamiento en juicio* resulta procedente de acuerdo con el art. 122, inc. a de la ley 19.550”. (VERÓN, *Sociedades Comerciales...*, citado, p. 513); Ver también: CNCom., sala D, 14/2/02, “Mikulic María Cristina C/L.G.D. Transportes Ltda. s/ordinario” (... 4. En efecto, si bien la cédula en cuestión se curso a un “apoderado” de la sociedad extranjera emplazada, en un domicilio cito en esta ciudad, lo cierto es que ese instrumento resulto idóneo al fin para el cual fue enviado”).

⁵⁷ Como son los casos de *Editorial Claridad S.A. c. Editorial Diana S.A.*, CNCiv., sala F, ED t. 125, p. 632; CNCiv, sala F, 5/6/03, LL, 2003-D-533; ver Nissen, *Ley de Sociedades Comerciales*, t.2, p. 323.; CNCiv, sala B, 12/4/77, JA, 1977-III-632 y RepLL, XXXVII-1577, sum. 32; sobre este mismo caso (sum. 33).

⁵⁸ Ver *Irueste c. Banco UBS Argentina*, Cám. Com., sala C, 13/2/04, LA LEY, diario del 5.7.04, fallo 107.704.

Así, en una forma de prevención y en uso de sus atribuciones la Inspección General de Justicia (IGJ) de la Capital Federal, instituyó por la Resolución General 08/2003, el registro de actos aislados de sociedades extranjeras⁵⁹. Otrosí, creó en colaboración con el registro de la propiedad inmueble de la misma jurisdicción, un mecanismo eficiente para investigar si se violan las normas de los artículos 118, 3º párrafo y 124 de la Ley 19.550⁶⁰.

Sin embargo, la mencionada Inspección General de Justicia (IGJ) – organismo estatal de fiscalización y control, equivalente al Registro Público de Comercio (RPC) – tiene como ámbito de competencia solamente la Capital Federal de la República Argentina.

A respecto de la materia, la misma Inspección General de Justicia (IGJ), instituyó en el artículo 213⁶¹ de la Resolución General 07/2005 el efecto vinculante de “toda notificación o emplazamiento que realice”, en la sede social inscripta por las sociedades.

Así la IGJ, cuando edita sus reglamentos, exigiendo también la inscripción de las sociedades que realizan actos aislados, demuestra buscar y crear una seguridad jurídica no asegurada por la ley, frente a las sociedades comerciales constituidas en el extranjero.

⁵⁹ Cuánto al tema de actos aislados y su inscripción al Registro Público de Comercio, así entiende NISSEN, Ricardo A.: “El problema radica en el silencio de la ley sobre qué es lo que debe entenderse por acto aislado, pues muchas veces un acto de tal naturaleza puede generar una actividad permanente y continuada, predicando la doctrina nacional mayoritaria que *tal concepto debe ser interpretado en sentido restringido, reservándose para aquellos actos desaprobados de permanencia y que se caracterizan por lo esporádico y accidental.* (...) Entiendo que la dilucidación de la cuestión requiere analizar la importancia que tiene para el Estado, el conocer los sujetos que desarrollan actividades en la República, lo cual sólo se puede lograr exigiendo la registración de la entidad extranjera. En tal orden de ideas, parece acertado restringir el concepto de acto aislado y exigir el cumplimiento de la inscripción de las mismas en el Registro Público de Comercio cuando la naturaleza del acto excede la accidentalidad”. (NISSEN, Ricardo A., *Curso de Derecho Societario*, 1ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 315/316).

⁶⁰ FAVIER DUBOIS, Eduardo M., *La polémica sobre la prevención en la actuación de las sociedades off shore, a propósito de la Resolución General 2/05 de la Inspección General de Justicia*, en <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=24641> (acceso el 10-VII-2007).

⁶¹ “Notificaciones – Artículo 213. – Toda notificación que en ejercicio de sus funciones la Inscripción General de Justicia realice a las sociedades en la sede social inscripta por ellas, tendrá efectos vinculantes en los alcances determinados por el artículo 11, inciso 2º, párrafo segundo, de la Ley N° 19.550. La Inspección General de Justicia solicitará o admitirá con los mismos efectos el emplazamiento en juicio de las sociedades, e cualquier acción judicial que promueva o en la que intervenga.”

De esta forma, por la interpretación de la IGJ, la persona del apoderado, mencionado por el inciso “a”, es el representante que esté inscripto en el registro de actos aislados de sociedades extranjeras.

IV. El emplazamiento en juicio a una sociedad constituida en el extranjero originado por un ejercicio habitual

Otra forma de que las sociedades constituidas en el extranjero puedan actuar en la República Argentina, es por la realización de ejercicio habitual de su actividad.

Establece el artículo 118, 3º párrafo de la LSC que la sociedad constituida en el extranjero podrá realizar habitualmente los actos comprendidos en su objeto social, así como también establecer una sucursal, un asiento o cualquier otra especie de representación permanente.

Para ello, la sociedad deberá cumplir con todos los requisitos constantes en los incisos del 3º párrafo⁶² ⁶³. Además, la sociedad para ejercer habitualmente estos actos, en la Capital Federal de la República Argentina, deberá cumplir también con el reglamento de la Inspección General de Justicia, Resolución General 07/2005 (artículos 188 al 194) complementada por las Resoluciones Generales 12/2003, 02/2005, 03/2005, 04/2005 y 06/2005, así como observar las disposiciones especiales dos artículos 25 al 28 del Decreto 1493/82 que reglamenta la Ley 22.315/80.

⁶² Art. 118. (...) [Ejercicio Habitual] – Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe: 1º) Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país. 2º) Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República. 3º) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará. – Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales.

⁶³ Para NISSEN, los fundamentos que sustentan la inscripción de las sociedades extrajeras en los registros mercantiles, expuestos por los legisladores de la Ley de Sociedades y compartido con la doctrina y jurisprudencia nacional son: “a) Principios de soberanía y control de entidades mercantiles que, constituidas con arreglo a las leyes de sus respectivos países, pretenden incorporarse a la vida económica de la Nación. b) El régimen de publicidad que inspira toda registración mercantil, y que constituye un sistema instituido en beneficio de todos los terceros, dando además certidumbre a las relaciones comerciales y de responsabilidad, concepto éste íntimamente vinculado a la moralidad comercial”. (NISSEN, *Curso de Derecho Societario ...*, citado, p. 316/317).

La otra forma de cumplir el “emplazamiento en juicio” de una sociedad extranjera en la República Argentina, es en la persona del representante de la sociedad, cuando ella ejerce habitualmente su objeto social. En otras palabras, cuando existiere sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación, como ya tratado (artículo 118, 3º párrafo de la LSC).

Para MANÓVIL, “se ha señalado que el mismo adquiere importancia práctica en los supuestos en que la sociedad extranjera haya incumplido los requisitos del tercer párrafo del art. 118, LSC ya que, en caso contrario, se contará siempre con un domicilio inscripto⁶⁴”.

Pondera aún, que “se considera necesario, en general, que la controversia que origina el emplazamiento esté razonablemente vinculada a la sucursal, asiento o representación permanente⁶⁵”.

El problema mayor, como bien sostiene NISSEN, se presenta “cuando la sociedad extranjera no se ha inscripto en el registro mercantil, pues la inexistencia registral de los datos del representante impide la aplicación de la norma prevista por el art. 122 de la ley 19.550, problema que reviste decisiva importancia, pues está en juego el principio de la defensa en juicio, de carácter constitucional⁶⁶”.

En ese contexto, NISSEN presenta dos alternativas: notificar la demandada en su país de origen o que sea merituada la conducta del supuesto representante de la sociedad extranjera, y si éste ha creado la apariencia de actuar en tal carácter, la notificación debe serle dirigida a su persona.

En la hipótesis que, por algún motivo, no pueda notificarse a la sociedad extranjera o que no pueda considerarse válida la notificación por carecer de poderes la persona que la recibió, resulta imprescindible la notificación de la demanda a la empresa extranjera en su domicilio real, observando el reglamento procesal civil⁶⁷.

⁶⁴ MANÓVIL, *Sociedades Multinacionale ...*, citado, p. 1505.

⁶⁵ Conf. CNCom., sala D, 20/10/99, “*Consersa Consultores de Servicios S.A. c/ CH2M Hill Internacional Ltd. (CHIL) y otra s/ beneficio de litigar sin gastos*”.

⁶⁶ NISSEN, *Curso de Derecho Societario...*, citado, p. 319.

⁶⁷ Conf. CCiv. y Com. Fed., sala I, 1/3/01, “*La Buenos Aires Cía. Argentina de Seguros S.A. c/ DHL Worldwide Express s/ faltante y/o avería de carga transporte aéreo*”.

En disidencia de ésta afirmativa entiende el doctor Vernengo Prack⁶⁸:

“Las sociedades extranjeras, que no ‘habitan’ el territorio argentino, no gozan del beneficio de sus leyes. La Constitución fue consagrada ‘para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino’. Quienes no quieren habitar en el suelo argentino, es decir, no tiene aquí ‘sucursal’, ‘asiento’ o ‘cualquier otra especie de representación’ (art. 122, inc. B, de la ley de sociedades), no son protegidas ni por la Constitución, ni por las leyes argentinas; no por una absurda e irracional xenofobia, sino por un elemental principio de sensatez; si quieren ganancias argentinas deben de alguna manera habitar allí para que también les alcancen las leyes argentinas”.

V. Conclusión

La Ley de Sociedades Comerciales de la República Argentina dispone las formas en que las sociedades constituidas en el extranjero pueden realizar sus actividades en el país, entre ellas por medio de actos aislados y ejercicio de su objeto social de forma habitual.

Cuando trata de los derechos, obligaciones y facultades de las sociedades extranjeras de estén en juicio, la ley difiere entre estos medios de actuación. Pues de acuerdo con la LSC, las sociedades extranjeras pueden practicar actos aislados independientemente de cumplimiento de trámites (art. 118, 2º párrafo, LSC), pudiendo el emplazamiento en juicio ser cumplido en nombre del apoderado que intervino en el acto o contrato que motive el litigio. Y de acuerdo con la misma ley, las sociedades extranjeras pueden practicar su objeto social habitualmente como también establecer una sucursal, un asiento o cualquier otra especie de representación permanente, pero para ello deberá cumplir con todos los requisitos constantes en la ley y resoluciones editadas por los Registros Públicos de Comercio (art. 118, 3º párrafo, LSC), pudiendo el emplazamiento en juicio ser cumplido en nombre del representante.

Pero en la práctica se presenta de modo diferente, donde a causa de las resoluciones generales de algunos Registros Públicos de Comercio, como la Inspección General

⁶⁸ Citando el voto del doctor Vernengo Prack en el fallo CNCiv, sala B, 12/4/77, JA, 1977-III-632 y RepLL, XXXVII-1577, sum. 32: VERÓN, *Sociedades Comerciales...*, citado, p. 514).

de Justicia de la Capital Federal, se igual el tratamiento de las sociedades extranjeras para actos aislados y ejercicio habitual.

Como visto en el trabajo y opuesto la LSC, la Inspección General de Justicia (IGJ) por sus resoluciones generales, exige también para la práctica de actos aislados por las sociedades extranjeras, debida inscripción en el correspondiente registro, igualando así al mismo tratamiento dado para el ejercicio habitual.

En efecto, se entiende como la persona del apoderado (señalado en el art. 122, *a*, LSC) para cumplimiento del emplazamiento en juicio, el representante que esté inscripto en aquél registro, igualando nuevamente el tratamiento.

Se percibe que la Inspección General de Justicia, en los últimos años, ha dictado una serie de medidas dirigidas a los inversionistas y las sociedades extranjeras.

Cuando edita sus resoluciones generales respecto del tema tenemos una leve sensación de violación de la Ley de Sociedades Comerciales, pues legisla colocando exigencias donde la ley especial no lo prevé, olvidándose de ésta última.

Sin embargo, está aclarado en las mismas resoluciones editadas que el fundamento de poner estas exigencias y obligaciones enfrente a las sociedades constituidas en el extranjero, es promover la seguridad jurídica y hasta intentar evitar el fraude a la ley (en algunos casos).

Creemos que la inspiración para todo eso está en los principios de serenidad, disciplina societaria y legalidad.

Por otro lado, y con cierta razón la IGJ entiende que al “eximir a las sociedades extranjeras de la registración, implicaría crear en su favor un régimen de privilegio”⁶⁹.

Además, acerca del tema hay un proyecto de ley nacional, S.-3.054/03⁷⁰, en trámite en el Senado y en la Cámara de Diputados (en las comisiones de Legislación General y

⁶⁹ Resolución IGJ 122/05, Enero 22 de 2005, en el expediente “Terapias Médicas Domiciliarias SA” (*Inspección general de justicia resoluciones administrativas / dirigido por Claudia Cerchiara – 2ª ed.*, Buenos Aires, Errepar, 2005, p. 248).

⁷⁰ Proyecto de Ley S.-3.054/03: “Artículo 1º – Se Modifica el artículo 118 de la ley 19.550 (t.o.) el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 118: Ley aplicable. La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución. *Actos aislados. Se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio, sin perjuicio de las facultades de la autoridad de contralor de calificar dichos actos a los fines del párrafo siguiente o del*

de Economía Nacional e Inversión, de la autoría de Mavina Seguí, que modifica el artículo 118 de la Ley 19.550, receptando así lo dispuesto en las resoluciones de la IGJ.

El proyecto busca unificar el criterio, extendiendo su aplicación en todo el territorio de la República Argentina, evitando que las sociedades extranjeras se vean favorecidas de ir a inscribirse en otras jurisdicciones del país menos exigentes en las que la resolución de la Inspección General de Justicia no puede aplicarse debido al ámbito territorial de su competencia.

Además, entre los fundamentos del proyecto están: - que las cuestiones de extranjería son cuestiones federales de la Nación Argentina; - que autorizada doctrina y jurisprudencia mayoritaria ha entendido comprometidos por principios de soberanía y control, al imponer a las sociedades extranjeras que pretendan incorporarse a la vida económica de la Nación, su inscripción en el Registro Público de Comercio; - el amparo de una legislación más favorable, pero cuya sede real se encuentra en la República Argentina; - al resolver la creación del registro de actos aislados de sociedades constituidas en el extranjero, ha tenido en cuenta que existen cuestiones relativas al interés general comprometido en la seguridad jurídica de las transacciones lo que conlleva la necesidad de encuadrar correctamente la actuación de dichas sociedades para realizar actos aislados.

Así, entendemos que solamente con la aprobación del mencionado proyecto, las leyes y los reglamentos de los Registros Públicos de Comercio, estarán en debida armonía, sin

artículo 124, según corresponda, y requerir las inscripciones pertinentes, bajo apercibimiento de solicitar judicialmente la liquidación de los bienes y operaciones de la sociedad o la disolución y liquidación de ésta, según proceda. Ejercicio habitual. Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe: 1. Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país. 2. Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República. 3. Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará. 4. Identificar con carácter permanente la persona de sus socios y controlantes internos directos o indirectos, a los efectos de los derechos, obligaciones y responsabilidades que pudieran derivarse de la actuación de la sociedad. - Si se tratase de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por las leyes especiales. - Para la inscripción indicada en el inciso 2 y su posterior subsistencia, deberá probarse en la forma que establezca la autoridad de contralor, que no se configura ninguno de los supuestos de aplicación del primer párrafo del artículo 124; dicha prueba podrá dispensarse en casos notorios.” (http://www1.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=1692208564&advquery=3054-S-03&infobase=dae.nfo&record={6CB7}&recordswithhits=on&softpage=Document42; acceso en 15-VII-2007)

riesgo de plantear alguna violación de la Ley de Sociedades Comerciales o su mala interpretación.

VI. Bibliografía

BIAGOSCH, Facundo, en: *La República Argentina frente al lavado de dinero*. Capítulo 10 “Las Sociedades Off Shore”, editado por la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico. Buenos Aires : Sedronar, 1997.

CABANELLAS, Guillermo. *Aspectos procesales de las sociedades extranjeras*. RDCO – año 32 – Buenos Aires : Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1999.

FAVIER DUBOIS, Eduardo M. *La polémica sobre la prevención en la actuación de las sociedades off shore, a propósito de la Resolución General 2/05 de la Inspección General de Justicia*, en <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=24641> (acceso el 10-VII-2007).

Inspección general de justicia resoluciones administrativas / dirigido por Claudia Cerchiara – 2ª ed., Buenos Aires : Errepar, 2005.

MANÓVIL, Rafael M. *Sociedades Multinacionales: Ley aplicable a sus formalidades de constitución y contralor de funcionamiento*. LL 2005-A.

NISSEN, Ricardo A. *Curso de Derecho Societario*. 1ª ed. – Buenos Aires : Ad-Hoc, 2005.

VERÓN, Alberto Víctor. *Sociedades Comerciales*. Tomo 2 – Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993.

VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Derecho de las Sociedades Comerciales*. 6^a ed. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

VÍTOLO, Daniel Roque. *Sociedades constituidas en el extranjero con sede o principal objeto en la república*. 1^a ed. – Buenos Aires : Universitas, 2005.

ZUNINO, Jorge Osvaldo. *Régimen de Sociedades Comerciales Ley 19.550*. 21^a ed., act. y ampl. – Buenos Aires : Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2006.

ABOGACÍA Y JUSTICIA: PENSAMIENTO, HISTORIA Y MUNDIALIZACIÓN.

Javier Pérez Duarte*

Sumario.- I. Prolocutores y Abogados. II. La Esgrima en el Derecho. III. El Carnaval de los Juristas. IV. Derecho y Ciencia Jurídica. V. El Siglo XXI y sus nichos sin Derecho. VI. Principio de Legalidad y Humana Dignidad.

Palabras Clave.- Abogacía; Justicia; Historia; Mundialización

I. PROLOCUTORES Y ABOGADOS

“Frente al reo, los jueces con sus viejos ropones enlutados; (...)

El abogado defensor perora, golpeando el pupitre con la mano; (...) mientras oye el fiscal, indiferente, el alegato enfático y sonoro”⁷¹.

La idea de pretensión expresa la complejidad de la vida social, un mundo caracterizado por ambivalencias que afectan de la misma manera al derecho. Los profesionales reflejan esta realidad insegura, polivalente, huidiza. La abogacía representa, como pocas, este escenario que exige, por otra parte, un discurso constante

* Catedrático de la Universidad de Deusto, Bilbao, España.

⁷¹ MACHADO, A.: *Poesías completas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1978, p. 151.

de interpretación⁷². La progresiva conquista de la autonomía personal en la modernidad choca con la constante menesterosidad de la persona que necesita, en determinadas circunstancias, de un profesional de la abogacía⁷³. De acuerdo con Luhmann se puede asegurar que se asiste al surgimiento de una cultura del derecho, en la que se aprecia un amplio margen para las diferencias, se descubren nuevas y diversas perspectivas, en las que la realidad queda afectada por el derecho. El abogado se encuentra dentro del sistema jurídico pero, al mismo tiempo, conecta la teoría social con la teoría jurídica⁷⁴.

Max Weber lleva a cabo un interesante estudio de la evolución histórica de la abogacía. En la Edad Media surge, por una parte, el llamado prolocutor, “*Fürsprecher*”, y, por otra, el abogado “*Anwalt*”. Al primero lo que le caracteriza es su papel eminentemente argumentativo, las partes podían solicitar al juez un experto en el lenguaje jurídico para que pronunciara las palabras que requería el desarrollo del procedimiento, de ahí la necesidad de que el prolocutor debía encontrarse al lado de las partes. El segundo, el abogado, surge con la racionalización del procedimiento ante los tribunales de los príncipes, con la necesidad de conseguir e interpretar la fuerza de las pruebas. Asume la dirección técnica en la preparación del procedimiento. El prolocutor, en cambio, podía colaborar en la formulación de la sentencia. La abogacía está marcada en sus inicios por la formación de los profesionales. El aprendizaje del derecho está íntimamente unido a las dos formas de ser concebido: el mero aprendizaje jurídico de tipo profesional y el pensamiento jurídico. De aquí surgen, a su vez, dos métodos, por una parte, una enseñanza empírica del derecho mediante el “método del caso”, procedente de la práctica misma del derecho al modo de un oficio. Por otra, la enseñanza teórica en escuelas jurídicas especializadas mediante la elaboración racional, sistemática y científica.

Del primer estilo es la enseñanza jurídica gremial de los abogados en Inglaterra. La Edad Media marcaba el carácter de los gremios y también del oficio de letrado, fruto

⁷² El presente ensayo será publicado por la Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra-España) y fue presentado como ponencia en el Congreso UNIJES 2011 “Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global” convocado por las Facultades de Derecho de las Universidades de Deusto, Ramón Llull (ESADE) y Pontificia Comillas (ICADE) y acogido por esta última en Madrid en el marco de su cincuentenario.

⁷³ MERTON, R.K.: *Ambivalencia sociológica y otros ensayos*, Espasa-Calpe, Madrid, 1980, p. 37.

⁷⁴ LUHMANN, N.: *El derecho de la sociedad*, Universidad Iberoamericana, México, 2002, pp. 62-63.

de una enseñanza puramente práctica que competía con la recibida en las universidades. Cuando la universidad se hizo con el monopolio, las escuelas comenzaron su decadencia y desaparecieron. El abogado no poseía las funciones actuales, sólo aparece como representante de las partes cuando el rey, tanto en Inglaterra como en Francia, le concede unos derechos procesales, la representación en juicio y su nombramiento dependía de un privilegio especial.

La función de abogado estaba en un principio en manos de quienes sabían escribir, los clérigos, para quienes se convirtió en el modo principal de subsistencia. No obstante, la creciente cultura jurídica de los sectores laicos provocó la paulatina desaparición de los clérigos de la profesión de abogado y la agrupación de los abogados laicos en gremios integrados por profesionales de los tribunales. Estos sectores llegan a monopolizar los puestos de todos aquellos que requerían el conocimiento del derecho, lo que se produjo en los siglos XV y XVI. El Renacimiento trajo consigo, al mismo tiempo, una racionalización del derecho, la mera práctica jurídica daba paso paulatinamente a un predominio del pensamiento jurídico, las profesiones del derecho se imponían a los oficios. Desaparecen los viejos prolocutores y su puesto es ocupado por funcionarios, “*counsels*”, “*advocates*”. El Estado renacentista construía su realidad sobre la imaginación y el arte de los nuevos juristas. El poder de los monarcas se hallaba respaldado por la creciente influencia de la burguesía europea frente al antiguo poder de la nobleza o la Iglesia, aunque todavía lejos de la crisis definitiva de finales del XVIII. Se reafirma la idea de la justicia impartida en nombre del rey y los abogados representan a las partes con las antiguas funciones de los prolocutores. No obstante, la profesión de abogado continuó durante un tiempo vinculada a la práctica empírica ante los tribunales, sin contacto con los representados y ayudados por “*attorneys*” y “*solicitors*”, sin cultura jurídica.

La sistematización de las universidades no se refleja, en un principio, en la formación de los abogados, los criterios empíricos caracterizan durante mucho tiempo la práctica profesional. Surge una enseñanza del derecho puramente empírica, cada vez más especializada, se llegó a un tratamiento formalista vinculado a los precedentes judiciales y a las analogías. Esta especialización mecánica provocó el eclipse de la totalidad del material jurídico. La práctica jurídica no buscaba la sistematización racional del derecho, sino la elaboración de esquemas de contratos, de acciones que fuesen utilizables para satisfacer los intereses de los clientes. Ficciones procesales

permiten la decisión de casos nuevos de acuerdo con los esquemas de los ya conocidos. Se elabora un derecho a partir de la realidad concreta y, sustentado en ella, la realidad se convierte en derecho y se produce, al mismo tiempo, la interrelación entre realidad y norma jurídica. De los motivos de desarrollo no aparece un derecho racionalmente sistematizado. En todo caso, los conceptos, fruto de una cierta racionalización del derecho, deben servir a la orientación de hechos que han de ser tangibles, basados en la experiencia cotidiana, por tanto, meramente formales. Estos conceptos aumentaban y se ampliaban sin cesar de acuerdo a las prácticas mencionadas de precedentes, analogías y esquemas de contratos con un criterio de servicio a intereses concretos⁷⁵.

Francisco de Quevedo dirige duras sátiras a la abogacía en *El sueño del juicio final* cuando un abogado, al ver a unos procesados que no querían salir de sus tumbas a pesar de haber resucitado y a los que unos demonios les llevaban a la audiencia, sacó “la cabeza y preguntóles que a dónde iban, y respondieronle, al justo juicio de Dios, que era llegado; a lo cual, metiéndose más ahondo, dijo:

-Esto me ahorraré de andar después, si he de ir más abajo”⁷⁶.

II. LA ESGRIMA EN EL DERECHO

Max Weber hace hincapié en la relación formación-práctica profesional. El derecho necesita de conceptos generales formados por la “abstracción de lo sensible, interpretación lógica del sentido, generalización y subsunción, que después hubiera que aplicar silogísticamente, como normas”. Por otra parte, tanto la formación del jurista como su práctica profesional se alejan del pensamiento jurídico. La práctica del derecho y la enseñanza jurídica infieren de lo particular también a lo particular, “no de lo particular a principios generales, para luego deducir de ellos la solución del caso concreto”. La palabra adquiere absoluta relevancia, se puede afirmar que el derecho consiste únicamente en palabras que se aplican, interpretan y extienden en todos los sentidos para ser adaptadas a cada necesidad, si no es suficiente se acude a la analogía y

⁷⁵ WEBER, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1944, p. 588.

⁷⁶ QUEVEDO, F.: *Los sueños. Sueños y discursos de verdades descubridoras de abusos, vicios y engaños, en todos los oficios y estados del mundo*, Espasa-Calpe, Barcelona, 2001, p. 88.

a otras ficciones técnicas. De forma sorprendente esta flexibilidad jurídica, adaptable a la multiforme y cambiante realidad, provoca la inmodificabilidad del derecho “oficial” y adquiere un carácter arcaico atrincherado ante los cambios, por ejemplo, económicos. Cuando la realidad se desarrolla de tal manera que el derecho permanece anclado en sus propios silogismos aplicados de forma casuística se llega a resultados que pueden ser grotescos. La consecuencia es que no puede surgir un aprendizaje ni una teoría jurídica de tipo racional⁷⁷.

Es interesante recordar en este punto el planteamiento de Schopenhauer, la dialéctica, tan importante en las profesiones jurídicas, sobre todo en la abogacía, se sitúa entre la simple lógica y la simple sofística, la primera busca la verdad objetiva y la segunda la imposición de tesis falsas. Por el contrario, la argumentación o dialéctica es una “esgrima intelectual para llevar la razón en la discusión”, su nombre más correcto es el de dialéctica erística. La dialéctica no tiene que entrar ni en la confirmación de la verdad, ni en la imposición de la falsedad, “del mismo modo que el maestro de esgrima tampoco considera quién tenía realmente razón en la discusión que originó el duelo: tocar y parar, de eso se trata en la dialéctica”. Schopenhauer le concede la máxima trascendencia, “es muy útil: en los tiempos recientes se ha descuidado injustamente”. Sin embargo, el profesor de Berlín advierte que la dialéctica tiene también como tarea importante “*establecer y analizar aquellas estratagemas de la mala fe en la discusión, para reconocerlas y aniquilarlas de inmediato en los debates reales*”. La palabra fue importante en la configuración de la abogacía y lo continúa siendo como expresión erística que no tiene por qué buscar la verdad objetiva, ni debe tener como fin la falsedad, sino “el mero tener razón por sí solo”⁷⁸. La dialéctica supone un camino hacia la imaginación, expresión esencial del derecho.

Weber, por su parte, apunta una causa, en principio sorprendente, que dificulta en gran medida la aparición de un pensamiento jurídico aplicable al caso y una racionalización legislativa y científica, consistente en la estrecha vinculación entre el desarrollo exclusivamente empírico de la aplicación del derecho y el interés que los profesionales “ponen en sus emolumentos”, lo cual provoca, al mismo tiempo, la

⁷⁷ WEBER, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, nota 4, pp. 588-589.

⁷⁸ SCHOPENHAUER, A.: *El arte de tener razón. Expuesto en 38 estratagemas*, Alianza Editorial, Madrid, 2010, pp. 29-30.

estabilización del derecho oficial. Max Weber acusa a los abogados ingleses de ser los causantes principales de que no se desarrollara en Gran Bretaña una legislación sistemático-racional. El hecho de que los jueces encargados de interpretar las normas procediesen del ámbito de la abogacía hizo que el legislador inglés tuviese que adoptar una posición defensiva en cada nueva ley frente a las “posibles ‘construcciones’ de los prácticos del derecho que, como siempre sucedía, podían contrariar directamente su intención”.

El sistema jurídico se desintegra en un derecho fragmentado, asistemático y al servicio del máximo beneficio o de la mera supervivencia de los abogados, debido al desarrollo meramente empírico y del interés crematístico de sus profesionales. Weber recuerda ejemplos concretos: la falta de registro catastral y, por tanto, de un crédito hipotecario racional, lo cual, al mismo tiempo, provoca una inseguridad jurídica que se materializó en la necesidad de que el examen de los títulos de propiedad apareciera como algo indispensable, lo que provocó, a su vez, el incremento de la división de la propiedad raíz en Inglaterra. El cuadro que se representa es el de una caótica composición de figuras jurídicas que aparecen encadenadas por la práctica empírica y concreta de los profesionales. Los problemas de la realidad cotidiana configuran el derecho, sin embargo, se convierten en una maraña que esconde intereses, mediante los cuales los abogados, en lugar de contribuir a la resolución de conflictos, contribuyen a elaborar la tupida red de su sistema, quizás mejor de su a-sistema endogámico.

Frente al modelo inglés está el modelo alemán. En Alemania no existía un grupo gremial de abogados como en Inglaterra, incluso no existe la necesidad de acudir a un profesional de la abogacía, al igual que lo que sucedía en Francia. “El formalismo del procedimiento en la administración corporativa de la justicia” dio lugar a que se hiciera importante la labor de los “prolocutores”. La creciente maquinaria funcional de la Administración da lugar a la aparición de expertos en comunicar la ley con los súbditos. Los “prolocutores” representan aún la imagen medieval del puente de unión entre el poder público y la sociedad. En el año 1330 en Baviera esta figura de profesional del derecho presenta una regulación de sus obligaciones. No obstante, debido a la introducción del derecho romano, tiene lugar la separación entre la figura del “prolocutor” y la del abogado.

Merece destacarse, por tanto, que la configuración profesional de ambos vino impuesta desde arriba, desde el sistema, no tanto desde la práctica del conflicto concreto

y cotidiano. La sociedad, en sus diversos estamentos, se percata posteriormente de la necesidad de la abogacía y exige su preparación de acuerdo con la nueva era. La educación jurídica universitaria acepta la responsabilidad de la formación de los abogados como una profesión de “juristas prácticos distinguidos” que, debido a la descentralización de la administración de justicia, no podían convertirse en un gremio poderoso. La posición de los abogados se reglamentará de acuerdo con las ordenanzas de los príncipes, no autónomamente. Una vez más aparece la presencia del poder político como conformador profesional.

Weber califica a la enseñanza universitaria del derecho como “moderna”. Con el tiempo sólo se permitirá la práctica del derecho a aquellos que se han formado en aulas universitarias. La modernidad implica un monopolio por parte de la formación universitaria. Los técnicos del derecho se forjan en las universidades que, surgidas en la Edad Media, contribuyen a dar rigor sistemático a las diferentes disciplinas y, entre ellas, al derecho. La modernidad renacentista abre las puertas a la renovación del derecho romano. El humanismo jurídico se convierte también, al igual que el resto del mundo cultural, en un recuerdo del clasicismo⁷⁹.

La enseñanza universitaria del derecho se completa con años de aprendizaje en la práctica, aunque, no se olvide, el “corpus” del derecho se ha de obtener en la cátedra. Los conceptos que son estudiados y destilados sistemáticamente se estructuran, a su vez, en normas abstractas que se formulan de un “modo estrictamente formal y racional, elaboradas por medio de una interpretación lógica y distinguidas conceptualmente unas de otras”. El derecho se emancipa de las necesidades cotidianas de los particulares y se puede hablar de pensamiento jurídico. No obstante, aparece el riesgo de que el derecho pierda contenido intuitivo. La lógica del derecho, como una fuerza que domina su práctica, puede dar lugar a que los intereses, reflejo de las necesidades de las partes y capaces de impulsar la formulación del derecho, queden anulados por aquélla.

III. EL CARNAVAL DE LOS JURISTAS

Al abogado de la sociedad mundial se le plantea un reto en el que se sintetizan las diversas dimensiones que este profesional del derecho ha presentado a lo largo de su historia. La figura del abogado tiene un carácter carismático. El carisma ejerce una

⁷⁹ WEBER, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, nota 4, pp. 590-592.

dominación que puede venir provocado por la oratoria o el poder intelectual. Weber afirma que la autoridad carismática es un poder revolucionario en la historia, pero en su forma pura es autoritaria y dominadora. La habituación tradicional y el prestigio, junto a la creencia, contribuyen a dar significado a la legalidad formal. El abogado forma parte de un cuerpo administrativo que implica la sumisión a sus ordenanzas. Este aseguramiento del dominio se entiende por “organización”. La dominación carismática es una relación de tipo extraordinario y personal. El abogado forma parte de un cuerpo legal o de clase que no desprecia la asunción de derechos de dominio de los que se apropia por medio de privilegios.

Otro tipo de dominación es de carácter tradicional, basada en la creencia de que los ordenamientos jurídicos son casi perfectos. Se reconoce un estatuto como válido para siempre y desde siempre. Fuera de las normas de la tradición la voluntad del señor sólo se halla ligada por los límites que en cada caso le impone el sentimiento de equidad. No obstante, este amplio campo de interpretación ha de estar basado en la equidad ética material, la justicia y la utilidad práctica, no en los de una ética formal, como es el caso de la dominación legal. Falta el concepto burocrático de la “competencia” que implica la delimitación objetiva de la jurisdicción. La “competición” de los titulares de los cargos, mediante la “dominación gremial”, sustituye a la “competencia”. Se confirma una jerarquía en clases sociales dentro del estado llano que participa cada vez más en el entramado administrativo.

En esta red de dominación tradicional se da una sorprendente coexistencia de tradición, con lo que implica de dependencia, y de actividad libre. En este sistema corporativo, que actúa orgánicamente como un cuerpo, resplandece, sin embargo, la persona y las relaciones personales. Domina un derecho material en la administración frente a un derecho formal, que da lugar a un “Estado-providencia” presidido por principios ético-sociales, en los que la ética tiene un importante componente de costumbre y aceptación social, así como por principios de carácter utilitario, también aceptados socialmente, que hacen imposible “toda rigidez jurídica formal”. La administración, en la que comienzan a tener importancia los letrados, se aproxima paulatinamente a una organización caracterizada por la clase, sus componentes se rodean de una competencia de “fundamento jurídico” y de “división de poderes” en donde los juristas, al servicio del señor, han formado en Europa el precedente del Estado moderno. La abogacía presenta una figura en formación y heterogénea. Hay

“honorarios” que, ocupados en la práctica del derecho, se liberan de la dominación carismática. Aunque el volumen de carga profesional no ha llegado al nivel que las necesidades del tráfico de las ciudades demandan, sin embargo, consiguen una educación jurídica desde el punto de vista de la práctica del derecho, al mismo tiempo que adquieren relevancia las garantías procesales. En Venecia, por ejemplo, se prefiere la prueba documental, como medio probatorio racional, frente a la irracionalidad de la vieja administración popular de la justicia.

El proceso de mundialización jurídica es un largo período que, se puede afirmar, se inicia en el declive de la Edad Media. Debido al recuerdo romanista y a la influencia de las poderosas universidades italianas en el tránsito del Medievo al Renacimiento, los profesionales del derecho están en condiciones de abrir la puerta a un sentido más universal del mundo jurídico. Los “*podestá*” de las ciudades italianas provenían de los nobles juristas formados en las universidades y las señorías representan el poder del alumbramiento de la modernidad. De forma similar, este tipo de profesionales aparecen en las ciudades marítimas de Francia y de la Corona de Aragón en España. La universidad contribuye a introducir al derecho y a sus profesionales en la sociedad mundial, se abre la puerta a la formación de un derecho sistemático que intenta dar respuesta a los problemas de un mundo nuevo. Hay juristas que adquieren un gran prestigio, son altamente cotizados y demandados por diversas universidades y gobiernos⁸⁰. Para Weber, el carácter carismático, el tradicional y el del derecho moderno no son períodos históricos, sino más bien formas de comportamiento sociológicas y profesionales. El derecho moderno está definido por un sistema jurídicamente estatuido, con juristas especializados formados en la lógica-formal. Se llega a una creciente fuerza deductiva del derecho, a su “*interpretación lógica del sentido*” tanto en las normas jurídicas como en los negocios jurídicos.

Surge una dicotomía que ha caracterizado el mundo del derecho. Por una parte,

⁸⁰ WEBER, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, nota 4, pp. 592-595. Los sueldos más altos correspondían a determinados juristas y médicos. En el caso de los juristas sus servicios eran muy tenidos en cuenta por los Estados como consejeros y asesores. En Padua se constata en el siglo XV un sueldo de jurista de 1000 ducados anuales. Es significativo el caso de Bartolommeo Socini, profesor en Pisa, que aceptó una cátedra en Padua al servicio del gobierno de Venecia y, cuando se disponía a emprender el viaje, el gobierno toscano ordenó su detención y únicamente le puso en libertad una vez que pagó la fianza de 18.000 florines de oro. BURCKHARDT, J.: *La cultura del Renacimiento en Italia (Vol. I)*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1987, p. 155.

la opinión de los juristas que establecen una lógica puramente profesional, lo que implica la construcción jurídica de los hechos a través de una arquitectura diferente, con un material integrado por proposiciones jurídicas abstractas y según la máxima de que no existe para el derecho lo que el jurista no puede pensar desde principios derivados del trabajo científico. Por otra parte, están las expectativas de los particulares que pueden verse, no solamente defraudadas, sino incluso destruidas por el único derecho reconocido, el de los juristas, el de los abogados. Frente a un mundo jurídico surgido del artificio, casi de laboratorio, se oponen las acciones jurídicamente relevantes de los interesados y los convenios realizados por éstos para conseguir resultados económicos significativos. La consecuencia es la desvertebración entre derecho y realidad social, en definitiva, “la renovada protesta de los particulares contra el pensamiento jurídico técnico como tal”. Esta protesta encuentra seguidores incluso en el pensamiento de los mismos juristas acerca de su propia actividad, lo que provoca una reacción esquizofrénica en tanto que los profesionales del derecho no pueden renunciar al carácter formal que es inmanente al propio derecho. La consecuencia es la sensación de fracaso, “el derecho de los juristas”, de los abogados, “no puede ni ha podido nunca satisfacer en plenitud esas expectativas”, esos resultados de tipo económico o de otra índole⁸¹.

El desarrollo del derecho moderno se debe a los notarios italianos y a las universidades, los primeros adaptaron sus antiguas fórmulas a los nuevos tiempos y las segundas constituyeron una teoría sistemática del derecho. Lo decisivo estuvo, sin embargo, en la racionalización del proceso. La monarquía francesa, a través de la creación del Instituto de los abogados, contribuyó a dar forma al proceso mediante la adaptación de la palabra correcta en cada momento del procedimiento. La misión de los abogados consistía, por tanto, en pronunciar las fórmulas judiciales correctamente. El derecho formalista reviste de poder al Estado, el capitalismo necesita un derecho que actúe al igual que una máquina. Este derecho formalista, abstracto, cobra fuerza por la alianza del Estado moderno con los juristas “para imponer sus ambiciones de poder”.

Desde un punto de vista económico, la alianza entre el Estado y la jurisprudencia formal favorecerá el capitalismo. En Inglaterra la elaboración práctica del derecho corresponde a los abogados que diseñan las formas adecuadas de los negocios en interés

⁸¹ WEBER, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, nota 4, pp. 649-651.

de sus clientes y del capitalismo, de cuyo gremio surgían los jueces, “ligados estrictamente a los ‘precedentes’, o sea a esquemas calculables”. En el Estado burocrático, con sus leyes racionales, aparece la figura del juez convertido en un mero autómatas en la aplicación de la norma, se le dan desde arriba los autos, con los costos y las tasas, emite hacia abajo la sentencia con sus fundamentos más o menos concluyentes. Su actividad es también una labor calculadora que refleja el carácter del Estado empresarial e intenta actuar al estilo de la exactitud de una empresa, mediante el rendimiento probable de una máquina.

La mundialización que tiene lugar con el Renacimiento y su prolongación en los siglos XVII y XVIII supone el triunfo de un derecho simbolizado en juristas, entre los que se encuentran los abogados, que construye el Estado como obra de la imaginación, como una obra de arte de jurisconsultos en las aulas universitarias, como un poder superior al de las ciudades medievales. El imperio universal se impone a la ciudad-estado y va a dar lugar a la existencia del Estado racional obra de los juristas. El racionalismo jurídico se viste de múltiples figuras en un auténtico carnaval del derecho: los pandectistas y canonistas de fines de la Edad Media, los *podestá* italianos, los juristas franceses del rey, los canonistas y teólogos iusnaturalistas del conciliarismo, los juristas de corte y los jueces ilustrados de los príncipes continentales, los teorizantes neerlandeses del derecho natural, los monarcómacos, los juristas ingleses de la Corona y el Parlamento, la “noblesse de robe” de los Parlamentos franceses y, por último, los abogados de la época de la Revolución. Tanto el Estado absoluto como el Estado constitucional, surgido de la revolución, están contruidos por estos personajes enmascarados y diferentes, aunque unidos por la máquina racional del derecho. En el escenario de la Convención francesa los protagonistas son juristas. El abogado moderno y la democracia constitucional son inseparables. A partir de la Edad Media, sólo en Occidente, surge la figura del abogado, del “defensor”, bajo la influencia de la racionalización del proceso.

La profesión de abogado se encuentra vertebrada en la actividad democrática de los partidos. El interés en la defensa del cliente tiene su paralelismo en la defensa de los intereses de partido. Weber presenta un matiz de carácter utilitarista que recuerda a Ihering. El juego político de los partidos significa “juego de elementos interesados” y no se debe olvidar que “el llevar un asunto con eficacia en beneficio de los interesados es precisamente el cometido del abogado de profesión”. En todos los parlamentos y

partidos democráticos la profesión de abogado juega un papel importante en lo que se refiere al reclutamiento de los parlamentarios. El abogado necesita de un escenario profesional que es, no solamente el foro, sino, sobre todo, el despacho. Weber concede a la profesión un decorado en el que la estética reviste a la ética, el político profesional, al igual que el abogado del que procede, necesita de manera imprescindible el despacho propio. El abogado, al contrario que otros profesionales, puede pasar de su profesión a la actividad política con facilidad, tanto desde un punto de vista técnico como desde el punto de vista “de las condiciones interiores previas”⁸².

IV. DERECHO Y CIENCIA JURÍDICA

A pesar de todo, la fiabilidad de la ciencia jurídica ha sido puesta en cuestión en autores como Kirchmann en vísperas de la revolución europea de 1848. Se ha llegado a decir que se opone al progreso del derecho, “es mucho más cómodo seguir viviendo en la vieja casa, bien instalada y conocida, que año tras año tener que dejarla e instalarse y orientarse de nuevo”. Cuando la ley de una institución ha conseguido depurar su concepto verdadero, hace ya tiempo que el objeto se ha transformado. La ciencia jurídica llega tarde al encuentro con la realidad social, “un pueblo podrá vivir sin ciencia jurídica, pero no sin derecho”. La jurisprudencia es sólo el recuerdo del derecho al igual que el viajero en el desierto divisa prometedoros lagos, camina todo el día y a la noche están todavía tan lejos como por la mañana. El fin de la jurisprudencia debe ser el de aprehender el objeto del derecho, “descubrir sus leyes, crear los conceptos hasta sus últimas implicaciones”, percatarse de su forma y estructura, analizar su realidad y “ensamblar su saber en un sistema sencillo”. La jurisprudencia científica, con toda su carga de erudición jurídica, es temida por el hombre del campo y de la ciudad. Los países están hartos de los juristas científicos, en torno a ellos existe la sospecha de la contradicción entre el derecho y la ciencia. “Sobre la base de cien libros” la verdad que se construye es artificial, sin garantizar que sobrevivirá a la segunda instancia del asunto.

“¡Qué ejército de funcionarios y, no obstante, cuánta lentitud en la administración de justicia! ¡Qué lujo de estudios y de erudición y, no obstante, cuántas oscilaciones, cuánta inseguridad en la teoría y en la práctica!”. En Inglaterra, debido al

⁸² WEBER, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, nota 4, pp. 1048-1060.

gran número de decisiones parlamentarias, se facilita el desarrollo de este derecho de carácter popular, mientras que el recurso a la justicia y a los abogados queda reservado a los ricos. Cuando la ciencia del derecho se acerca a su objeto, al derecho mismo, lo tritura, lo destruye, el pueblo pierde el conocimiento y, por tanto, la posesión de su derecho, secuestrado por sus profesionales y convertido en patrimonio exclusivo de una clase. Los procesos se convierten en un juego de especulación, en los que el derecho está ausente en el verdadero sentido de la palabra, y simulan un acto teatral meramente externo. Ninguna de las partes sabe quién tiene el derecho a su favor, en cambio, “la voz interior calla. Se consulta a los abogados. Sólo consideraciones extrínsecas, como la probabilidad del éxito, los gastos del intento, la mayor o menor duración del proceso, determinan la decisión que se tome”. No hay rastro del derecho, ni sentimiento de indignación por la injusticia recibida, no hay satisfacción por la victoria del derecho.

Kirchmann presenta una interpretación romántica del derecho que ha de ser encontrado escrito en el corazón de cada cual y no en la solución artificial de voluminosos códigos y polvorientos libros, consultados por jueces y abogados desorientados acerca de lo que debe ser ajustado a derecho. La administración de justicia se ha convertido en un juego de azar por obra de la ciencia y “las bajas pasiones libran en ella una pequeña guerra, ya que la paz no le permite otra mayor”. Son significativas sus palabras a favor de Savigny, y una idea en la que ambos están de acuerdo, su época “no tiene vocación para la legislación”, el derecho se anticipa permanentemente a la ciencia, la cual “de sacerdotisa de la verdad, la ley positiva la convierte en sierva del azar, del error, de la pasión, de la sinrazón”. Su objeto es lo casual y lo contingente frente a lo eterno y lo absoluto⁸³.

Jeremy Bentham, por su parte, con su peculiar perspicacia, lleva a cabo una dura

⁸³ KIRCHMANN, J.H.: *La jurisprudencia no es ciencia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pp. 31-35. Kirchmann publicó este opúsculo con motivo de la conferencia que pronunció en la Sociedad Jurídica de Berlín en 1847. Ernst Bloch añade, de acuerdo con el pensamiento de Kirchmann, que “el cultivo de lo positivo-casual es siempre lo que degrada el Derecho burgués y lo que le empuja a la forma más arbitraria del formalismo: a los cinismos positivistas”. Frente a un derecho del “juste milieu” de acuerdo con la búsqueda del máximo lucro, de carácter abstracto y formal, al servicio de una economía anárquico-formal tanto en el derecho civil como en el derecho penal, un derecho meramente formulador de acuerdo con la voluntad del legislador, se alza el derecho natural con voluntad de normar, ya lo advierte Kirchmann: “Un plumazo del legislador y bibliotecas jurídicas enteras se convierten en papel mojado”. BLOCH, E.: *Derecho natural y dignidad humana*, Aguilar, Madrid, 1980, pp. 137-138.

crítica del quehacer de los juristas. La falta de transparencia, la incomprensión de las normas, el desinterés por la justicia, la manipulación de la verdad jurídica y el mero interés crematístico son los vicios que corrompen la práctica profesional de los abogados, acostumbrados a presentar “*pruebas interesadas*” que “no deberían siquiera estimarse pertinentes, según las reglas mismas de su arte”. Al pueblo le interesa conocer la certeza del derecho en aras a la seguridad de las personas frente a la injusticia. La interpretación de Bentham es descorazonadora, “conviene al interés de cada uno el evitar en lo posible verse en manos de abogados; y a éstos conviene tener y mantener a otros en sus manos el mayor tiempo posible”⁸⁴.

V. EL SIGLO XXI Y SUS NICHOS SIN DERECHO

La reflexión que provoca el mundo presente y su proyección futuriza obliga a volver a imaginar. El derecho actual no puede desvincularse de su internacionalidad o transnacionalidad. Ejemplos de esta realidad se encuentran en los procesos de mercado alrededor del mundo, el desarrollo y distribución del conocimiento y la protección de sus formas, la promoción de la salud y el bienestar, la investigación médica, el control de las enfermedades o la protección del desarrollo, lo que Michael Reisman denomina el “*know-how*”, la distribución de la habilidad. Los profesionales de la abogacía se encuentran en un nuevo mundo y su actividad se despliega en múltiples actividades que difuminan la figura tradicional del abogado. Los abogados deben ser capaces de contribuir al cambio del derecho. Su carácter decisorio adquiere múltiples funciones y ya no se circunscribe a ser unos paseantes por la administración de justicia. La capacidad de mediación se pretende que sea sistematizada. La abogacía es actora en la valorización de objetivos políticos fundamentales.

El derecho es un proceso continuo de realización de opciones. Reisman plantea una cuestión clave, “la empresa del derecho no puede ser vista exclusivamente como un sistema cerrado en el que las reglas lógicas operan solas”. Este sistema abierto ha de elegir entre alternativas diferentes y opuestas. Los profesionales del derecho, incluidos los jueces, están cada vez más expuestos a la elección y la decisión en las que están presentes un cuidadoso examen del pasado en la lucha por sistemas democráticos y en la relevancia de lo que demanda la sociedad. La labor creativa se reafirma en la conversión

⁸⁴ BENTHAM, J.: *Falacias políticas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 34-35.

de la realidad en realidad jurídica, el derecho interpreta la realidad y construye su propia realidad, su propia verdad.

La nueva época de la mundialización, representada en los inicios del presente siglo XXI, abre un escenario inquietante en el que ya el abogado no está constreñido cómodamente a los tribunales sino que ha de predecir e influir en un complejo y aparente sistema de toma de decisiones formales, informales, organizadas y no organizadas en grupos e individuos que producen un impacto en los intereses de sus clientes. Al abogado se le plantea el desafío de encontrar en medio de este caos quiénes son esos grupos y personas. La técnica jurídica es indispensable, pero hay cuestiones que habrá que resolver al margen de los textos jurídicos, el contexto se impondrá en muchas ocasiones al texto⁸⁵. Este mundo contextual se caracteriza por la movilidad, la volatilidad, la fragmentación y la fusión al mismo tiempo, la multiplicación de realidades inéditas, la confluencia de intereses de difícil comprensión. El poder se ha convertido en algo más abstracto y volátil, la determinación de las causas y las responsabilidades es más compleja, “los interlocutores son inestables; las presencias, virtuales, y los enemigos, difusos”. Todo contribuye a que se viva en un mundo más enigmático, convertido en una red y, por lo mismo, más inabarcable y, aunque parezca contradictorio con lo que se dice, intransparente, “ya que la red también es una trama” en la que los individuos concretos se diluyen y el argumento se realiza con personajes difusos con “interacciones complejas y difíciles de identificar”.

Con la mundialización han desaparecido los antiguos límites y ha surgido la inseguridad en una territorialidad ambigua, de falta de estabilidad, en una sociedad opaca caracterizada por la desorientación. Esta ausencia de límites da lugar a tierras de nadie, “nichos donde no rige el derecho”, espacios de marginación por donde deambulan refugiados, emigrantes y personas desamparadas por la ley. Este escenario de injusticias y desigualdades, cubierto por una cortina de inmediatez, de visibilidad ingenua y de aparente corrección, habrá de ser interpretado por los juristas y, por tanto, también por los abogados, para poder ser desvelado⁸⁶.

⁸⁵ REISMAN, M. “El diseño del plan de estudios: para que la enseñanza del derecho continúe siendo efectiva y relevante en el siglo XXI”, en *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, dir. Por Böhmer, M., Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 112-115.

⁸⁶ INNERARITY, D.: *La sociedad invisible*, Espasa-Calpe, Madrid, 2004, pp. 65-66.

VI. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y HUMANA DIGNIDAD

Es interesante recordar las reflexiones de Calamandrei en la conferencia pronunciada en la Universidad de Florencia el 21 de enero de aquel atormentado año de 1940. En ella realiza un vehemente alegato en defensa de la ley, símbolo del trabajo modesto de los juristas, entre los que destaca a jueces y abogados, los cuales, en medio de “esta angustia, que embarga a todas las conciencias honestas, la padecen, sobre todo, los profesionales del Derecho, los que han dedicado lo mejor de su vida al servicio de la ley” y se preguntan, más que por una justicia deontológica, por una justicia concedida en concreto a los hombres. Estos profesionales son objeto de duras críticas por parte de los que Calamandrei denomina filósofos y también por parte de los legisladores. Entre el análisis histórico y sociológico que realiza Weber y el planteamiento de futuro de Reisman surge esta nueva perspectiva en la que se intenta reafirmar el valor de la ley y del derecho, en un momento histórico en el que se asiste a su descrédito en medio del ascenso de los totalitarismos. Este recelo hacia el fenómeno jurídico se aprecia fundamentalmente en jóvenes, incluso en aquellos que han elegido sus estudios de derecho. El derecho como misión entra en crisis y se convierte meramente en un oficio. Las palabras que representaban a la ley provocaban “en los corazones juveniles el temblor de las cosas vivas, sin embargo, parece que hoy hayan perdido toda su resonancia sentimental y casi todo su significado actual”.

El derecho se convierte en un problema generacional. Los jóvenes escuchan con escepticismo y casi con hostilidad las palabras de justicia y derecho. Su vigilante realismo desconfía de la oratoria, ausente de su auténtico significado, ya nunca estará “dispuesto a dejarse encantar por las palabras vacías que suenan al buen tiempo antiguo”. El tiempo siempre es antiguo cuando la realidad no se imbrica en la labor transformadora de la imaginación. Todo el derecho no está en la ley, el derecho no está encerrado en todas las leyes en la misma medida. “¿Y dónde está este Derecho sino en la fuerza que abate las leyes, sino en el hecho que las renueva?”. El sentido del derecho, la fe en el derecho aparecen como frases debilitadas por la contundencia del desánimo, “el viejo aforismo *cedant arma togis* ya no sirve ni siquiera para hacer sonreír”. Se vive en las nuevas generaciones una difusa, aunque inconsciente, tendencia a despreciar la importancia del derecho y, en cambio, a sobrevalorar la del hecho consumado. El profesor de Florencia dirige una crítica hacia aquellos filósofos que difunden “*verdades*

peligrosas” cuando admiten que la ley es irreal y que únicamente la concreta volición individual crea el derecho. “En el mundo empírico existen los juristas (es decir, esos hombres que hacen de jueces, abogados, docentes, etc.) como profesionales” que se dedican a la aplicación de las leyes frente a los que se afanan por crear el nuevo derecho, lo que estrictamente se denomina la “política”.

La ley abstracta es garantía de “*humana dignidad*”, puesto que apela a la libre determinación de la persona, supone un reconocimiento de su autonomía individual. El jurista sabe que el poder del derecho reside en “la fuerza de la conciencia moral, la fe en ciertos valores humanos insuprimibles, la aspiración a la bondad y a la piedad”. Cuando el jurista aplica la ley modifica la realidad, modifica la conducta humana. No obstante, al jurista, que ante todo es un legalista, mientras hace su trabajo no le está permitido implicarse activamente en la instauración de leyes más justas, sino en luchar “para que el Derecho en vigor *sea justamente aplicado*”. Consecuentemente, los profesionales del derecho únicamente deben esforzarse por mantener dentro de los límites de la ley la “*justicia jurídica*”, vivida con su trabajo cotidiano y pueden “contribuir a hacer menos ásperas las miserias humanas y a defender la civilización”.

Calamandrei descende a la realidad de la justicia en tiempos de zozobra y sitúa a jueces y abogados ante la aventura del conflicto. No hay tiempo para intelectualismos no vivificados por una fe. La profesión del jurista, aunque debe circunscribirse a los límites de la legalidad, sin embargo, no es una profesión cómoda, defender la ley supone riesgos, “también para servir a la justicia jurídica se requiere coraje. Para defender a los débiles frente a los fuertes, para sostener las razones de la inocencia”, para decir la verdad, aunque sea cruda. Para poder realizar todo esto se requiere “una solidez moral tal, que puede dar al ejercicio de las profesiones legales la nobleza de un apóstolado”. Se lee con frecuencia en las salas de justicia que “la ley es igual para todos” y, lo mismo que ante un grabado de Daumier, no hay que sonreír ante este lema⁸⁷. “La misión

⁸⁷ CALAMANDREI, P.: *Fe en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 71-75. Puede ser interesante esta descripción ante los grabados de Daumier acerca de los abogados y la justicia: “*avocats faméliques, desechés d’envie, fielleux, embusqués dans la Galerie Marchande comme dans un maquis; défenseurs d’assassins, cyniques et blasés, agitant véhémentement leurs manches noires, se frappant la poitrine et protestant hypocritement de l’innocence de leur client; avocats marrons, trafiquant dans la pénombre des couloirs, de leur conscience et de la bourse des clients; magistrats seniles, abêtis, sourds et somnolents auxquels est confiée la charge redoutable de juger leurs semblables; tous côtoyant*

humana de los juristas es, precisamente, ésta: hacer que las leyes, buenas o malas, se apliquen de manera igual a los casos iguales, sin parcialidad, sin olvidos, sin favores”. Esta es la alegría y la fe del jurista, provocar entre las personas, especialmente entre los menos favorecidos, la sensación del cumplimiento de la igualdad ante la ley para que no sea “una burla a la que los jueces vuelvan la espalda”. La abstracción de la ley es la fórmula lógica de la solidaridad, la fuerza de la cohesión social, en la que se descubre la virtud civilizadora y educadora del derecho, pensada en forma de correlación recíproca. En el principio de legalidad se encuentra el reconocimiento de la igual dignidad humana, la observancia individual de la ley es la garantía de la paz y de la libertad de cada uno. La abstracción de la ley adquiere un cierto carácter de eternidad, como al margen del tiempo, a la vez que, mientras está en vigor, garantiza su cumplimiento en las generaciones futuras.

El respeto de la ley, el prestigio de los abogados, la independencia de los jueces no son cuestiones meramente técnicas, no son “artimañas de los juristas”, son condiciones esenciales que personifican la importante labor de los profesionales del derecho. Calamandrei concluye su reflexión con palabras desesperadas y que resuenan a una cierta despedida en medio de la violencia desencadenada por la II Guerra Mundial. Se debe dedicar la propia vida para despertar en las conciencias el sentido de la importancia del derecho. Defender unas leyes iguales para todos implica comprometerse con la realidad histórica, escuchar a la propia historia⁸⁸.

El decorado del despacho del que hablaba Weber es en el presente y lo será probablemente en el futuro el escenario desde el que el profesional de la abogacía tendrá que ejercer en los diversos niveles en los que se configura la justicia mundializada, tanto en el derecho de los estados nacionales como en el derecho supranacional y tendrá que limar las aristas cortantes de ambos para que las normas se inserten entre sí con el menor roce posible. No obstante, aún queda un tercer nivel, desorganizado, heterogéneo, desigual, conflictivo, al estilo de la “ciudad doliente” de Dante, con un horizonte imprevisible, con estados fallidos, persecuciones, genocidios, pobreza y conflictos permanentes frente a los que se queda vacío el viejo y desgastado realismo. La abogacía

journallement le crime et l'escroquerie et ayant la conscience plus ou moins flétrie par ce perpétuel contact”. ESCHOLIER, R.: *Anciens et modernes. Daumier*, Librairie Floury, Paris, 1938, p. 90.

⁸⁸ CALAMANDREI, P.: *Fe en el derecho*, nota 16, pp. 71-75.

se mueve en un camino en el que se entreteje una red caracterizada por una justicia mundial, integrada por normas internacionales que garantizan la protección de los individuos y en la que se entrecruzan intuiciones morales para elaborar un marco de conceptos que hagan posible tratarlas como problemas éticos⁸⁹.

Este mundo tan proyectivo, tan abierto a nuevas perspectivas, tan barroco, se presenta como un sueño en el que al final concluye en un tribunal. Huyen las sombras de los personajes a su lugar, queda el aire con nuevo aliento, florece la tierra, ríe el cielo, “llégueme por ver lo que había y vi en una cueva honda (garganta del infierno) penar muchos, y entre otros un letrado revolviendo no tanto leyes como caldos”⁹⁰. En medio de este caos resuenan las palabras del poeta

“La justicia a mi autor movió severo; me hicieron el poder que a todo alcanza, el saber sumo y el amor primero”⁹¹.

BIBLIOGRAFÍA.

ALIGHIERI, D.: *La Divina Comedia*, Ramón Sopena, Barcelona, 1962.

BENTHAM, J.: *Falacias políticas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

BLOCH, E.: *Derecho natural y dignidad humana*, Aguilar, Madrid, 1980.

CALAMANDREI, P.: *Fe en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009,

ESCHOLIER, R.: *Anciens et modernes. Daumier*, Librairie Floury, Paris, 1938.

⁸⁹ GUARIGLIA, O.: *En camino de una justicia global*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 134-135.

⁹⁰ QUEVEDO, F.: *Los sueños. Sueños y discursos de verdades descubridoras de abusos, vicios y engaños, en todos los oficios y estados del mundo*, nota 5, p. 101.

⁹¹ ALIGHIERI, D.: *La Divina Comedia*, Ramón Sopena, Barcelona, 1962, p. 108.

GUARIGLIA, O.: *En camino de una justicia global*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

INNERARITY, D.: *La sociedad invisible*, Espasa-Calpe, Madrid, 2004.

KIRCHMANN, J.H.: *La jurisprudencia no es ciencia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949,

LUHMANN, N.: *El derecho de la sociedad*, Universidad Iberoamericana, México, 2002.

MACHADO, A.: *Poesías completas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1978

MERTON, R.K.: *Ambivalencia sociológica y otros ensayos*, Espasa-Calpe, Madrid, 1980.

QUEVEDO, F.: *Los sueños. Sueños y discursos de verdades descubridoras de abusos, vicios y engaños, en todos los oficios y estados del mundo*, Espasa-Calpe, Barcelona, 2001.

REISMAN, M. “El diseño del plan de estudios: para que la enseñanza del derecho continúe siendo efectiva y relevante en el siglo XXI”, en *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, dir. Por Böhmer, M., Gedisa, Barcelona, 1999.

SCHOPENHAUER, A.: *El arte de tener razón. Expuesto en 38 stratagemas*, Alianza Editorial, Madrid, 2010.

WEBER, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1944

TOPICOS DE DERECHO

ASPECTOS ÉTICOS Y MORALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Lucerito Ludmila Flores Salgado*

Sumario: **I. Resumen. II. Abstrac. III. La Libertad de tener hijos: Un Derecho Constitucional. IV. La Bioética: La filosofía de un capitalismo actual. Un tema Controvertido. V. La Ética y la Moral en el campo médico y jurídico. VI. La perspectiva religiosa ante la maternidad por sustitución y las técnicas de reproducción asistida. VII. Bibliografía**

Palabras Clave: Reproducción Asistida, Bioética, Derecho Constitucional.

RESUMEN

En la actualidad vivimos a cada instantes los avances tecnológicos, es hoy en donde la ciencia se encuentra íntimamente relacionada con la industria y con la tecnología, cada descubrimiento tecnológico que se realiza se patenta, por lo que los avances en materia de vida y la manipulación genética, entrarían ante el debate ético si podrían ser patentados, aunque cabe señalar que la patente es siempre se ha realizado para productos o procesos tecnológicos, es decir la propiedad industrial, lo que nos lleva a concluir que se trata de materia no viva, por lo que patentar la vida no es sino una degradación no sólo del concepto de patente sino lo que es peor aún, de la vida misma, sin embargo tenemos que desde 1980, en los Estados Unidos, la Suprema Corte de Justicia permitía patentar un microorganismo vivo, creado por el hombre, para 1987 la Oficina de Patentes de Estados Unidos patentó una ostra y en 1988, un ratón, de esta forma el mundo se vio consternado ante tal aberración por lo que en Francia en 1990 la Ley

Braibant, propuso proteger al hombre contra los peligros de la biotecnología. Cada día estamos ante "modo de producción biológico" en el cual el material biológico no sería más que una fuerza productiva y, por

* Doctora en Derecho con especialidad en Derecho Civil y Mercantil por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores como Candidata (SNI), Miembro del Padrón de Investigadores de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Profesor con Perfil deseable (PROMEP), Profesor Investigador de tiempo completo de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

consiguiente, una mercancía de un nuevo tipo que llevaría a una industria, a un mercado y a una ideología propia. Así pues, el "derecho del ser vivo" tenía una entrada estrepitosa en la escena jurídica⁹²

Ahora bien, tenemos que considerar que en México existe un gran número de nacimientos y decrecimiento en las defunciones gracias a los programas de seguridad social y los avances médicos, lo que lleva a las actuales políticas de población, por lo que podríamos pensar que el uso de los métodos de procreación asistida son poco utilizados, sin embargo cabe destacar que no sólo en los países europeos se da este fenómeno, sino en Latinoamérica y en México. El derecho a tener hijos es un derecho garantizado en el artículo cuarto de la Constitución Mexicana, en donde surge la pregunta: ¿tiene derecho a procrear una persona que está físicamente imposibilitada para hacerlo?. La respuesta inmediata es afirmativa, la tecnología actual nos proporciona técnicas para procrear de forma asistida, técnicas que no sólo son un gran avance a la ciencia médica, sino también son una alternativa eficaz para las parejas con problemas de esterilidad.

I. ABSTRAC.

II. LA LIBERTAD DE TENER HIJOS: UN DERECHO CONSTITUCIONAL

La Constitución establece que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el esparcimiento de sus hijos”, es decir este párrafo Constitucional nos permite decidir si tener o no hijos, que de hacerlo se debe hacer con responsabilidad y de manera informada. Hasta hace una década, esta fracción se analizaba desde el punto de vista de la utilización de anticonceptivos por parte de la pareja, sin embargo hoy podemos encontrar en la palabra “libertad”, una pauta para poder determinar la forma en que se

⁹² Edelman, Bernard: *El Derecho y el ser vivo*, en Mundo Científico, N°95, pág. 1012

quiera tener hijos, por lo que no sólo entonces podemos concentrarnos en la procreación natural, sino en la adopción, en la utilización de los nuevos métodos de procreación artificial y en el caso de que una mujer carezca de útero pueda ser madre genética, o bien madre sustituta, en el caso de que su esposo sea el donador del semen.

Si bien el primordial interés que señala la Constitución en su artículo 4º, es el de proporcionar un derecho de libertad a todo aquél individuo que se encuentre en las condiciones necesarias para decidir de manera “libre, responsable e informada sobre el número de hijos que desea tener y el espaciamiento de cada uno de ellos en caso de que sean más de uno”⁹³, en relación con nuestro tema, el presente precepto sería la base constitucional para poder decidir tener un hijo no importando el método que se utilice, siempre y cuando no se contravenga a la ley, pues ni en la Constitución, ni en ninguna otra ley se establece la prohibición de tener un hijo por cualquier método de reproducción asistida, dentro de dichos métodos se considera la maternidad por sustitución.

La Constitución establece que el Estado tiene obligación de proporcionar, ya sea dando a conocer los métodos de planificación familiar o los métodos anticonceptivos para quienes decidan ejercer este derecho de tener hijos de manera controlada y en beneficio de sus propios descendientes, pero tratándose del tema objeto de esta investigación, se consideraría que la autodeterminación que tiene la mujer sobre su propio cuerpo y su maternidad, se vería limitada cuando existan intereses ajenos a la misma mujer por lo cual como menciona Ferrajoli esto “equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano, según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma”⁹⁴.

Por lo que si bien este artículo 4º Constitucional no da la libertad de decidir tener descendencia sin especificar por qué método, se podría tener, sin embargo se estarían violando los elementos más esenciales de la libertad de autodeterminación, que en un momento dado se podría discutir como apoyo para esta práctica de “alquilar el vientre”, porque se consideraría a la mujer como instrumento, sin embargo dicho acto se practica por lo que aún y cuando existan opiniones diversas y en contra, no quitaran con sólo ese hecho su práctica de la vida cotidiana, por lo que se hace necesario regularlo y establecer todos los supuesto jurídicos que se derivan de este acto, pues los lazos que se

⁹³ Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Diccionario Jurídico Mexicano*; Tomo III; Universidad Nacional Autónoma de México; 6ª ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1993. p. 53.

⁹⁴ Ferrajoli, Luigi, citado por Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas; op. cit., p. 56.

desprenden de concebir un hijo a través de este método crea relaciones jurídicas que deben de ser atendidas y que serán analizados en el siguiente capítulo.

El artículo 4º Constitucional, debería especificar en el término “libertad”, pues hoy podríamos agregar “libertad de procreación”, considerando los avances científico tecnológicos que vivimos y especificando la existencia de los procedimientos y especificando la forma y procedimiento de los mismos en una norma sustantiva de carácter federal, pues no olvidemos que es el Estado, quien directamente debe proteger los intereses de las personas involucradas por el uso de estas técnicas, de reproducción asistida, el Estado a través de los legisladores establece las bases y límites de la actividad médica y de la investigación científica y sobre todo cuando dichas normas van dirigidas a defender la dignidad humana y los derechos fundamentales de cada persona, por lo que el derecho tiene que ir a la par de los acontecimientos del mundo contemporáneo.

Una vez conociendo que hay libertad para tener hijos, se nos presentan diversos medios para tenerlos, por lo que la pregunta sería ¿si es moral tener un hijo mediante un procedimiento de fecundación asistida?.

III. LA BIOÉTICA: LA FILOSOFÍA DE UN CAPITALISMO ACTUAL. UN TEMA CONTROVERTIDO.

Al desarrollarse el modelo capitalista como sistema económico en Europa y Estados Unidos, se desarrolla la tecnología, como una actividad económica cuya influencias se ha extendido hacia otras culturas de todo el mundo y no existe hoy cultura alguna que no tenga el sello de la “tecnología”⁹⁵, es inevitable dejar de sorprendernos por el progreso que la ciencia ha tenido, los avances tecnológicos con los que la humanidad cuenta son impresionantes, algunos de ellos son aplicables incluso al ser humano, y por eso hoy en uso de esa tecnología como producto cultural globalizador, se permiten incluso aventurarse a hablar de temas como lo son las técnicas de fecundación asistida, la maternidad por sustitución o incluso determinar completar el código genético del ser humano⁹⁶, mismos que se incluyen dentro del campo de la biotecnología.

⁹⁵ Flores Olea, Víctor; op. cit., p. 355.

⁹⁶ En abril de 2003 queda concluida la primera fase del proyecto del descubrimiento completo del Genoma Humano. Vértigo. Análisis y pensamiento de México. Clonación Humana. El Horror que viene. Año II, N° 94. 5 de enero 2003. pp. 12 – 16.

Hoy hablar de globalización es referirnos al establecimiento de tecnología moderna, que permite establecer valores éticos, morales y culturales, así como instrumentos de dominación, de superioridad en una estructura económica determinada y que son piezas claves para el ejercicio del poder político y social⁹⁷, implica numerosas ideas por parte de los países hegemónicos. Ideas de carácter económico, industrial, científico, militar, la revolución microelectrónica, con su impacto en las telecomunicaciones y el dominio de lo audiovisual e informativo, la robotización, la supremacía militar norteamericana, la caída del muro, la consolidación de las tres grandes regiones industriales del hemisferio norte, son términos que forman parte de un capitalismo actual.

Ante este tipo de sistema en donde no hay límites de carácter comercial, bancario y bursátil, las administraciones de los Gobiernos de cada Nación, tienen destinados hoy parte de su presupuesto para el estudio de la Investigación y Desarrollo en materia de salud, pues tan sólo para el proyecto del genoma humano, se destinaron tres mil millones de dólares⁹⁸, en donde participaron científicos de veinte laboratorios de Alemania, China, Estados Unidos, Francia, Japón y Reino Unido, el fin es mejorar no sólo los alimentos, las armas, los químicos, los fármacos, la investigación, sino la salud, es por eso que con el título de “avances científicos”, la dignidad humana se encuentra amenazada por el desarrollo de la biotecnología genética y como parte integrante de este mundo economizado, se supone el final de estos actos en la obtención la patente de dichos descubrimientos para su posterior explotación, pues cabe destacar además que los procedimientos biotecnológicos son limitados a determinadas personas que están dispuestos a pagar los altos precios que dichas técnicas exigen, la biotecnología, entre ellas las técnicas de reproducción asistida, la maternidad por sustitución y la clonación “forma parte del proyecto geopolítico imperial que ha devastado al planeta en las últimas décadas”.⁹⁹

Por lo tanto la Biotecnología ha sido uno de los grandes impactos de la globalización, misma que se ha caracterizado por la existencia de la llamada revolución técnico – científica, la cual establece la llamada “polarización global”¹⁰⁰, entendiéndose ésta, como el funcionamiento sistémico que se va estableciendo los avances en materia de bioetecnología,

⁹⁷ Idem. p. 351.

⁹⁸ Vértigo. Análisis y pensamiento de México; op. cit., pp. 12 – 16.

⁹⁹ Herrera Hernández, Isidro. Investigador del Centro de estudios Estratégicos Geopolíticos. Excelsior, Puebla, Pue. 5 de enero de 2003.

¹⁰⁰ Gallardo, Rigoberto Joaquín Osorio: *Los rostros de la pobreza. El debate*. 1ª. ed., Ed. ITESO – Univ. Iberoamericana., México, 1998. pp. 231 –261.

telecomunicaciones, informática, microelectrónica, la automatización de muchas actividades humanas.

A pesar de que la Ingeniería genética, la biotecnología, la biomedicina, representan grandes avances para la medicina en beneficio del ser humano, existe igualmente una desaprobación generalizada respecto la manipulación de la vida. Las investigaciones avanzan desenfrenadamente, sin limitación de barreras de orden jurídico, el derecho se ha quedado a tras, es un problema de carácter público, por lo que se debe dar una solución a este problema social y determinar estas prácticas científico – tecnológica dentro del derecho, en contra del derecho o conforme al derecho pero respetando ciertos límites, pues la ingeniería genética si bien ha establecido numerosos descubrimientos para prevenir enfermedades y ha abierto expectativas en el ser humano, ha dado lugar también a riesgos biológicos, que recaen en la salud de los hombres y del medio ambiente, por lo que el Derecho se debe de imponer ante cualquier avance científico.

La bioética, viene a ser el término conector entre la biotecnología y el Derecho, pues se le considera como el estudio sistemático de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y de la salud, analizadas a la luz de los valores y principios morales de las profesiones sanitarias, y de la población, tendiendo al equilibrio entre los principios básicos de beneficencia, la autonomía y la justicia. Abarca la consideración del entorno ecológico, demográfico y ambiental. Tiene por finalidad el análisis racional e interdisciplinario de los problemas morales de la biomedicina y su vinculación con el ámbito del derecho y las ciencias humanas, implica la elaboración de lineamientos éticos con bases racionales y metodológicamente científicas. El papel que juega la bioética en la época contemporánea ha sido por la inclusión de la ética en los aspectos de salud pública, salud ocupacional, medicina legal, la ética en el control de la natalidad, el aborto, la fecundación asistida, el buen morir, los conflictos del SIDA, los transplantes de órganos, así como el manejo genético en las investigaciones relativas al descubrimiento del código genético¹⁰¹.

¹⁰¹ Código de Conducta para el personal de Salud; op. cit., p. 18 y Tullio, Ángel Antonio; op. cit., p. 66.

Las nuevas perspectivas de la bioética, se encuentran divididas primordialmente por: 1) las manipulaciones genéticas; 2) las intervenciones sobre el embrión; 3) la fecundación asistida. Todas éstas prácticas plantean la posibilidad de ser usadas para el hombre y con la intervención del hombre, sin embargo nos olvidamos de que si se pierde el control de dichos avances, podemos tener que dichos avances vayan en contra del hombre mismo, por lo que es necesario considerar todos estos avances a la luz de la ética, específicamente a la bioética, por tratarse de aspectos de vida, así también como la necesaria participación de los investigadores del derecho para poder plantear soluciones del presente y "programar el futuro", en cuanto que el vertiginoso progreso de las técnicas biomédicas tiende crecientemente a transformar lo "futurible" en "futuro" y lo "futuro" en "presente".

Este desarrollo biotecnológico genético nos enfrenta al dilema de la negociación no sólo de órganos como el riñón, el hígado, las córneas, la sangre, sino que además hablamos del óvulo, del semen, de los genes e incluso los mismos embriones humanos que se compran o se pactan en acuerdos científicos, mismos que se llevan a la conformación de empresas Internacionales la como la compañía estadounidense de biotecnología Geron, la empresa Celera de Craig Venter, misma que descifró el 90 por ciento del código genético humano; la empresa Clonaid Biofusion Tech Inc, la agencia californiana Surrogate Parenting Services entre otras, cuyos servicios tienen fines lucrativos, se vislumbra un capitalismo genético y en donde al menos ya el artículo cuatro de la Declaración sobre el Genoma Humano, aprobada el 11 de noviembre por la UNESCO, establece que se podrán patentar¹⁰² las aplicaciones prácticas que se deriven del genoma humano, es decir que no se patentará el gen en sí, sino la forma de cómo se obtiene la información del gen, cómo se utiliza, cómo se produce artificialmente y las aplicaciones médica que se tendrá de éste, sin cerrar las puertas a otras posibilidades, como de las que señala la compañía Heather Kowalski, la cual solicitará patentes de las aplicaciones médicas, que sobre 100 o 300 genes significativos elaboren sus socios farmacéuticos o biotecnológicos¹⁰³.

Si se pensara en una regulación de carácter público, se considerarían aspectos como:

¹⁰² Patente: Concesión legal que otorga al inventor o a la persona autorizada por éste, el derecho de excluir a otros de la fabricación, uso o venta de su invento, por un periodo de tiempo limitado, como compensación por la revelación del mismo al público. Tulio Antonio, Angel; op. cit., p. 331.

¹⁰³ Vértigo. Análisis y pensamiento de México. Clonación Humana. El Horror que viene; op. cit., pp 12 – 16.

- La clonación, que básicamente consiste en producir humanos genéticamente idénticos.
- La aplicación de técnicas reproducción asistida, para “crear” una ser humano, mediante la manipulación genética y su posterior implantación en el útero.
- La producción de seres humanos utilizando material genético de seres y genes de otras especies vivientes.
- El transplante de embriones a un útero ajeno distinto al de la mujer de la pareja, ya sea que aporte su material biológico o solamente su útero.

Dadas las referencias anteriores se plantea la necesidad de crear círculos de personas dedicadas el estudio de estos fenómenos biotecnológicos que son eminentemente reales y que necesitan de ser estudiados, pero más aún de ser legislados.

Sólo nos basta con preguntarnos ¿dónde queda pues el valor jurídico de la personalidad? ¿es el derecho capaz de ingresar en el ámbito de la ciencia? ¿la filosofía tendrá lugar en estas avances científicos?. El término Bioética o ética (ethos) de la vida (bios) es sin lugar a dudas un término contundente ante los grandes avances científicos, pero tal pareciera que los Juristas y filósofos no tiene cabida aquí, sino sólo los moralistas, quienes pudieran dialogar con los científicos, sin embargo filosofía y derecho son indispensables para las cuestiones de bioética, ya que el Derecho al intervenir en la Bioética pretende garantizar la relacionalidad humana universal, es decir el hecho de reconocerle al hombre la subjetividad jurídica, ya que en este trabajo la madre subrogada, el producto, los donadores, deben de ser reconocidos como personas, como seres racionales.¹⁰⁴

Ante los avances tecnológicos en materia de salud, los conceptos como la moral, la ética, las buenas costumbres, que han sido parte del pensamiento filosófico, están siendo removidos, hoy se deja entrever esa superioridad que el hombre tenía sobre la naturaleza, para enfrentarse hoy a una realidad tecnológica que domina al ser humano, es entonces cuando la filosofía debe de preocuparse por crear conceptos que aborden los hechos de la realidad contemporánea, y ya no tanto analizar los problemas que surgen de sí misma, pues los problemas de la "tecnociencia" están haciendo gran impacto en la estructura del ser humano, considerando su cuerpo, su alma, su espíritu y su estado psicológico.

¹⁰⁴ Kuthy Porter, José; op. cit., pp. 23 – 35.

La Bioética es una disciplina que ha adquirido una gran importancia dados los avances tecnológicos en materia médica y que si bien significa “ética de la vida” y estudia “ los aspectos éticos relacionados con la vida desde su inicio hasta su fin”, por lo tanto como juristas como filósofos tiene injerencia, por lo que tanto como juristas como filósofos tiene injerencia, la bioética incluye a la ética, pero la excede, el término nace en los Estados Unidos por Ivan Rosel Potter, quien se cuestiona si una investigación debe de realizarse bajo un ámbito ético o jurídico.

Como problemas éticos objeto del estudio de la bioética, podemos considerar:

- Los de la profesión sanitaria, incluyendo médicos, enfermeras, trabajadoras sociales, etc.
- Los de la investigación concernientes al hombre y a los animales, no sólo teóricamente sino en su práctica.
- Los problemas éticos sociales de la política sanitaria.
- Los relativos al medio ambiente”¹⁰⁵
- La manipulación genética
- Las técnicas de reproducción asistida
- El tratamiento de los embriones sobrantes
- La posición de la mujer ante la maternidad por sustitución

IV. LA ÉTICA Y LA MORAL EN EL CAMPO MÉDICO Y JURÍDICO

La ética y la moral son conceptos altamente estimados en el área médica, no podemos imaginar una acción médica realizada por cualquier servidor de salud, sin que exista en su mente y en sus actos dichos conceptos, no olvidemos que la ética parte de la Filosofía que trata de la moral, la ética es la ciencia del fin al que debe dirigirse la conducta del hombre y de los medios para lograrlo, de acuerdo a la naturaleza humana; es también la ciencia del impulso de la conducta humana¹⁰⁶, la **moral** se define como la disciplina que trata el bien en general y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia, se puede definir también como la teoría de los deberes interiores o la conducta

¹⁰⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo; op. cit., p. 168.

¹⁰⁶ Código de Conducta para el personal de salud; op. cit., p. 19.

dirigida o disciplinada por normas, por lo tanto toda práctica médica relacionada con la aplicación de tecnología, debe ser guiada por la ética.

No hay que confundir la moral con las normas morales, pues éstas últimas son Conjunto

de principios rectores internos de la conducta humana que indican cuáles son las acciones buenas o malas para hacerlas o evitarlas. No producen la facultad o el derecho de exigir su cumplimiento, la sanción por su incumplimiento radica en el fuero interno en el remordimiento de conciencia, a diferencia de las normas jurídicas, las cuales son disposiciones emanadas de los órganos legislativos, obligatorias a la obediencia general y en caso de inobservancia el poder público las hace cumplir por medio de los órganos judiciales, por lo tanto el avance tecnológico en materia de reproducción asistida, no puede quedar al arbitrio de las normas morales, sino de las normas jurídicas.

La ética profesional se concibe como un conjunto de actos buenos repetidos sistemáticamente, concebidos como algo necesario, es decir como un deber, aprobados por el medio médico y que una vez que han sido admitidas por los que ejercen una profesión, constituyen para su desempeño una obligación moral, porque deviene en un contenido íntimo de conciencia, de certeza entre lo bueno y lo reprochable, que regula la relación entre el profesionalista con la sociedad, los pacientes, su entorno familiar, con los colegas y con el equipo interdisciplinario donde se desenvuelve¹⁰⁷, pero dada la incorporación de recursos en materia de reproducción asistida, manipulación genética, etc., tenemos que la ética ha sobrepasado sus conceptos mismos y se ha creado una nueva expresión que es la llamada “bioética”.

Fue a partir del siglo XX a través de la publicación “Las Guías Éticas Internacionales para la experimentación Bioética que utiliza el hombre”, que se dieron a conocer los conceptos éticos que deben de respetar los médicos, en todos los hospitales del país se han creado comités encargados de la investigación biomédica, dichos Comités tiene como objeto la investigación, la bioseguridad y la ética en la investigación biomédica, éste último tiene como finalidad aprobar los protocolos de investigación para llevarse a cabo, existen también los Comités hospitalarios de ética, los cuales son grupos interdisciplinarios que se ocupan de la docencia, investigación y consulta, asociadas con los dilemas éticos que surgen de la práctica hospitalaria, se crearon por sanción de la ley número 24,742 del 27 de noviembre de 1996, en Argentina, en donde se establece la creación de un Comité Hospitalario de ética en todo hospital del sistema público y de Seguridad Social, cuyas funciones entre otras son las de revisar valores éticos sobre la

¹⁰⁷ Tullio, Ángel Antonio; op. cit., p. 192.

atención de los pacientes, evaluar consultas sobre temas de bioética y analizar pronósticos, asesoramiento de la docencia e investigación respecto de aquellos aspectos éticos que surgen de la práctica hospitalaria como son la tecnología reproductiva, la eugenesia, experimentación en humanos, prolongación artificial de la vida, eutanasia, relación médico – paciente, calidad y valor de la vida, atención a la salud, genética, trasplante de órganos, derecho de los pacientes y secreto profesional¹⁰⁸.

Los Comités hospitalarios de bioética, tienen su antecedente en la formación de la Comisión Nacional de Bioética, la cual se creó el 4 de diciembre de 1992, cuya finalidad principal es el asesoramiento interdisciplinario sobre cuestiones derivadas del avance tecnológico, el cual causa cada vez con mayor frecuencia problemas éticos, morales y legales en relación con la práctica de las profesiones de la salud.

Hoy nos enfrentamos al problema de que el mismo hombre, así como sus órganos y sus elementos sexuales pueden ser objeto de comercio, aún y cuando va en contra de la misma dignidad humana, el hombre ha pasado hoy de ser un simple “poseedor” de la naturaleza, a ser propietario, el ser vivo comenzó sin ser apropiable, posteriormente conforme avanzaron las civilizaciones los seres vivos vegetales y animales, fueron objeto de apropiación, hoy el ser humano ya está siendo objeto de no sólo apropiación, sino de venta, lo que antes las categorías jurídicas se acoplaban al saber técnico, ahora la tecnología esta sobrepasando esta línea para ser ella quien establezca los lineamientos en los cuales el hombre ahora tienen que actuar y por lo tanto tener que patentizar esta tecnología que sobre los seres humanos se realiza.

¹⁰⁸ Tullio, Ángel Antonio; op. cit., pp. 93.

Los cambios y avances no sólo se dan en el ámbito tecnológico ó médico, sino que también los conceptos tradicionales como lo son la vida, la muerte, la maternidad, la genética, etc, están sufriendo cambios importantes, es por eso que no podemos separar la ética médica de la filosofía, dado que los médicos que llevan a cabo la tecnología médica, tienen un compromiso social, dado que deben de considerar los valores esenciales de cada persona, mismos que con el avance científico se llegan a olvidar¹⁰⁹, ahora bien si retomamos la pregunta ¿todo lo técnicamente posible es ética y jurídicamente lícito?¹¹⁰ la filosofía del derecho analiza y reflexiona sobre la causa y fin último del derecho y del hombre.

Cuando reflexionamos en torno a la composición genética de la vida humana como el objeto jurídicamente tutelado, nos enfrentamos ante la situaciones jurídicas modernas resultado de los avances científicos, como lo son la ingeniería genética, la fecundación artificial, la maternidad por sustitución, el uso de las nuevas técnicas de reproducción asistida, situaciones que requieren de una normatividad justa para estas situaciones, dado que no podemos considerar ningún acto que impacte que no se encuentre regulado por el derecho, según Laura Palazzani, experta en Filosofía, miembro del Consejo Nacional de Bioética Italiano, afirma que la filosofía del derecho es la disciplina más adecuada para estudiar estos casos, dado que se plantea un estudio en dos niveles:

- analizar quien es el sujeto de derecho merecedor de protección (subjektividad jurídica), reflexionando sobre el concepto de persona, mismo que jurídicamente es el sujeto del derecho
- como traducir el derecho natural en normas concretas y operativas, justas para responder antes estas situaciones.¹¹¹

La participación del Derecho en la bioética es determinante, pues toda cuestión de bioética debe ser regulada por normas de derecho justas para todo ser humano, para llenar estas “vacíos lagunas jurídicas y legislativas”, es necesario retomar las normas análogas del derecho nacional y ajustarlas a los nuevos problemas, el derecho se encuentra ubicado varios pasos atrás de la ciencia, es necesario pues establecer especificidad en las normas de carácter general y en

¹⁰⁹ Cfr. Kuthy Porter, José; op. cit., pp. 1 – 20.

¹¹⁰ Palazzani, Laura: *Bioética y Filosofía del Derecho*; en Kuthy Porter, José; op. cit., p. 23

¹¹¹ *Íbidem*.

las reglamentarias para enfrentar las situación jurídicas que representa la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

Ante la presencia de los avances de la ingeniería genética y de la manipulación genética, nos enfrentamos a la pregunta de ¿cómo atribuirle valores éticos a la ciencia?, pues hay que considerar que la medicina ha sido una disciplina que ha procurado mantenerse al margen de emociones y sentimientos, basándose únicamente en la comprobación y crítica.

La ética y la ciencia, dos términos bastante complejos para conceptualizar, pues hay que reconocer que los valores son un producto social, ya que cada grupo ha creído que ciertas conductas son “benéficas” para el grupo y “deben” ser observadas por todos y cada uno de los miembros del mismo, por lo que son reproducidas colectivamente y el valor se convierte en una conducta normativa. Empero la ciencia se entiende, en otro sentido, como: “... un conocimiento exacto y razonado de ciertas cosas; conjunto de conocimientos fundados en el estudio; conjunto de conocimientos relativos a un objeto determinado”¹¹²; la ciencia es amor por saber, es como consecuencia el fin de toda ciencia, por ello la ciencia se reconstruye, porque, ese amor por el saber, por conocer, es finalmente lo que permite que el ser humano se acepte.

En la época contemporánea tenemos “tentaciones” de conocimiento como la llamada “clonación”, quien según Christopher Bond, senador Estadounidense de la Subsecretaría de Salud Pública, aseguró que “Los seres humanos no somos Dios y por lo tanto, no deberíamos intentar jugar a serlo”¹¹³ y hay cosas que las personas no deberían de hacer, sino que ni siquiera deberían saber cómo hacerlo, y por eso consideran el afán del saber cómo pecado de la soberbia, estamos ante la presencia del problema del conocimiento prohibido¹¹⁴.

Dentro de las investigaciones genéticas existen:

- Las de terapia celular: consiste en insertar un gen que funcione bien en las células somáticas de un ser vivo
- La terapia de la línea genética: Ésta introduce un cambio en las células genéticas (reproducibles) de un individuo con el objeto de modificar el conjunto de genes que pasan a los descendientes y que se hace para:

¹¹² García Pelayo y Gross, Ramón: Diccionario Larousse Ilustrado. 1ª. Ed; Ed. Larousse, España, 1978. Pág. 216.

¹¹³ ¿Emulando a Dios?, como comenta Xavier Hurtado en su obra: *El Derecho a la Vida ¿y a la muerte?*; op. cit., p. 9.

¹¹⁴ Garzón Valdéz, Ernesto. *¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina?. Valores Éticos de la Ciencia.*, en Vázquez, Rodolfo: *Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales*; 2ª. ed., Ed. ITAM, FCE., México, D.F, 1999. pp 42 – 63.

- Evitar enfermedades. Este aspecto si es aceptable.
- Mejorar el carácter de las personas sanas, este concepto es rechazado.

Ernesto Garzón Valdéz¹¹⁵, explica que existen argumentos que van en contra del avance científico, primeramente establece que la ingeniería genética tiene muchos riesgos, por lo que debería de ser prohibido todo avance en esta área, sin embargo, en contraposición con esta postura existe la idea de que al no permitir el desarrollo de la ciencia y la tecnología, entonces no se puede avanzar en contra de las enfermedades a la que los seres humanos estamos expuestos, no se podría proteger a la sociedad no permitiría proteger a la sociedad; el segundo aspecto del que nos habla es el de que la terapia genética deje de ser aquella actividad preventiva y protectora de males para la sociedad, para convertirse en eugénica positiva que de lugar a producir hombres de raza y genes superiores, sin embargo el manejo de los genes ha existido desde hace ya mucho tiempo y no hay motivo un motivo de carácter ético y legal que prohíba manejar los genes para beneficio de la sociedad; otro argumento es de que el manejo genético se hace, en muchas ocasiones, sin el consentimiento del afectado, por lo que deberían prohibirse dichos actos, pero aun así y con prohibiciones, la ciencia seguiría avanzando con o sin el consentimiento del afectado; otro argumento debatible es el de que muchas de las investigaciones en materia genética se invierte para resolver problemas futuros, dando origen a la falta de soluciones para problemas actuales, también con el manejo genético se empezaría a proponer tener una raza “superior” lo que iría en detrimento de los valores y dignidad del ser humano.

V. LA PERSPECTIVA RELIGIOSA ANTE LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN Y LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

La Iglesia Católica plenamente se declara en contra de la inseminación artificial heteróloga, pues afirma que “el hombre no puede éticamente disponer, ceder o transferir sus componentes genéticos, moralmente ello significa afirmar que es contrario a la naturaleza ofrecer el semen fecundante a quien no es la esposa y es contrario a la naturaleza recibirlo teniendo en cuenta que el hijo es participación personal de los

¹¹⁵ Garzón Valdéz, Ernesto. ¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina?; op. cit., pp 42 – 63.

esposos en su procreación”¹¹⁶, ellos piensan que van en contra de Dios, por lo que la iglesia católica se reveló en contra de estas acciones. Pero respecto de la inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio, establece que es inadmisibles, salvo en el caso en que el medio técnico no sustituya al acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que alcance su finalidad natural. En lo que respecta a la maternidad por sustitución establece que “es una falta grave y objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen”¹¹⁷.

Del resultado de la encuesta practicada a sacerdotes católicos, concluimos que la Iglesia católica está en contra de cualquier tipo de inseminación artificial y al reconocimiento legislativo de la maternidad por sustitución, pues considera que Dios ha dotado al hombre y a la mujer de capacidades y dotado su cuerpo para la procreación, y que sólo el matrimonio garantiza el bienestar familiar, por lo que es necesaria una legislación nacional que prohíba este tipo de técnicas.

Los testigos de Jehová no están de acuerdo ni en la práctica de técnicas de reproducción asistida, porque el hecho de que una persona transfiera sus órganos o las partes integrantes de su cuerpo, va en contra de las leyes de Dios, por lo que ellos reprueban el trasplante de embrión a un útero ajeno al de la madre (maternidad por sustitución), ya que los integrantes de este culto religioso, “sustentan su ideología en el precepto de “abstenerse de la sangre”, por ello se niegan a las transfusiones y terapéuticas que se originen en la sangre, ellos afirman además que corren el riesgo de incompatibilidad, respuestas inmunológicas y contagio de enfermedades, consideran que cualquier método terapéutico que incluya la sangre va en contra de la norma de Dios”¹¹⁸.

La posición de los evangélicos, con la cual coincidimos, respecto del desecho y destrucción de los embriones humanos sobrantes de las técnicas de reproducción asistida, afirma que representa un problema grave de homicidio, dado que Dios sostiene

¹¹⁶ Silva Ruiz, Pedro F: *Revista Judicial; Año XII*. Núm. 42, Corte Suprema de Justicia. Costa Rica. Año XII., Marzo, 1988. p- 141.

¹¹⁷ Laplacette, Dora Rocio; op. cit., p. 92.

¹¹⁸ Tullio, Ángel Antonio; op. cit., p. 459 y 460.

que el carácter de persona existe desde el momento de la concepción, afirmación establecida en el Salmo 139: 13 que a la letra dice: “Porque tú formaste mis entrañas; me entretejiste en el vientre de mi madre”¹¹⁹; este versículo es la base del problema del aborto, pues desde la perspectiva bíblica, no es sino homicidio. Dios afirma la personalidad del individuo, al momento que el salmista dice: “Tus ojos vieron mi embrión y en tu libro estaba escrito todo aquello que a su tiempo fue formado, sin faltar nada de ello”, en este pasaje bíblico, se exalta la obra de la creación humana hecha por Dios, pues el mismo ordenó el diseño a la medida de cada individuo para que la persona tuviera sus propios logros y propósitos específicos, por lo tanto dichas afirmaciones nos dan la pauta para no aceptar la clonación, pues Dios tiene establecida la personalidad de cada persona, pues él le da a cada persona sus propias características y no por el simple accidente de la genética. El acto de eliminar a los embriones sobrantes, es estar matando a cada una persona que lo es desde el momento de la concepción y Dios protege al feto e incluso a las mujeres encinta, esta postura se refleja en la ley mosaica donde se encuentra que si se producía la muerte de la mujer o del feto, el culpable debía pagar con la muerte.¹²⁰

La Confederación Nacional de Iglesias Cristianas Evangélicas (Confraternice), acertadamente aclara que los cristianos no están en contra de los avances científicos, sino al contrario, Dios establece en la Biblia la necesidad del estudio, del análisis de investigación no sólo de temas teológicos sino de carácter científico, el problema se da cuando el hombre no sabe como encaminar ese conocimiento, porque al tener la facultad de libertad de actuar para bien o para mal, se pierde en su propia sabiduría y desea seguir desarrollando conocimientos para compararse a Dios.

De la encuesta realizada a varios líderes evangélicos analizamos que en cuanto a la aplicación de técnicas de reproducción asistida para garantizar la procreación humana, los evangélicos estuvieron de acuerdo en que hablar de “manipulación”, indica que se deben de excluir como aceptables las técnicas, pues se está alterando el orden natural para la reproducción de la vida y va en contra de lo establecido por Dios en la Biblia, para los cristianos, evangélicos o protestantes, la palabra de Dios es fundamental, esencial y única, como regla de fé y práctica para todo creyente cristiano. En cuanto al

¹¹⁹Reina – Valera ; op. cit., Salmo 139: 13.

¹²⁰Reina – Valera ; op. cit. Éxodo 21:22

uso de dichas técnicas dentro del matrimonio, afirman que Dios en su palabra establece, en sentido vertical, la creación a partir de Él; y en sentido vertical, a partir de lo creado (el hombre y la mujer) y con la naturaleza dada a esa creación, expresada en facultad y capacidad para la reproducción de la vida, Dios establece que dicha reproducción se dará por medio de la unión física de los cuerpos, los que aportarán lo suyo y lo distintivo para la fructificación y multiplicación, pero cabe destacar que Dios nunca asignará al hombre una función creadora como sólo Él la tiene, así lo establece en el Génesis capítulo 1, versículo 27 y 28: “Creó, pues, Dios al hombre a su imagen; a imagen de Dios lo creó; hombre y mujer los creó. Dios los bendijo y les dijo: “Sed fecundos y multiplicaos. Llenad la tierra y sojuzgadla y tener dominio sobre los peces del mar, las aves del cielo y todos los animales que se desplazan sobre la tierra”¹²¹, con base a lo anterior, los evangélicos están en contra de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, pues consideran que el matrimonio monogámico es la máxima voluntad de Dios y que la intromisión de terceros va en contra de sus principios.

Los evangélicos creen que desde el momento de la concepción, se origina la vida y es el embrión una persona, así lo establece Dios cuando dice en Salmos: “Tus ojos vieron mi embrión”¹²², así mismo creen necesaria una regulación jurídica para el uso de las técnicas de reproducción asistida, porque es un hecho la existencia de la tecnología y su impacto en la sociedad, sin embargo afirman que es necesario antes de una regulación jurídica, analizar estos problemas a luz de la palabra de Dios para poder prever consecuencias sociales, legales y éticas y así establecer un orden prohibitivo o preventivo. En cuanto a uso de la inseminación artificial *post mortem* están en desacuerdo con dicha práctica, porque sostienen que ésta condición, indica el haber sobrepasado otra condición natural, a la viviente caracterizada por un cuerpo funcional con la capacidad de voluntad, disposición, emoción y sentimiento, características de una funcionalidad plena. Además consideran que la inseminación artificial heteróloga si constituye un adulterio y por lo tanto la Iglesia como una Institución no está de acuerdo con este tipo de técnica, pues para los evangélicos el adulterio es considerado como una relación ilegítima en lo sexual entre una persona casada y otra que no sea su cónyuge, en

¹²¹ Reina – Valera ; op. cit., Génesis 1: 27 Y 28. pp 10 y 11.

¹²² Salmos 139:16. Ídem p. 917.

los diez mandamientos dice claramente: “No cometerás adulterio”.¹²³

Respecto de la maternidad por sustitución consideran que no es ético ni moral que una mujer pacte gestar a un hijo y entregarlo al término de la gestación, dado que a la mujer nunca se le ha dado un “trato” de máquina, pero si ya tenemos el problema, entonces hay que solucionarlo considerando la posición del menor y asentando un precedente de solución al hecho consumado y no para evitarlo, aunque la ley misma puede evitar que se repitan estos actos, dado que el impacto psicológico en el menor será fuerte, dado que tendrá una crisis de identidad (Psicología), una distorsión de conceptos como el de la vida, la reproducción, las relaciones normales entre el hombre y la mujer (sociología); tendrá una permisividad que le dará una idea diferente de los valores (ética); además de que el saber su “origen” y que en dicho “origen” se violentó el orden natural dictado por Dios, el hijo nunca creería en el poder de Dios y no vivirá una vida que lo agrade, aunque Dios promete que Él puede restaurarlo todo, dándole a aquella persona una visión totalmente nueva hacia la vida y de su concepto de si misma.

Los grupos evangélicos comparten la decisión de la UNESCO de manifestarse en todos aquellos actos científicos que van en contra de la dignidad humana¹²⁴.

El catecismo de la Iglesia católica permite “las investigaciones que intentan reducir la esterilidad humana, con la condición de que se pongan al servicio de la persona humana, de sus derechos inalienables, de su bien verdadero e integral, según el plan y la voluntad de Dios”. En cuanto al respeto del embrión establece que “todo ser humano debe ser acogido siempre como un don de Dios y que la procreación es fruto del matrimonio”. Respecto de la fecundación artificial heteróloga establece que es contraria a la unidad del matrimonio, a la dignidad de los padre y al derecho de los hijos de ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio”¹²⁵.

VI. BIBLIOGRAFÍA

¹²³ Reina – Valera ; op. cit., Exódo 20.14. p 124.

¹²⁴ Ríos, Lorena. La clonación a la espera de las pruebas. Vértigo. Clonación Humana. El Horror que viene. Año II, N° 94. 5 de enero 2003. p p 12 – 16.

¹²⁵ Laplacette, Dora Rocio: *Contrato de Locación de vientre*; Revista Prudenti Iuris. Núm. 40, Nov. 1995, Buenos Aires Argentina. pp 90 y 91.

- Añón Lema, Carlos: *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico – jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*; 1ª ed., Ed. Trotta, Madrid, España, 1999.
- Alarcon Rojas, Fernando: *La Maternidad por sustitución en Familia, Tecnología y Derecho*; 1ª. ed., Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2002.
- Bossert A., Gustavo. *La Nueva Inseminación Artificial. Estudio de la Ley del 22 de Noviembre de 1988*; en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia. Lecciones y Ensayos. Tomo 3 y 4; 1ª. ed., Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1990.
- Braier, L: *Diccionario Enciclopédico de Medicina*; 4ª. ed., Ed. JIMS, Barcelona, 1980.
- Cárcaba Fernández, María. *Los Problemas Jurídicos planteados por las nuevas Técnicas de Procreación Humana*; 1ª. ed., Ed. José María Bosch Editor, S.A, Barcelona, España, 1995.
- Carlos Barra, Rodolfo: *La protección Constitucional del Derecho a la vida*; 1ª. ed, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- Costa – Lascoux, Jacqueline: *Mujer, procreación y bioéctai*; en Duby, Georges; Perrot, Michelle. Trad. Marco Aurelio Galmarini. *Historia de las mujeres en occidente*; 2ª. ed., Ed. Taurusminor., España, 2001. }
- Cumpiano Alfonso, Flavio: *¿Bebés a la orden?: Consideraciones ético – jurídicas de la Maternidad Subrogada*; Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Vol. 56., Enero – Marzo 1995. Núm. 1.
- *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo IV y Tomo XXV; Ed. Diskill, S.A., Buenos Aires, 1986.
- *Enciclopedia Salvat, Diccionario*; 2ª. Ed., Ed. Salvat Editores, S.A., México 1983.
- Estay Jaime; Girón, Alicia; Martínez, Osvaldo(Coord): *La Globalización de la Economía mundial*; 1ª.ed., Ed. Miguel Angel Porrúa editores., México, D.F, 2001.
- Ferrater Mora, José: *Diccionario de filosofía*; 19ª. ed., Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1993.
- Flores Olea, Víctor y Mariña Flores, Abelardo: *Crítica de la Globalidad. Dominación y liberación en nuestro tiempo*. 1ª. ed., Ed. FCE., México, 1999.

- Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. *La Fecundación in vitro y la filiación*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1993.
- González V, Juliana: *El Poder del Eros. Fundamentos y valores de ética y bioética*; Biblioteca Iberoamericana de Ensayo. 1ª. Ed., Ed. Paidós, UNAM., México, 2001.
- Hurtado Oliver, Xavier; *El Derecho a la Vida ¿ y a la muerte*; 2ª. ed., Ed. Porrúa., México, 2000.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Diccionario Jurídico Mexicano*; Tomo III; Universidad Nacional Autónoma de México; 6ª ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1993.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada*; 15ª. ed., Ed. Porrúa., México, 2000.
- Kaplan, Marcos, (coord): *Revolución Tecnológica. Estado y Derecho*; Tomo III y IV. Aspectos Sectoriales; 1ª. ed., Ed. PEMEX, Universidad Autónoma de México., México, 1993.
- Keith L. Moore. *Embriología Clínica*. Trad.al español por Homero Vela Treviño, Carlos Eduardo Casacubeta Zaffaroni; 3ª. ed., Ed. Interamericana., México, D. F., 1987.
- Kemelmajer de Cartulucci, Aída (Coord): *El Derecho de familia y los nuevos paradigma*; Tomo II. 1ª.ed., Ed. Rubinzal – Culzoni Editores., Buenos Aires, Argentina, 2000.
- Kuthy Porter, José, Martínez González, Oscar y Tarasco Michel, Martha: *Temas Actuales de Bioética*; 1ª. ed., Ed. Porrúa., México, 1999.
- Reina, Valera: *Biblia de Estudio Siglo XXI*. Antiguo y Nuevo Testamento; Actualizada, Ed. Mundo Hispano, México, 1960.
- Lema Añón, Carlos: *Reproducción, Poder y Derecho*; 1ª.ed., Ed. Trotta, Coruña España, 1999.
- Maris Martínez, Stella: *Manipulación Genética y Derecho Penal*; 1ª. ed., Ed. Universidad., Buenos Aires, Argentina, 1994.
- Noel p. Keane y Dennis L. Breo, Trad. al Español por el Instituto de Investigaciones de la UNAM, título del original inglés: *The Surrogate Mother: La madre Subrogante*; 1ª. ed., Ed. Everest House, New York, 1981.

- Pérez Duarte Y Noroña, Alicia Elena: *Derecho de Familia*; 1ª. ed., Ed., Fondo de Cultura Económica. México, 1990.
- Silva Ruiz, Pedro F: *Manipulación de Embriones humanos*; en Revista Judicial de la Universidad Interamericana de Puerto Rico., Núm. 25 – I., Puerto Rico, 1990.
- Vázquez, Rodolfo: *Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales*; 2ª. ed., Ed. ITAM, FCE., México, D.F, 1999.
- Veruno, Luis, J.C. Hass, et. all: Ana. *Banco Genético y el Derecho a la identidad*; 1ª. ed., Ed. Abeledo Perrot., Buenos Aires, Argentina, 1988.

- **LEYES Y CÓDIGOS**

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; 134ª. ed., Ed. Porrúa, México, 2001.
- *Código Civil del Distrito Federal*; Ed. Sista, México 2011.
- *Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla*; Ed. Cajica, Puebla, 2011
- *Código de Bioética para el personal de Salud*. Secretaría de Salud. Comisión Nacional de Bioética. México, Mayo de 2002.
- *Código de Conducta para el personal de Salud*. Secretaría de Salud. Comisión Nacional de Bioética. México, Mayo de 2002.
- *Ley General de Salud*. 16ª. ed., Ed. Porrúa., México, 2000.

TEMAS DE DERECHO DE LA EMPRESA

**FUNCIONES Y OBLIGACIONES DEL COMISARIO,
EN MATERIA MERCANTIL, FINANCIERA Y FISCAL DENTRO DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES.**

Dr. Rigoberto Zamudio Urbano*

Sumario.- Resumen. Abstrac. I.- Marco Conceptual y Legal de sus atribuciones. II.- Enfoque y alcance de sus funciones. III.- Las responsabilidades adicionales a su cargo. IV.- Perfil profesional del contador público y las funciones a cargo del Comisario. V.- El Comisario y el auditor externo. VI.- Boletín 4090 El Dictamen del contador público en su carácter de Comisario. Generalidades: 1.- Objetivo. 2.- Alcances y limitaciones. 3.- Pronunciamientos normativos relativos al examen a efectuar. 4.- Pronunciamientos normativos relativos al contenido y forma del dictamen. VII.- Modelo del Dictamen sugerido. VIII.- Caso Práctico: Ejemplo de acta de la sesión del consejo de administración. Ejemplo de acta de la asamblea general ordinaria. Organigramas. Estados financieros. IX.- Reflexión. X.- Fuentes consultadas

Palabras Clave: Comisario; Responsabilidad, Sociedades Mercantiles.

Resumen

El “Comisario” en las Sociedades Anónimas, es uno de los personajes poco conocido, y muy utilizada su figura. Sin comprender su verdadero alcance en cuanto a las funciones que realiza, o lleva a cabo ¿Por qué decimos esto?, por lo siguiente: a partir de que se empezó a reglamentar de alguna forma, sus funciones, en la mayoría de las diferentes sociedades mercantiles va adquiriendo mayor relevancia.

Así tenemos que hoy en día ya no es la persona que se llenaba de membrete o mejor dicho de otra manera para cumplir un requisito formal y sin tanta relevancia;

como podrían ser algunos familiares de los socios de las sociedades, ejemplos, padre, abuelo, hermano, tío, compadre, suegro, cónyuge, etc., sin saber de Derecho Mercantil y por ende de Derecho Corporativo, lo que implicaba por desconocimiento de esta figura que no cumpliera

* Dr. en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

con los requisitos que establecen, tanto la legislación mercantil como la fiscal y financiera.

Así tenemos que las funciones de un comisario, las deberá realizar, por excelencia un Contador Público Certificado o carrera afín, con experiencia en el Derecho Corporativo y Empresarial; siempre y cuando, posea un amplio sentido de responsabilidad que implica este cargo.

Es por ello que nos abocamos a escribir y describir, la verdadera función que este cargo implica, y así no tener en el futuro a este personaje (Comisario), por ignorancia, problemas de tipo jurídico contable y fiscal, dentro de las Sociedades Anónimas en nuestro País.

ABSTRAC

The "Commissioner" in the Joint-stock companies, is a personage little acquaintance, and very used his figure. Without understanding his real scope as for the functions that it realizes why do we say this? From that it was started regulating, his functions, in the majority of the mercantile companies he was acquiring major relevancy.

Nowadays already He is not the person who fills with letterhead, to fulfill a formal requirement, since they might be some relatives of the Family, examples: father, grandfather, brother, uncle, godfather, etc., without knowing of Commercial law or of Corporate Law, which it was implying for ignorance of this figure that was not expiring with the requirements that they establish, both the mercantile legislation and the district attorney and financier.

This way we have that the functions of a commissioner, it will have to realize, par excellence a Public Certified Book-keeper or related career, with experience in the Corporate and Managerial Law; always and when, it possesses a wide sense of responsibility that implies this post.

It is for it that we approach to writing, the real function that this post implies, and this way not to have in the future this personage (Commissioner), for ignorance, and do not cause problems of juridical countable and fiscal type, inside the Joint-stock companies in our Country.

I. MARCO CONCEPTUAL Y LEGAL DE SUS ATRIBUCIONES.

De acuerdo con la Ley General de Sociedades Mercantiles, el Comisario, a quien se le exigen una serie de requisitos para ocupar el cargo, y que puede ser socio o persona extraña a la sociedad, tiene encomendada la vigilancia de la sociedad anónima. Sin embargo, la función de vigilancia y su alcance que se presenta en este ordenamiento son un tanto ambiguos, es decir, no se precisa qué deberá entenderse por vigilancia ni tampoco los aspectos que serán objeto de esta tarea por parte del comisario.¹²⁶

Según la real academia española de la lengua refiere lo siguiente:

Vigilancia s.f. Acción y efecto de vigilar. 2. Servicio montado y dispuesto para vigilar.¹²⁷

Vigilar v.t.r. e intr. Observar atentamente a alguien o algo para que no sufra o cause daño, para que se desarrolle correctamente, etc.¹²⁸

Vigilante adj. Que vigila o está atento. s.m. y f. Persona que se encarga de vigilar un lugar.¹²⁹

¹²⁶ Cardoso C. José Carlos, El consejo de administración y el comisario profesional, Edit. Instituto Mexicano de Contadores Públicos A.C., p. 121

¹²⁷ Diccionario Larousse, El Pequeño Larousse 2011, Edit. Larousse, p.1037

¹²⁸ Idem, p.121

Comisario, A s. (del lat. *Committere*, confiar). Persona que desempeña un cargo o función por encargo de una autoridad superior: comisario europeo; comisario de una exposición. 2. Persona oficialmente encargada de hacer respetar los reglamentos en ciertas pruebas deportivas.¹³⁰

Comisario. I En derecho comercial, es la persona en cargada de las funciones de la vigilancia de ciertas sociedades mercantiles. Puede tratarse de una o más personas que integran en cualquiera de esos supuestos el órgano de vigilancia, la existencia de la cual es obligatoria para las S.A.¹³¹

A mayor abundamiento en el artículo **166** de la **Ley General de Sociedades Mercantiles**, referido a las facultades y obligaciones del Comisario, sólo se establecen en forma específica algunas que se estipulan en las siguientes fracciones:¹³²

- I. “Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía que exige el artículo 152, dando cuenta sin demora de cualquiera irregularidad a la Asamblea General de Accionistas;”
- II. “Exigir a los administradores una información mensual que incluya por lo menos un estado de situación financiera y un estado de resultados;”
- III. “Realizar un examen de las operaciones, documentación, registro y demás evidencias comprobatorias, en el grado y extensión que sean necesarios para efectuar la vigilancia de las operaciones que la Ley les impone y para poder rendir fundadamente el dictamen que se menciona en el siguiente inciso;”
- IV. “Rendir anualmente a la asamblea general ordinaria de accionistas un informe respecto a la veracidad, suficiente y razonabilidad de la información presentada por el consejo de administración a la propia asamblea de accionistas. Este informe deberá incluir, por lo menos:”

¹²⁹ Idem, p.121

¹³⁰ Ibidem, p.122

¹³¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario jurídico mexicano, Edit. Porrúa, p. 517

¹³² Ibidem, p.122

- A. “La opinión del Comisario sobre si las políticas y criterios contables y de información seguidos por la sociedad son adecuados y suficientes tomando en consideración las circunstancias particulares de la sociedad.”
- B. “La opinión del Comisario sobre si esas políticas y criterios han sido aplicados consistentemente en la información presentada por los administradores.”
- C. “La opinión del Comisario sobre si, como consecuencia de lo anterior, la información presentada por los administradores refleja en forma veraz y suficiente la situación financiera y los resultados de la sociedad.”
- V. “Hacer que se inserten en la orden del día de las sesiones del consejo de administración y de las asambleas de accionistas los puntos que crean pertinentes;”
- VI. “Convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas, en caso de omisión de los administradores y en cualquier otro caso en que lo juzguen conveniente;”
- VII. “**Asistir con voz, pero sin voto**, a todas la sesiones del consejo de administración, a las cuales deberán ser citados;”
- VIII. “**Asistir, con voz pero sin voto**, a las asambleas de accionistas;”

No obstante la especificidad de las obligaciones anteriores, las cuales se orientan a la vigilancia de las políticas y criterios contables y de la situación financiera y los resultados de la sociedad, la última fracción del artículo citado amplía en forma, por demás, poco precisa las obligaciones que se le asignan al comisario, al señalar lo siguiente:¹³³

- IX. “En general, **vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo todas las operaciones de la sociedad.**”

Lo anterior resulta inoperante, en virtud de que puede interpretarse como que el comisario debe estar atento de todas y cada una de las operaciones que efectúan las

¹³³ Ídem, p. 122

diversas áreas de la empresa a fin de cerciorarse que se realizan adecuadamente y en los términos y condiciones fijadas por los niveles directivos de la organización.¹³⁴

Como es obvio, difícilmente puede llevarse a cabo una vigilancia directa y total de la empresa.

Como acabamos de observar, estas facultades del Comisario sólo le especifican que sus foros principales de actuación son la Asamblea General de Accionistas y el Consejo de Administración al que asiste con voz, pero sin voto. Sobre la intervención del comisario en este último foro, cabe señalar que no se hace ninguna referencia en la Ley a los aspectos que deben ser vigilados, excepto en las materias ya comentadas.¹³⁵

II. ENFOQUE Y ALCANCE DE SUS FUNCIONES

De acuerdo con las atribuciones del Comisario, el enfoque de sus intervenciones es básicamente, financiero y contable en virtud de que su obligación más relevante consiste en presentar a la Asamblea General de Accionistas un informe de opinión sobre la situación financiera y resultados de la empresa, presentados a su vez por los Administradores a dicha Asamblea.¹³⁶

Aún cuando el Comisario tiene la obligación de vigilar ilimitadamente en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad, difícilmente orienta su labor a la vigilancia de la operación y desempeño de la empresa. Así mismo, y no obstante que la Ley en su artículo **169**, faculta al Comisario a contratar los servicios de técnicos y profesionistas independientes a efecto de que lo apoyen en sus tareas, este apoyo se otorga en las materias estipuladas en la Ley.¹³⁷

En consecuencia, en la actualidad el alcance de sus intervenciones se refiere

¹³⁴ Ídem, p. 122

¹³⁵ Ibídem, p. 123

¹³⁶ Ídem, p. 124

¹³⁷ Ibídem, p. 125

principalmente a aspectos financieros y quedan fuera del ámbito de su competencia, aspectos trascendentales de la marcha y evolución de la empresa. Se omite un factor que quizá sea la atribución más importante de quien se desempeña en un cargo de esta naturaleza: las propuestas específicas para solucionar problemas claves, y para mejorar sistemáticamente la operación y los resultados de la organización.¹³⁸

III. LAS RESPONSABILIDADES ADICIONALES DE SU CARGO

Las obligaciones, tan específicas por una parte y tan generales por otra, que la Ley le asigna al Comisario, las cuales resultan imposibles de cumplir totalmente en la práctica, contrastan con las amplias responsabilidades que la propia Ley le impone.¹³⁹ A este respecto, basta citar los siguientes artículos de la Ley aludida, además de las Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas (NAGAS) según **Boletín 4090**:

“ARTICULO 169. “Los comisarios serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen...”

“ARTICULO 171. “Son aplicables a los comisarios las disposiciones contenidas en los artículos 160, 161, y 163.”

Por su parte, los artículos antes mencionados, señalan lo siguiente:

ARTICULO 160. “Los administradores serán solidariamente responsables con los que les hayan precedido por las irregularidades en que éstos hubieren incurrido sí, conociéndolas, no las denunciaron por escrito a los comisarios”.

ARTICULO 161. “La responsabilidad de los administradores sólo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas la que designará a la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente, salvo lo dispuesto el **artículo 163**”.

¹³⁸ Ídem, p. 125

¹³⁹ Ídem, p. 125

ARTICULO 163. “Los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social, por lo menos, podrán ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores, siempre que se satisfagan los requisitos siguientes:

- I. “Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes; y”
- II. “Que, en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la asamblea general de accionistas sobre no haber lugar a proceder contra los administradores demandados”.

“Los bienes que se obtengan como resultado de la relación serán percibidos por la sociedad” .”¹⁴⁰

LAS RESPONSABILIDADES FISCALES ADICIONALES DE SU CARGO

“**Artículo 26.C.F.F.-** Son responsables solidarios con los contribuyentes:

VIII. Quienes manifiesten su voluntad de asumir responsabilidad solidaria.

La responsabilidad solidaria comprenderá los accesorios, con excepción de las multas. Lo dispuesto en este párrafo no impide que los responsables solidarios puedan ser sancionados por los actos u omisiones propios.”¹⁴¹

“**Artículo 24. R.C.F.F.-** Para los efectos del artículo 27, octavo párrafo del Código, se considera que los fedatarios públicos ante quienes se constituyan personas morales o se protocolicen actas de asamblea de personas morales, asentaron la clave del Registro Federal de Contribuyentes correspondiente a cada socio o accionista cuando:

¹⁴⁰ Ley General de Sociedades Mercantiles 2011. Diofiscal Editores, S.A. DE C.V. Decimoséptima Edición, México D.F.

¹⁴¹ Código Fiscal de la Federación 2011. Diofiscal Editores, S.A. DE C.V. Decimoséptima Edición, México D.F.

- I. Agreguen al apéndice del acta o de la escritura pública de que se trate, copia de la cédula de identificación fiscal o de la constancia de registro fiscal emitida por el Servicio de Administración Tributaria;
- II. Se cercioren de que la copia de la cédula de identificación fiscal o de la constancia de registro fiscal, obra en otra acta o escritura pública otorgada anteriormente ante el mismo fedatario público e indiquen esta circunstancia, y
- III. Asienten en el acta o escritura pública de que se trate, la clave del Registro Federal de Contribuyentes contenida en la cédula de identificación fiscal o en la constancia de registro fiscal proporcionada por los socios o accionistas cuya copia obre en su poder o, tratándose de socios o accionistas residentes en el extranjero, hagan constar en el acta o escritura pública la declaración bajo protesta de decir verdad del delegado que concurra a la protocolización de la misma, que la persona moral o el asociante, residente en México presentará la relación a que se refiere el artículo 27, cuarto párrafo del Código a más tardar el 31 de marzo del año siguiente.

Se considera que se cumple con lo dispuesto en las fracciones anteriores cuando los fedatarios públicos soliciten la clave del Registro Federal de Contribuyentes, la cédula de identificación fiscal o la constancia de registro fiscal emitida por el Servicio de Administración Tributaria y no les sea proporcionada, siempre que den aviso a dicho órgano desconcentrado de esta circunstancia y asienten en su protocolo el hecho de haber formulado la citada solicitud sin que ésta haya sido atendida.

Se considera que los fedatarios públicos verificaron que la clave del Registro Federal de Contribuyentes de socios o accionistas de personas morales aparezca en las escrituras públicas o actas mencionadas en el primer párrafo de este artículo, cuando se encuentre transcrita en la propia acta que se protocoliza, obre agregada al apéndice de la misma, o bien, le sea proporcionada al fedatario público por el delegado que concurra a su protocolización y se asiente en la escritura correspondiente.”¹⁴²

¹⁴² Reglamento Código Fiscal de la Federación 2011. Diofiscal Editores, S.A. DE C.V. Decimo séptima Edición, México D.F.

IV. PERFIL PROFESIONAL DEL CONTADOR PÚBLICO Y LAS FUNCIONES A CARGO DEL COMISARIO.

Las obligaciones que le asigna al Comisario la **Ley General de Sociedades Mercantiles**, particularmente las contiene en las Fracciones III Y VI del **Artículo 166**, orientan la conclusión de que es el Contador Público quien cuenta con la preparación académica y, en su caso, la experiencia que requiere la delicada misión de Comisario en una organización.¹⁴³

Por su ejercicio profesional el Contador Público está en condiciones de desempeñarse como **“pez en el agua”** en el papel de Comisario en los diferentes ámbitos y funciones tanto del Sector público como el privado.

Basta señalar, a manera de ejemplo, que son términos comunes utilizados por el Contador Público, su práctica profesional, los conceptos de **consistencia, veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información financiera y resultados de la sociedad**, consignados en la fracción **IV** del Artículo 166 de la LGSM. Todos ellos, como se sabe, ajenos a otras disciplinas son parte del marco conceptual y enfoque práctico que el Comisario debe conocer y aplicar para el exacto cumplimiento de su función.¹⁴⁴

“La información y práctica profesional del Contador Público, así como la naturaleza de los informes que emite como resultado de su trabajo, le permiten (al contador Público), cumplir de manera natural con los requerimientos legales exigidos al Comisario.”¹⁴⁵

De esta manera se pronuncia el Instituto Mexicano de Contadores Públicos en su **Boletín 4090**, párrafo 6 de Normas y Procedimientos de Auditoría. En este mismo boletín intitulado **“EL DICTAMEN DEL CONTADOR PUBLICO EN SU CARÁCTER DE COMISARIO”**, apéndice II de esta obra, norma la actuación del Contador Público en el desempeño de esta función y describe los procedimientos que

¹⁴³ Ídem, p. 128

¹⁴⁴ Ídem, p. 128

¹⁴⁵ IMCP, A.C. Boletín 4090, párrafo 6 Normas y Procedimientos de Auditoría.

debe aplicar, para estar en condiciones de aceptar el cargo de Comisario de una sociedad sin ser el Auditor Externo de la misma.¹⁴⁶

V. EL COMISARIO Y EL AUDITOR EXTERNO

Desde muchos años se discutió en diversos foros la compatibilidad de la función del Comisario y la del Auditor Externo y desde entonces, se concluyó que, en efecto **ambas funciones son compatibles**. A mayor abundamiento, en estos foros se recomendó que fuera el Auditor Externo el Comisario de la Sociedad, ya que de esta manera, el conocimiento que tiene éste último a través de la auditoría que practica sobre las operaciones de la empresa, le permiten asegurar que los hallazgos de auditoría, lleguen al seno del Consejo de Administración y además, se evite la duplicidad de funciones y de costos.¹⁴⁷

Por lo anteriormente comentado, se ratifica que las funciones del Comisario y del Auditor Externo, son compatibles y que lo adecuado sería que éste último, también desempeñe el cargo de Comisario.¹⁴⁸

No obstante lo anterior, existen otros criterios, como los que establecen en el Código de Mejores Prácticas, cuyo texto se reproducen a continuación:

“Aunque algunas de las funciones del Comisario y del Auditor son similares, quienes los signan lo hacen por diferentes propósitos, por lo que al encargarle al Comisario la Auditoría genera conflictos de interés”¹⁴⁹.

VI. BOLETIN 4090 EL DICTAMEN DEL CONTADOR PUBLICO EN SU CARÁCTER DE COMISARIO.

GENERALIDADES

¹⁴⁶ Ídem, p. 129

¹⁴⁷ Ídem, p. 129

¹⁴⁸ Ídem, p. 129

¹⁴⁹ Ídem, p. 130

“Desde su origen, las funciones de vigilancia que señala la Ley han tenido por objeto que una persona accionista de la sociedad, bajo ciertas limitaciones, o un tercero independiente a la misma, informe anualmente a la asamblea de accionistas, respecto de la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por los administradores, a la propia asamblea de accionistas. La **L.G.S.M.** vigente sugiere que el informe anual del Comisario debe incluir por lo menos:

La opinión del Comisario, sobre si las políticas y criterios contables y de información seguidos por la sociedad, son adecuados y suficientes, tomando en consideración las circunstancias particulares de la misma.

- A.** La opinión del Comisario, sobre si esas políticas y criterios han sido aplicados conjuntamente en la información presentada por los administradores.
- B.** La opinión del comisario, sobre si como consecuencia de lo anterior, la información presentada por los administradores refleja en forma veraz y suficiente, la situación financiera y los resultados de la sociedad.

La formación y práctica profesional del Contador Público, así como la naturaleza de los informes que emite como resultado de su trabajo, le permiten cumplir de manera natural con los requerimientos legales anteriores, por lo cual el Contador Público es frecuentemente requerido para desempeñar el cargo de comisario y, en consecuencia es necesario que la profesión organizada norme la actuación de dicho profesional en el desempeño de esta función.

Así el **Boletín 1010, Normas de Auditoria**, de esta comisión, establece que: **A)** en todos los casos en que el nombre de un Contador Público quede asociado con estados o información financiera, deberá expresar de manera clara e inequívoca la naturaleza de su relación con dicha información, su opinión sobre la misma y, en su caso, las limitaciones importantes que haya tenido su examen, las salvedades que se deriva de ellas o todas las razones de importancia, por las cuales expresa una opinión adversa o no pueda expresar una opinión profesional, a pesar de haber hecho un examen de acuerdo con las normas de auditoría, y **B)** que el auditor, al opinar sobre los estados financieros, debe observar que:

- a)** Fueron preparados de acuerdo con las Normas de Información Financiera, o bien, conforme a las reglas que establece el **Boletín 4020**.

- b) La información presentada en los mismos y en las notas relativas es adecuada y suficiente para su razonable interpretación.

Adicionalmente el Código de Ética Profesional establece que los informes de cualquier tipo que emita el Contador Público con su firma, deberá ser necesariamente el resultado de su trabajo practicado por él o por algún colaborador bajo su supervisión, pudiendo suscribir también aquellos informes que se deriven de trabajos en colaboración con otro miembro del Instituto Mexicano de Contadores Públicos. Así mismo, el código, señala que al firmar informes de cualquier tipo, el Contador Público será responsable de ellos en forma individual.

Tomando en consideración lo establecido en la legislación mercantil vigente y lo señalado en párrafos anteriores, esta comisión concluye: 1º) que existe congruencia entre la práctica profesional del Contador Público en el ejercicio independiente y las funciones de vigilancia de la sociedad encomendadas al Comisario, y 2º) que el Comisario, para estar en condiciones de emitir una opinión, debe efectuar un examen de la situación financiera y los resultados de operación de la entidad o bien, cuando sea otro Contador Público el que practique la auditoria, es necesario se le permita participar en el grado que considere necesario en la planeación, ejecución y conclusión de dicho examen, de tal forma que esté en condiciones de asumir la responsabilidad por el trabajo efectuado.

En relación con el dictamen que debe rendir anualmente el Comisario a la asamblea general ordinaria de accionistas, “respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el consejo de administración a la propia asamblea de accionistas”, éste deberá contemplar los requerimientos que al respecto menciona la **Ley General de Sociedades Mercantiles**.

1. OBJETIVO

Este boletín tiene por objeto: a) orientar al Contador Público en su actuación como Comisario, en el cumplimiento de las funciones que le impone la (**L.G.S.M.**), y b) normar el contenido del dictamen que debe emitir.

2. ALCANCE Y LIMITACIONES

Este boletín se refiere exclusivamente al dictamen que debe emitir el Contador Público en su carácter de comisario, de acuerdo con lo prescrito en el Artículo **166** de la **LGS** y no se refiere a otros informes que pudiera emitir en cumplimiento de las demás obligaciones que la Ley mencionada le impone.

3. PRONUNCIAMIENTOS NORMATIVOS RELATIVOS AL EXAMEN A EFECTUAR

En la práctica profesional, el Contador Público puede enfrentar las siguientes situaciones: a) que siendo el auditor externo de la entidad, haya asumido también la responsabilidad de la función de comisario de la misma, y b) que actúe como comisario, sin ser auditor externo.

En ambos casos, el Contador Público deberá considerar las disposiciones del **Artículo 169** de la **LGS**, que establecen el cómo será individualmente responsable para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la propia Ley y los estatutos le imponen.

Es necesario que el Contador Público que actúe como comisario, establezca en forma clara los términos y alcance de sus servicios e indique los informes que proporcionará. Al describir los términos de sus servicios, el comisario debe hacer del conocimiento de los administradores y de la asamblea de accionistas de la entidad, las facultades y obligaciones que adquiere como comisario, las cuales se encuentran contenidas el **Artículo 166** de la **LGS**, quedando a juicio del auditor la forma en que deberá documentarse dicha información.

La **LGS** obliga al comisario a verificar determinadas situaciones y a llevar a cabo tareas concretas y es indiscutible, por lo tanto, que el auditor externo en su carácter de comisario debe adecuar su participación personal y, en su caso, el alcance y oportunidad de los procedimientos que considere necesarios para sustentar su opinión como comisario. En consecuencia, también deberá dejar claramente establecido que para su función de comisario:

- a) No se le impondrán restricciones en el alcance de su trabajo.

- b) Podrá contratar y designar técnicos profesionales independientes que actúen bajo su dirección, si lo considera conveniente.
- c) Deberá ser convocado a las asambleas de accionistas y sesiones del consejo de administración.

Para estar en condiciones de aceptar el cargo de comisario de una sociedad, sin ser el auditor externo de la misma, deberá aplicar los siguientes procedimientos:

- a) Asegurarse de que será practicado un examen de los estados financieros por un Contador Público independiente.
- b) Cuando sea otro Contador Público el que practique la auditoria de los estados financieros de la entidad, el comisario deberá dejar claramente establecido que es necesario se le permita participar, en el grado que considera conveniente, en la planeación, ejecución y conclusión de dicho examen, con objeto de que pueda cumplir con las obligaciones que el cargo de comisario le impone.
- c) Cumplir con las normas de auditoría generalmente aceptadas.

4. PRONUNCIAMIENTOS NORMATIVOS RELATIVOS AL CONTENIDO Y FORMA DEL DICTAMEN.

El dictamen del comisario debe abarcar también los estados financieros básicos y sus notas, por lo que debe referirse a estados financieros preparados de acuerdo con las Normas de Información Financiera, o bien, a estados financieros preparados de acuerdo con las reglas que establece el **Boletín 4020**.

Así mismo, no es aceptable que el comisario comparta en el dictamen su responsabilidad basada en el trabajo realizado por otro u otros auditores, ya que como se menciona en el **Artículo 169** de la **LGS**, él es individualmente responsable para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la Ley y los estatutos sociales le imponen.

El contenido del dictamen de comisario, deberá incluir los siguientes elementos:

- ✓ Identificación de ser “Dictamen de comisario”.
- ✓ Mención del destinatario.
- ✓ Deberá dirigirse a la asamblea general de accionistas.
- ✓ Identificación de la información y del periodo revisado.

- ✓ Deberá identificarse la información y el periodo al que se refiere el dictamen del comisario.
- ✓ Cumplimiento de sus obligaciones conforme a la LGSM.
- ✓ Deberá contener las aseveraciones establecidas en la LGSM, identificando la compañía y la fecha y periodo de la información, así como su conformidad con las Normas de Información Financiera, o bien, con las reglas establecidas en el Boletín 4020, Dictamen sobre los estados financieros preparados de acuerdo con bases específicas diferentes a los Normas de Información Financiera mexicanas, de esta Comisión.
- ✓ Cumplimiento de las normas de auditoría.
- ✓ Deberá señalar que su examen se hizo de acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas.
- ✓ Revelaciones adicionales derivadas de la función de comisario que sean necesarias según su criterio.
- ✓ Opinión del comisario.
- ✓ Deberá contener las aseveraciones establecidas en la LGSM, identificando la compañía y la fecha y periodo de la información, así como su conformidad con las Normas de Información Financiera, o bien, con las reglas establecidas en el Boletín 4020, Dictamen sobre los estados financieros preparados de acuerdo con bases específicas diferentes a los Normas de Información Financiera mexicanas, de esta Comisión.
- ✓ Firma
- ✓ Deberá ser firmado en forma personal por el comisario.
- ✓ Fecha.
- ✓ Deberá contener la fecha de terminación de su trabajo, cumpliendo con los plazos legales establecidos.

Asimismo, el dictamen de comisario debe observar los pronunciamientos normativos relativos a las causales que motivan excepciones en el dictamen, establecidos en el Boletín 4010, Dictamen del auditor. Por tanto, el comisario, según sea el caso, debe emitir una opinión sin salvedades, con salvedades, con abstención de opinión o negativa.

Cuando se preparan estados financieros individuales de una tenedora para su presentación a la asamblea general de accionistas, el comisario deberá señalar en su dictamen lo siguiente:

- a) Que los estados financieros a que se refiere el dictamen, se prepararon para ser utilizados por la asamblea de accionistas y no han sido considerados con los de sus subsidiarias, como lo requieren las Normas de Información Financiera mexicanas; consecuente-mente, que la evaluación de la situación financiera y los resultados de operación, debe basarse en los estados financieros consolidados.
- b) Que por separado se han preparado estados financieros consolidados de la tenedora y sus subsidiarias, los cuales han sido dictaminados.¹⁵⁰

VII.- MODELO DE DICTAMEN SUGERIDO¹⁵¹

Dictamen del comisario

México D.F., a 30 de junio de 2010.

A la Asamblea General de Accionistas de COMERCIALIZADORA GENERAL, S.A. de C.V.:

En mi carácter de comisario y en cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y los estatutos de COMERCIALIZADORA GENERAL, S.A. de C.V., rindo a ustedes mi dictamen sobre la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información que ha presentado a ustedes el consejo de administración, en relación con la marcha de la Sociedad por el año terminado el 31 de diciembre de 2009.

He asistido a las asambleas de accionistas y juntas del consejo de administración a las que he sido convocado y he obtenido de los directores y administradores, la información sobre las operaciones, documentación y registros que considere necesario examinar. Mi

¹⁵⁰ Normas de Auditorias 2011. Instituto Mexicano de Contadores Públicos, A. C. Trigésima primera Edición, México D.F.

¹⁵¹ Normas de Auditorias 2011. Instituto Mexicano de Contadores Públicos, A. C. Trigésima primera Edición, México D.F.

revisión ha sido efectuada de acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas.

En mi opinión, los criterios y políticas contables y de información seguidos por la Sociedad y considerados por los administradores para preparar la información presentada por los mismos a esta asamblea, son adecuados y suficientes y se aplicaron en forma consistente con el ejercicio anterior; por lo tanto, dicha información refleja en forma veraz, razonable y suficiente la situación financiera de COMERCIALIZADORA GENERAL, S.A. de C.V., al 31 de diciembre de 2009, los resultados de sus operaciones, las variaciones en el capital contable y los cambios en la situación financiera, por el año terminado en esa fecha, de conformidad con las Normas de Información Financiera mexicanas.

Firma de comisario.

VIII.- CASO PRÁCTICO.

EJEMPLO DE ACTA DE LA SESIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Acta de la Sesión del Consejo de Administración de COMERCIALIZADORA GENERAL, S.A. DE C.V. celebrada en Puebla N. 228, colonia Roma, México, D.F., a las 18:00 horas del día 20 de febrero de 2010.

ASISTENTES:

CARGO	NOMBRE	INICIALES
Presidente	Lic. José Carmona Rangel	(JCR)
Secretario	Lic. Ramiro Cervantes Urban	(RCU)
Vocal	C.P. Luis Montes Arguelles	(LMA)

Vocal	Dr. Miguel Beltrán Rosales	(MBR)
Vocal	Lic. Carlos Reyna González	(CRG)
Comisario	C.P. Ramón A. Escobosa A.	(REA)
Director General	Lic. Bernardo Duran Guzmán	(BDG)

AUSENTES:

Vocal	Lic. Pedro Salomón Sánchez	(PSS)
-------	----------------------------	--------------

Presidió la Sesión el Lic. José Carmona Rangel, como Secretario el Lic. Ramiro Cervantes Urban, quien hizo constar la existencia de quórum para la válida y legal celebración de la sesión, por lo que el Presidente declaró la misma legalmente instalada para tratar y resolver los asuntos que se contiene en el siguiente:

ORDEN DEL DÍA

- I. Lectura y, en su caso, aprobación del acta de la sesión anterior.
- II. Informe del director general por el periodo comprendido del 1° de enero al 31 de diciembre de 2009.
- III. Presentación de estados financieros de la sociedad al 31 de diciembre de 2009

Asuntos tratados y acuerdos tomados

- | | |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"> I. Se dio lectura y se aprobó el Acta de la Sesión anterior. | Responsable y
fecha de
cumplimiento |
| <ol style="list-style-type: none"> II. De la lectura del informe del Director General se conoció que los | (CRG) |

ingresos reales de la empresa, del 1° de enero al 31 de diciembre de 2009, son inferiores a los ingresos presupuestados por lo que se acordó que el Lic. Carlos Reyna González, Vocal de Comercialización del Consejo de Administración, lleve a cabo un análisis que permita conocer las causas que están provocando este incumplimiento de metas presupuestales y en su caso, promueva por parte de la alta dirección de la empresa, la adopción de las medidas pertinentes para corregir estas anomalías. **30-VII-2009**

III. Del análisis de los estados financieros de la sociedad, se identificó un saldo superior al normal en la cartera de clientes, por lo que se solicitó al Director General, lleve a cabo un análisis de las causas que originaron este incremento y, en su caso, tome las acciones orientadas a la recuperación de la cartera.

(BDG)

25-VII-2009

EJEMPLO DE ACTA DE LA ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA.

En la ciudad de México D.F., siendo las 10.00 horas A.M. del día 28 de marzo de 2010, se reunieron en las oficinas de “COMERCIALIZADORA GENERAL”, S.A. DE C.V., los siguientes accionistas de la citada sociedad, con el fin de celebrar una asamblea general ordinaria de accionistas: Sres., Lic. José Carmona Rangel, Lic. Ramiro Cervantes Urban, Federico Herrera Jiménez, Beatriz Casas Ordoñez, Sofía Sánchez Bello.

A efecto de celebrar ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA por lo cual fueron previamente convocados. También estuvo presente el C.P. Ramón A. Escobosa A.; Comisario de la Sociedad.

Presidió la asamblea el Lic. José Carmona Rangel, habiendo fungido como secretario el Lic. Ramiro Cervantes Urban.

El presidente designo como escrutadores a los C. Federico Herrera Jiménez y Beatriz Casas Ordoñez, quienes aceptaron el nombramiento y en el desempeño de sus funciones formularon la lista de asistencia que se agrega a la presente acta, de la que se desprende que se encontraban representados los siguientes accionistas, votando las acciones que a continuación se expresan:

ACCIONISTAS	ACCIONES	CAPITAL	VOTOS
Lic. José Carmona Rangel	350	140,000	350
Lic. Ramiro Cervantes Urban	350	140,000	350
Sr. Federico Herrera Jiménez	100	40,000	100
Sra. Beatriz Casas Ordoñez	100	40,000	100
Sra. Sofía Sánchez Bello	100	40,000	100
	1000	400,000	1000

ORDEN DEL DIA

I.- Lectura del acta anterior

II.- Discusión y aprobación del Balance General de la Sociedad

III.- Asuntos generales.

Pasando al primer punto de la orden del día, se da lectura al acta anterior, siendo aprobada por unanimidad de votos.

Pasando a tratar el segundo punto de la orden del día, el Lic. José Carmona Rangel, exhibe los Estados Financieros por el año terminado el 31 de diciembre de 2009, mismos que una vez analizados y estudiados, son aprobados por unanimidad de votos, en todas sus partes.

Tratándose el tercer punto de la orden del día, el presidente preguntó a los accionistas si deseaban tratar algún otro asunto, y habiendo contestado estos negativamente, se ordenó un receso para del lugar a la formulación de la presente acta, hecho lo cual el Secretario dio lectura a la misma, siendo aprobada en su totalidad, firmando al calce para constancia el Presidente, el Secretario, el Comisario y los demás presentes.

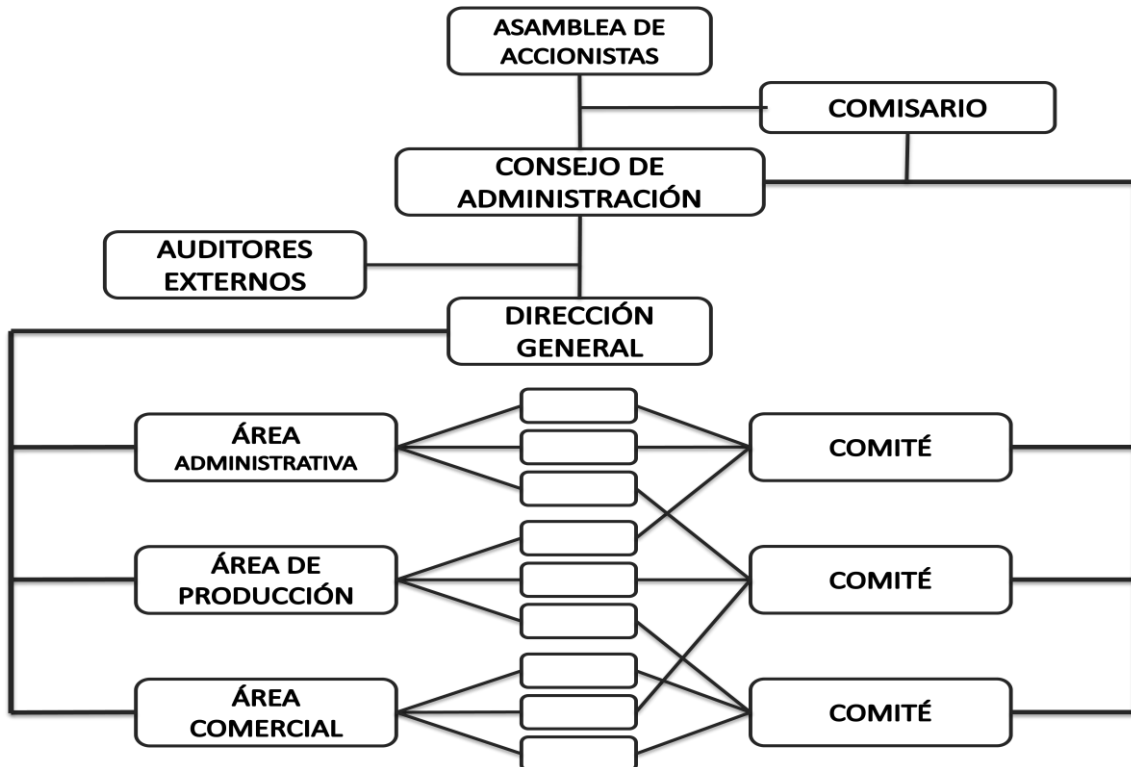
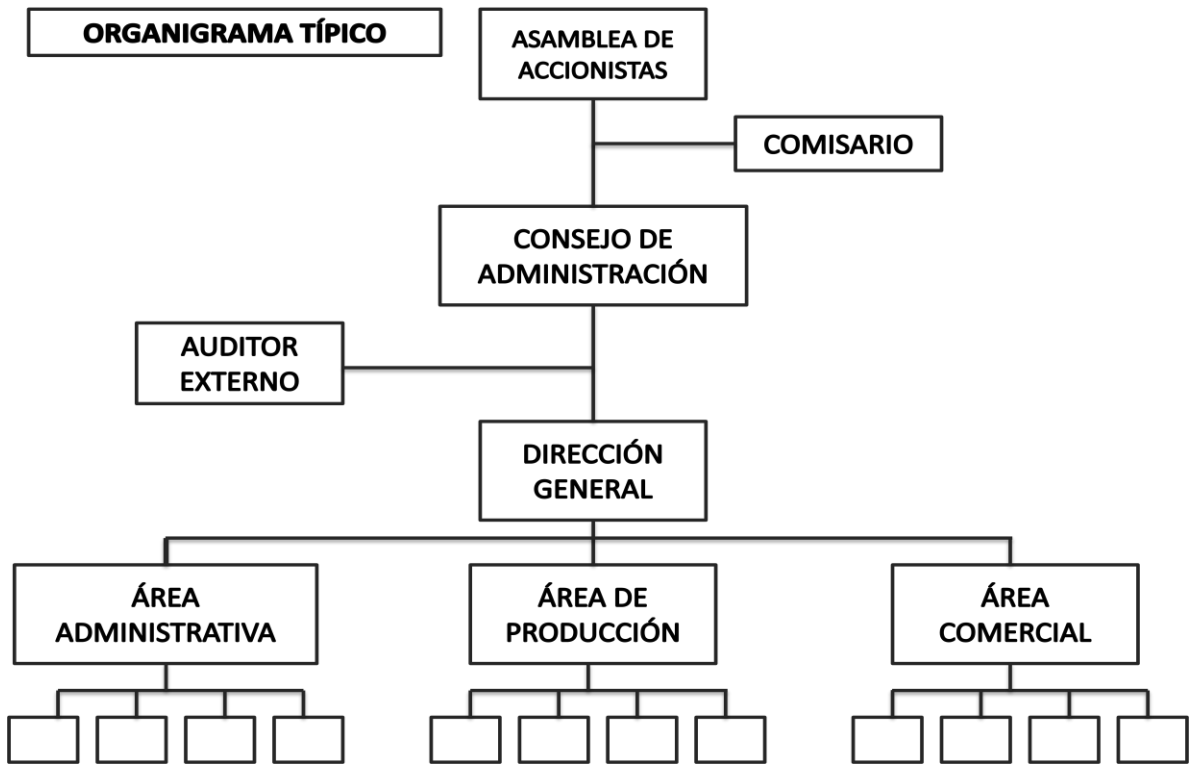
El Secretario hizo constar que al momento de aceptarse todos y cada una de los acuerdos aquí contenidos estuvieron representados la totalidad de las acciones representativas del capital social de “COMERCIALIZADORA GENERAL” S.A. DE C.V.¹⁵²

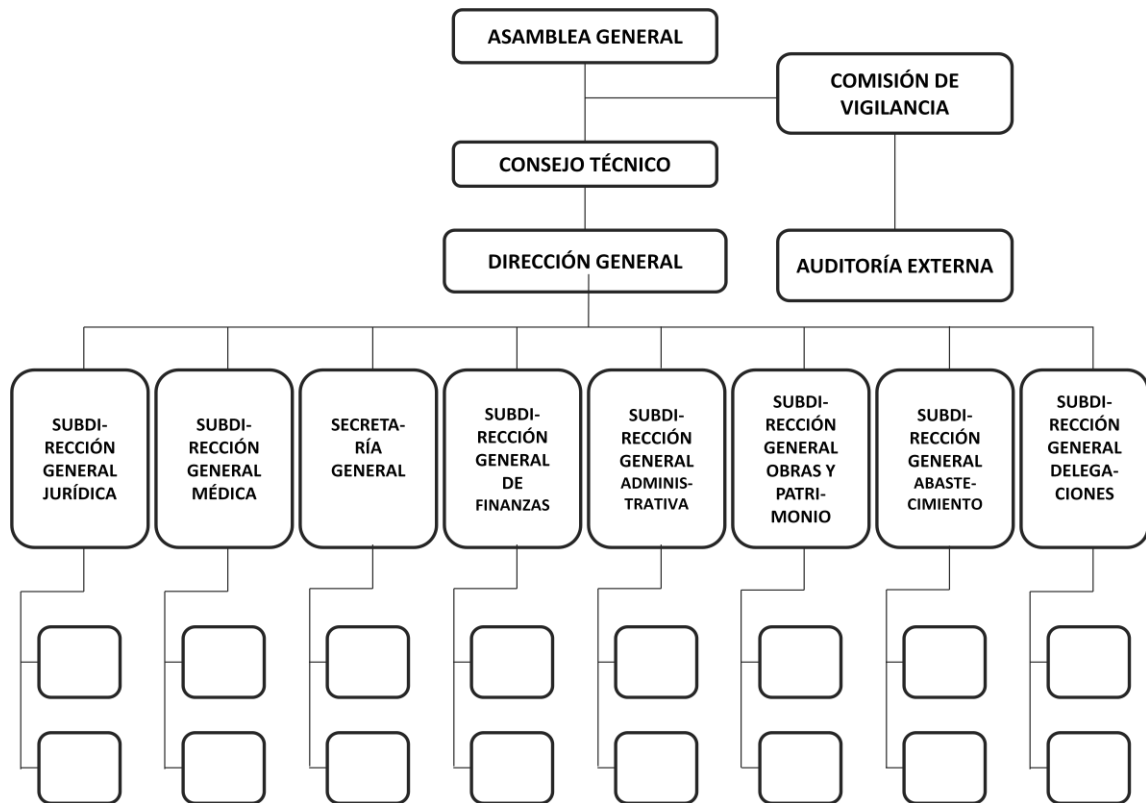
Lic. José Carmona Rangel PRESIDENTE	Lic. Ramiro Cervantes Urban SECRETARIO
C. Federico Herrera Jiménez ESCRUTADOR	C. Beatriz Casas Ordoñez ESCRUTADOR
C. Sofia Sánchez Bello ACCIONISTA	
C.P. Ramón A. Escobosa A. COMISARIO	

	CARGO	APTITUDES	PREPARACIÓN ACADÉMICA O PERFIL PROFESIONAL
(1)	Un Presidente	Liderazgo Empresarial	Hombre de Negocios

¹⁵² Fuente propia

(2)	Un Secretario	Jurídico-Corporativas	Abogado Corporativo
(3)	Un Vocal	Administrativas	Ciencias Administrativas
(4)	Un Vocal	En Producción de Bienes o Servicios	Disciplinas de Ingeniería o Afines a Servicios
(5)	Un Vocal	Comerciales	En Comercialización
(6)	Un Vocal	Relaciones Humanas	Relaciones Industriales
(7)	Un Vocal	Económicas Sectoriales	Economía
(8)	Un Vocal	Análisis Financiero y Económico	Consultoría Financiera
(A)	Un Comisario Propietario	Vigilancia, Evaluación y Promoción	C.P.C. Auditor Externo
(B)	Un Comisario Suplente	Vigilancia, Evaluación y Promoción	C.P.C. Auditor Externo





COMERCIALIZADORA GENERAL, SA DE CV
ESTADO DE POSICIÓN FINANCIERA AL 31 DE DICIEMBRE DE 2009
(MILLONES DE PESOS)

	IMPORTE	%		IMPORTE	%
ACTIVO			PASIVO		
<u>CIRCULANTE:</u>			<u>A CORTO PLAZO:</u>		
CAJA	\$ 719	0.1%	PROVEEDORES (NOTA 10)	\$ 1,343	0%
BANCOS (NOTA 3)	\$ 161,522	18%	ACREEDORES DIVERSOS (NOTA 11)	\$ 25,729	3%
CLIENTES (NOTA 4)	\$ 68,884	8%	ISR POR PAGAR (NOTA 12)	\$ 71,979	8%
INVENTARIOS (NOTA 5)	\$ 401,775	45%	PTU POR PAGAR (13)	\$ 16,195	2%
IVA PENDIENTE POR ACREDITAR (NOTA 6)	\$ 19,495	2%	SUMA PASIVO A CORTO PLAZO	\$ 115,246	12%
SUMA CIRCULANTE	\$ 652,395	73%			
			<u>A LARGO PLAZO</u>		
<u>FIJO</u>			DOCUMENTOS POR PAGAR (NOTA 14)	\$ 268,500	30%
MOB. Y EQUIPO DE OFICINA	\$ 8,430	1%			
EQ. DE TRANSPORTE	\$ 48,610	5%	TOTAL PASIVO	\$ 383,746	43%
EQ. DE REPARTO	\$ 232,158	26%			
EQ. DE COMPUTO	\$ 10,373	1%			
	\$ 299,571	34%			
DEPRECIACION ACUMULADA	\$ 281,223	31%	<u>CAPITAL CONTABLE</u>		
			<u>CONTRIBUIDO</u>		
SUMA ACTIVO FIJO (NOTA 7)	\$ 18,348	2%	CAPITAL SOCIAL (NOTA 15)	\$ 400,000	45%
			<u>GANADO</u>		
<u>DIFERIDO</u>			RESERVA LEGAL	\$ 4,953	1%
IMPUESTOS PAGADOS POR ANTICIPADO (NOTA 8)	\$ 196,602	22%	RESULT. DE EJER. ANT. (NOTA 16)	\$ 68,284	8%
IMPUESTOS A FAVOR (NOTA 9)	\$ 26,779	3%	UTILIDAD DEL EJERCICIO (NOTA 17)	\$ 37,141	4%
SUMA DIFERIDO	\$ 223,381	25%		\$ 110,377	12%
			TOTAL CAPITAL CONTABLE	\$ 510,378	57%
TOTAL ACTIVO	\$ 894,124	100%	TOTAL PASIVO MÁS CAPITAL	\$ 894,124	100%

CUENTAS DE ORDEN	DEBE	HABER
CUENTA DE UTILIDAD FISCAL NETA ACTUALIZADA	\$ 296,366	
ACTUALIZACION DE LA CUENTA DE UTILIDAD FISCAL NETA		\$ 296,366
CUENTA DE CAPITAL DE APORTACION ACTUALIZADA	\$ 640,290	
ACTUALIZACION DE LA CUENTA DE CAPITAL DE APORTACION		\$ 640,290

LAS NOTAS ADJUNTAS SON PARTE INTEGRANTE DE LOS ESTADOS FINANCIEROS
MÉXICO, D.F., A 28 DE MARZO DE 2010

Lic. José Carmona Rangel
PRESIDENTE

COMERCIALIZADORA GENERAL, SA DE CV
ESTADO DE RESULTADOS DEL 01 DE ENERO AL 31 DE DICIEMBRE DE 2009
(MILLONES DE PESOS)

CONCEPTO	PARCIAL	IMPORTE	%
VENTAS		\$ 3,105,174	100%
INVENTARIO INICIAL	\$ 277,169		
COMPRAS	\$ 2,815,099		
INVENTARIO FINAL	\$ 401,775		
COSTO DE VENTAS		2,690,493	87%
UTILIDAD Y/O PERDIDA BRUTA		\$ 414,681	13%
GASTOS DE OPERACIÓN	\$ 284,462	284,462	9%
GASTOS DE ADMINISTRACION			
UTILIDAD DE OPERACIÓN		130,219	4%
COSTO INTEGRAL DE FINANCIAMIENTO:			
GASTOS FINANCIEROS		4,905	0.2%
PRODUCTOS FINANCIEROS		-	0.0%
UTILIDAD ANTES DE OTROS INGRESOS Y GASTOS		125,314	4%
OTROS INGRESOS Y GASTOS			
OTROS GASTOS		-	
OTROS INGRESOS		-	0.0%
		-	
UTILIDAD ANTES DE IMPUESTOS Y P.T.U.		125,314	4%
PTU		16,195	
ISR		71,978	
PERDIDA DEL PERIODO		37,141	1%

LAS NOTAS ADJUNTAS SON PARTE INTEGRANTE DE LOS ESTADOS FINANCIEROS

Lic. José Carmona Rangel
PRESIDENTE

154

¹⁵⁴ Fuente propia

IX.- REFLEXIÓN.

EL COMISARIO IDEAL

La actuación del Comisario Profesional constituye una elevada responsabilidad que requiere de una amplia preparación.

Al asistir, el Comisario, con voz pero sin voto a las sesiones del Consejo de Administración. El peso específico de sus intervenciones recae en sus argumentos y en su capacidad para analizar en forma adecuada y convincente los asuntos que demanden de su atención, por lo que sus aportaciones deben derivarse de análisis objetivos y adecuadamente fundamentados a fin de que proporcione elementos de juicio, efectivamente útiles, para la adopción de los acuerdos por parte del Consejo de Administración en su conjunto, y del propio Director General de la empresa.¹⁵⁵

En virtud de lo anterior, los productos principales que se derivan de la actuación del Comisario Profesional, los cuales están representados por sus estudios, evaluaciones, opiniones, propuestas e informes; deben fundarse entre otros factores, en el conocimiento del desempeño de la empresa y de su problemática; de sus resultados de los programas y presupuestos de ésta; del marco legal que la rige; de los avances que se registran con relación a sus sistemas de operación , y en general del entorno que las rodea.¹⁵⁶

La importancia del cargo, señalada anteriormente, en términos generales, implica que quien deba ser seleccionado para asumir esta responsabilidad, reúna por lo menos los siguientes requisitos básicos a fin de garantizar el éxito en estas tareas:¹⁵⁷

- A.** Reconocida capacidad profesional y experiencia vinculada a la naturaleza y tipo de operaciones que realiza o servicios que presta la empresa en que haya sido designado;

¹⁵⁵ Ídem, p.147

¹⁵⁶ Ídem, p.147

¹⁵⁷ Ídem, p.147

- B.** Amplios conocimientos técnicos en materia de vigilancia, control y evaluación de organizaciones empresariales.
- C.** Integridad y ética profesional.
- D.** Mantenerse permanentemente actualizado en materias relacionadas con el perfil profesional que demanda su cargo y en la rama económica en que se ubica la empresa respectiva.
- E.** No ser cónyuge o tener lazos consanguíneos con el Director General.
- F.** Plena disponibilidad de tiempo para atender con diligencia y oportunidad los asuntos inherentes a su cargo.

Los objetivos específicos que debe perseguir.

De acuerdo con la responsabilidad que implica el cargo de comisario profesional y con la naturaleza y enfoque de sus intervenciones, los objetivos que deben convertirse en las normas inflexibles que guíen su conducta son, básicamente los siguientes:¹⁵⁸

- A.** Salvaguardar, en todo momento, los intereses de los accionistas.
- B.** Promover la adecuada integración y funcionamiento del Consejo de Administración.
- C.** Vigilar y promover el adecuado cumplimiento de los objetivos y metas a cargo de la empresa.
- D.** Efectuar propuestas concretas al Consejo de Administración derivadas del ejercicio de sus atribuciones tendientes a mejorar los resultados económicos y financieros de la empresa.
- E.** Vigilar el adecuado cumplimiento de las políticas generales y específicas que regula la operación de la empresa y la actuación de sus niveles directivos.
- F.** Vigilar y promover el cumplimiento fiel de los acuerdos emanados del Consejo de Administración.
- G.** Aportar elementos de juicio al Consejo de Administración y a los niveles directivos para sustentar la toma de decisiones.
- H.** Promover la adopción de medidas de emergencia para atender problemáticas específicas de la empresa que pongan en serio riesgo el patrimonio de la empresa.

¹⁵⁸ Ídem, p.145

- I. Mantenerse permanentemente actualizado sobre el comportamiento de la organización y de los cambios que se registren en el entorno.
- J. Promover el establecimiento de sólidos sistemas de control, evaluación y autoevaluación al interior de la empresa.
- K. Mantener, en su caso, estrechado contacto con los auditores internos y externos de la empresa y analizar los informes y recomendaciones que éstos emitan.

Los objetivos señalados son, fundamentalmente, orientadores y tienen un carácter enunciativo por lo que es recomendable que cada empresa, de acuerdo con su tamaño y características, detalle los objetivos específicos que tendrá su comisario a efecto de optimizar la actuación de éste.¹⁵⁹

X.- FUENTES CONSULTADAS

- Cardoso C. José Carlos. El Consejo de Administración y el Comisario Profesional. I.M.C.P. Segunda Edición, México D.F. 1999
- Casos prácticos elaborados en el Despacho de Consultoría Internacional Zamudio Urbano SC
- Código Fiscal de la Federación 2011. Diofiscal Editores, S.A. DE C.V. Decimoséptima Edición, México D.F.
- Diccionario Larousse 2011. Editorial Larousse, Decimo Sexta Edición, México D.F.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, México D.F. 1993.
- Ley General de Sociedades Mercantiles 2011. Diofiscal Editores, S.A. DE C.V. Decimoséptima Edición, México D.F.
- Normas de Auditorías 2011. Instituto Mexicano de Contadores Públicos, A. C. Trigésima primera Edición, México D.F.

¹⁵⁹ Ídem, p. 147

ANÁLISIS JURÍDICO LABORAL DE LAS STOCK OPTION PLANS EN EL DERECHO MEXICANO

*Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández**

SUMARIO: Abstract. Palabras Clave. 1 Introducción. 2 Concepto. 3 Historia. 4 Clasificación. 5 Requisitos. 6 Ventajas y Desventajas. 7 México. Conclusiones. Bibliografía.

ABSTRACT.

En La sociedad contemporánea globalizada las stock option plans, son una opción para fidelizar a los empleados y directivos de las sociedades mercantiles. Existe la interrogante si estas se encuentran reguladas en el derecho mexicano y si pueden constituir una prestación laboral formando parte del salario integrado del empleado.

ABSTRACT.

In contemporary society, the global stock option plans, are an option to retain employees and directors of corporations. There is the question whether these are governed by Mexican law and they can act as an employment benefit integrated part of the salary of the employee.

PALABRAS CLAVE: Stock Options Plans; Opción de Compra de Acciones; análisis laboral; fidelización laboral del empleado, salario integrado.

1. INTRODUCCIÓN

En la práctica, los pagos basados en acciones pueden ser realizados por una empresa entregando de forma directa a sus colaboradores y proveedores de bienes y servicios, acciones u opciones para la adquisición futura de acciones, lo anterior a cambio del logro de los objetivos propuestos por la empresa. Como es de suponer los objetivos cuyo

* Investigador de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla México (UPAEP). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel II CONACYT-México. Académico de Número de la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo y Previsión Social.

cumplimiento da origen a los pagos basados en acciones son tan diversos como los son la naturaleza de cada entidad y por ende las condiciones específicas pactadas en cada uno de los acuerdos suscritos entre esta y sus empleados y proveedores.

La retribución que hacen las empresas a sus directivos y empleados mediante la entrega de opciones sobre acciones (stock options) se ha convertido en una práctica habitual en muchos países del mundo.¹⁶⁰

La sociedad actual no puede ser concebida solamente como un mercado sino que está constituida por un conjunto de personas que participan de forma cooperativa y competitiva en la comunidad, que tienen determinadas motivaciones y que actúan colectivamente, coordinando sus acciones según los objetivos de sus empresas, en la búsqueda de alcanzar sus propias expectativas.¹⁶¹

2. CONCEPTO

La opción es, según el Diccionario de la Real Academia Española, la libertad o facultad de elegir. Podemos verlos desde diferentes puntos de vista, pero está implícita la característica de libre voluntad para decidir entre optar o no por aquello de lo que verse determinada situación. Así, según el citado diccionario, jurídicamente será el “derecho a elegir entre dos a mas cosas, fundado en precepto legal o en negocio jurídico” y, económicamente, el “derecho a comprar y vender algo en plazo y precio previamente acordados”¹⁶²

Las opciones sobre acciones concedidas a los trabajadores dan derecho a sus propietarios a comprar acciones de su empresa a un precio fijado (normalmente el precio de mercado de la acción en el momento en que se concede la opción al empleado) durante un periodo de tiempo determinado (por ejemplo, diez años). A menudo, las opciones sobre acciones concedidas a los trabajadores sólo se pueden

¹⁶⁰ Merino Madrid, Elena. “Tratamiento contable de las Stock Options según la normativa contable internacional”. En línea <http://www.ejournal.unam.mx/rca/230/RCA000023006.pdf> p. 105

¹⁶¹ Medina Giacomozzi, Alex, Gallegos Muñoz, Cecilia y, Lara Hadi, Patricio. “Motivación y Satisfacción de los trabajadores y su influencia en la creación de valor económico en la empresa”. En línea <http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n6/09.pdf> p. 1214

¹⁶² Echaiz Moreno, Sandra Violeta. “Las Stock Options como incentivo laboral para los trabajadores en la empresa”. Normas Legales, Revista Jurídica del Perú, No. 95, Enero 2009. p. 540

ejercitar tras un periodo (periodo hasta la entrega) o si se han cumplido determinadas condiciones (como un aumento mínimo del precio de las acciones).¹⁶³

Por lo tanto, una opción sobre acciones es un instrumento financiero que representa el derecho a comprar (opción de compra) o vender (opción de venta) un valor determinado, como acciones de una empresa, a un precio fijado durante un periodo previamente establecido, independientemente de los cambios del precio del valor en el mercado. El propietario de la opción tiene derecho a decidir si ejercerla o no. Si no la ejercita durante el periodo acordado, la opción queda vacía de contenido. En los Estados Unidos de Norteamérica, el propietario de una opción podría ejercerla en cualquier momento del periodo. En Europa, el propietario ha de esperar al final del periodo para decidir si ejercerla o no.¹⁶⁴

Así, las opciones sobre acciones entregadas a los trabajadores son opciones (de compra) que una empresa entrega a sus empleados en concepto de retribución por su trabajo. Las acciones subyacentes a las opciones son participaciones en la empresa donde trabaja el empleado o en una estrechamente relacionada con ella. Aparte de los fines ligados a la retribución directa, las opciones tienen el objetivo de introducir la participación del trabajador en el capital y en los resultados de la empresa. Normalmente, el empleado no paga nada por la opción. En muchos casos, los receptores de las opciones son directivos de alto nivel, pero durante los últimos años se están generalizando los planes de opciones sobre acciones abiertos a los directivos medios o incluso a todo el personal. En principio, también se pueden conceder opciones sobre acciones a personas que no figuran en la nómina de la empresa, como los miembros de órganos de supervisión, o a proveedores de servicios externos, pero estos casos no son muy comunes.¹⁶⁵

Karina Montestruque, opina que las opciones sobre acciones es un “contrato formalizado entre dos partes, por el que se otorga a una de ellas, a cambio de la entrega a la otra de una contraprestación económica denominada prima, el derecho a comprar a

¹⁶³ Comisión Europea. “Las opciones sobre acciones para trabajadores. El entorno jurídico y administrativo de las opciones sobre acciones para trabajadores en la Unión Europea”. En línea http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/support_measures/stock_options/final_report_stock_es.pdf f p. 7

¹⁶⁴ Idem. p. 13

¹⁶⁵ Idem

vender una acción a determinado momento o periodo de tiempo al precio fijado previamente entre ellas, el cual recibe la denominación del precio de ejercicio”, nos quedamos en esta definición pues explica mejor y con más detalle el mecanismo sobre cómo se deben ejecutar las stock option dentro de las empresas.¹⁶⁶

Se define a las stock options de la siguiente manera:

- 1) Es un plan para adquirir acciones a futuro,
- 2) Se ven involucradas dos partes: el titular de la empresa quien ofrece este derecho de opción, y el trabajador,
- 3) Todo se estipula mediante un contrato de opción adecuado específicamente a la materia laboral.
- 4) Se señala un plazo determinado para ejercer la opción, y
- 5) Se señala el valor de la acción; es decir, a cuánto se va a comprar cuando se desee ejecutar la stock options, que es generalmente el precio al día de hoy cuando ambas partes se van a afirmar el contrato.¹⁶⁷

En relación a los dos tipos de opciones existen:

1. Opciones de compra (opciones tipo call).
2. Opciones de venta (opciones tipo put).

Una opción de tipo call es un contrato que le otorga al tenedor el derecho de comprar un número determinado de acciones sobre cierto bien subyacente a un precio predeterminado y durante un periodo específico.

Una opción de tipo put es un contrato que le otorga al tenedor el derecho de vender un número determinado de acciones sobre cierto bien subyacente a un precio predeterminado y durante un periodo específico.

Los inversionistas adquirirán una opción de compra si su expectativa es que el precio de la acción suba. Esto es debido a que los precios de la opción de compra y de la acción se mueven en la misma dirección. Así pues, las opciones de compra permiten especular sobre alzas en los precios de las acciones sin tener que comprar las acciones.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Montestruque citado por Echaiz Moreno, Sandra Violeta. Op. Cit. p. 541

¹⁶⁷ Idem. p. 544

¹⁶⁸ Holguin Cervantes, Mayla Judith, “Tratamiento contable de los Planes de Opciones para compensación de empleados en México”. En línea http://www.mexder.com.mx/inter/info/mexder/avisos/Tratamiento_contable_de_los_planos_de_Opciones.pdf p. 15

*Ahora bien, expresa Barros García, que los planes de opciones sobre acciones al uso se basan en la concesión a los empleados del derecho a adquirir acciones de la sociedad empleadora u otra compañía perteneciente al mismo grupo de forma gratuita o a un determinado precio, que suele tomar como referencia el valor de la cotización bursátil de las acciones en cuestión en el momento de la concesión de las opciones (en ocasiones, con un descuento para hacerlo más atractivo). Habitualmente, la posibilidad de ejercitar el derecho de opción se condiciona a que la relación laboral se mantenga en vigor una vez transcurrido un cierto periodo de tiempo (que se suele denominar periodo de carencia). Transcurrido este periodo, el derecho al ejercicio de la opción se consolida y los empleados disponen de un plazo más o menos amplio para ejercitarlo. Por tanto, en los planes de opciones sobre acciones pueden identificarse los tres siguientes hitos temporales: concesión, periodo de carencia y periodo de ejercicio.*¹⁶⁹

Los programas mediante los cuales los empleados tienen la posibilidad de adquirir acciones operan bajo dos modalidades: Planes de Propiedad de acciones para el empleado o Planes de opciones sobre acciones para empleados. A continuación se detalla cada uno de ellos:¹⁷⁰

Los planes de opciones sobre acciones para empleados, explica Mésén: son una forma de remuneración variable en la que la empresa ofrece a todos o algunos de sus directivos o empleados, una opción de compra sobre un número determinado de acciones de la empresa (o del grupo) en una fecha futura (o en un periodo hasta la fecha de vencimiento), a un precio de ejercicio fijado de antemano, sujeto a la consecución de objetivos determinados por la empresa, como incremento de ventas, incremento del valor de la acción, entre otros. Para poder ejercitar la opción de compra el empleado debe permanecer en la empresa al menos el periodo mientras vence la opción, de lo contrario perderá el derecho de compra. Al momento del vencimiento de la opción la empresa emite la acciones, entre mayor sea el precio de la acción en el mercado en comparación con el precio de ejercicio de la opción, mayor será la ganancia que obtenga el empleado al ejercer

¹⁶⁹ Barros García, Mario. “Doctrina Jurisprudencial sobre la entrega de opciones sobre acciones a empleados: Estado de la Cuestión”. Revista Uria Méndez, En línea <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1689/documento/050MBarros.pdf?id=1930> p. 1

¹⁷⁰ Mesén Figueroa, Vernor. “Pagos basados en acciones: Concepto, ámbito de aplicación y Metodologías de valoración”. En línea <http://www.latindex.ucr.ac.cr/econ-28-1/economia-28-1-13.pdf> p. 279

la opción de compra.¹⁷¹

Para Ignacio Fernández, las opciones sobre acciones (Stock Options) son: El derecho a comprar en el futuro, y durante cierto período de tiempo, un número determinado de acciones de la compañía, a un precio fijado al inicio del plan.¹⁷²

Ana de la Puebla Pinilla, citada por Mónica González, proporciona una definición descriptiva y precisa de la stock option, considerándola como un negocio financiero en virtud del cual una de las partes concedente de la opción ofrece a la otra beneficiario de la opción de forma gratuita o a cambio de un precio (prima o precio de la opción) la posibilidad de decidir si compra o no, en un momento concreto o durante un plazo determinado, un cierto número de acciones a un precio (precio de ejercicio de la opción), fijado en el momento de celebrar el contrato.¹⁷³

Entre las nuevas figuras de compensación encontramos las denominadas Stock Options (conocidas también, en la terminología anglosajona como, stock options plans o empleo-ye stock options plans), traducidas al español por planes de opciones sobre acciones o, simplemente, opciones sobre acciones, la cual aun carece de una regulación específica en el ordenamiento jurídico mexicano; sin embargo, la legislación fiscal del 2005 logra abarcarla, aunque como bien se ha dicho, aun no de forma bien definida.¹⁷⁴

3. HISTORIA

Tradicionalmente, las opciones sobre acciones se usaban para retribuir a los directivos de las grandes empresas. Fue a finales de la década de los noventa cuando se empezaron a establecer planes dirigidos a un espectro más amplio de trabajadores. A muchas pequeñas y medianas empresas (PYME) no les convienen los planes de opciones sobre acciones porque implican unos costes administrativos relativamente altos y precisan una estructura de capital social basada en las participaciones. Sin embargo, para las pequeñas y medianas empresas orientadas claramente al crecimiento (que, al menos en los últimos años, se encuentran principalmente en los sectores de la

¹⁷¹ Idem. p. 280

¹⁷² Fernández, Ignacio y Ananías, María Graciela. “Incentivos a largo plazo para la retención de talentos”. Ciencias Sociales Online, Revista Electrónica, No. 3, Volumen III, Noviembre 2006, Universidad de Viña del Mar-Chile. En línea http://www.uvm.cl/csonline/2006_3/pdf/incentivos%20a%20largo%20plazo.pdf p. 109

¹⁷³ De la Puebla Pinilla, Ana. Citada por González Carrasco, Mónica. “Stock Options Plans. Simplemente una nueva forma de compensación o un arma de doble filo para la empresa capitalista”. Anuario de Derecho, Año IV, Número 4, Año 2007, Universidad Iberoamericana Puebla. p. 375

¹⁷⁴ Idem. p. 373

tecnología de la información y de la alta tecnología), las opciones sobre acciones entregadas a los trabajadores ofrecen muchas ventajas. Con el tiempo, las opciones sobre participaciones en empresas de fuerte crecimiento pueden llegar a ser muy valiosas, por lo que constituyen un incentivo para que los trabajadores prefieran trabajar en esas empresas aunque con salarios más bajos que los ofrecidos por empresarios más importantes. Son especialmente interesantes en el caso de las empresas jóvenes, que a menudo no disponen de un flujo de efectivo suficiente para pagar sueldos competitivos, ya que estas opciones son la única forma de retribución que les permite atraer y mantener a trabajadores de alto nivel.¹⁷⁵

Los programas de beneficios para empleados tienen una larga historia, sobre todo en los Estados Unidos, así lo expresa Holguin forman parte de un compromiso nacional de proveer seguridad económica a ciertos grupos, como son:

- a) Personas económicamente activas.
- b) Trabajadores inválidos o imposibilitados para trabajar.
- c) Personas jubiladas y sus familias.

La existencia de este tipo de planes se remonta a la época colonial. Algunos de los primeros planes de beneficios para empleados fueron:

1. El programa de retiro de la vida militar de los colonos de Plymouth, en 1636.
2. El plan de reparto de utilidades de Gallatin Glassworks, en 1797.
3. El plan de pensiones privado para los trabajadores de American Express, en 1875.
4. El programa de seguro de vida, de accidentes y de gastos médicos del grupo Montgomery Ward, en 1910.
5. El plan de hospitalización pagada anticipadamente formalizado por el Hospital de la Universidad de Baylor, en 1929.

El Gobierno de los Estados Unidos se involucró en estos planes de beneficios para empleados poco tiempo después. En 1935 el Congreso de los Estados Unidos estableció la porción básica de Seguridad Social que debería fungir como beneficio de retiro. En 1965 estableció el seguro “Medicare”, el cual proporcionaba protección contra gastos médicos. A pesar de su larga existencia, el crecimiento de beneficios para empleados como forma de

¹⁷⁵ Comisión Europea. Op. Cit. p. 7 y 8

compensación laboral ha aumentado enormemente durante los últimos años.¹⁷⁶

Muchos de los planes de acciones para empleados como lo expresa Holguin, tuvieron su auge a partir del concepto de Planes de Propiedad Accionaria para Empleados conocidos por sus siglas en inglés como ESOPs (Employee Stock Ownership Plans). Los planes ESOP representan una manera innovadora para las compañías de compartir la propiedad de la compañía con los trabajadores sin necesidad de que los empleados inviertan ninguna cantidad de su propio dinero.¹⁷⁷

En relación a México podemos decir que el Código Fiscal mexicano en su artículo 110 de la LISR contempla este sistema de compensación relativamente novedoso para nuestra legislación, manifiesta Mónica González, tiene sus antecedentes por una parte en la Carta Social Europea firmada en 1961, ya que esta, en su texto anima a los Estados miembros de la Comunidad, a instrumentar mecanismos que favorezcan la participación de los empleados en el capital de sus empresas, y por otra parte se tiene noción de que en los años cincuentas las empresas Estadounidenses vieron la necesidad de fidelizar sus altos mandos lo que dio pie a la búsqueda de alternativas que les permitieran alcanzar este objetivo a través de figuras de compensación que evolucionarían con los años y darían origen así a las hoy conocidas como stock option plans.

Fue hasta el 31 de Diciembre de 1970 a través de la normativa francesa (siendo la primera en Derecho Europeo) que legislo sobre stock options, y esto fue gracias a la modificación que se realizó en su Ley de Sociedades pues tenía la finalidad específica de regular sobre esta materia, cabe mencionar que desde entonces se han realizado seis modificaciones posteriores en 1983, 1984, 1985, 1987, 1994 y 1996 con la finalidad de ir regulando en forma más específica y funcional esta figura de gran relevancia para las multinacionales; posteriormente esta legislación fue la base para la normativa Europea en la década de los noventas, ya que dicha legislación tenía una gran calidad practica y dogmatica para la regulación de estas, puesto que las stock options son uno de los elementos clave para la consecución de los objetivos de la moderna corporate governance (o buen gobierno de las sociedades) la cual conlleva a resultados económicamente muy

¹⁷⁶ Holguin Cervantes, Mayla Judith. Op. Cit. p. 10

¹⁷⁷ Idem. p. 12

favorables (la creación de valor para el accionista).¹⁷⁸

4. CLASIFICACIÓN

Los stock option plans como lo expresa Tusquets, son una forma de incentivo concedido generalmente a directivos de las empresas, (sin embargo podría darse a todos los niveles de empleados) buscando como lo establece Mónica González, también su fidelización con la evolución del valor de la empresa, puesto que consiste en que estos reciben de la empresa el derecho a adquirir a un plazo determinado acciones de la compañía, pero a un precio constante y fijado en el momento de la concesión de la opción, siendo esto una gran ventaja que se les ofrece a los empleados puesto que si, durante este periodo se incrementara el valor de la acción, el directivo empleado tendrá el derecho a comprarla por el precio pactado, ganando así la fluctuación entre el precio en el momento de la concesión de la opción y el valor de cotización en el momento en que reciba las acciones"; y en el supuesto contrario este podría decidir no adquirir dichas acciones, debido a que solo es una opción de compra sin mayores obligaciones por parte del directivo o empleado.¹⁷⁹

En la actualidad como lo establece Tusquets, pueden distinguirse tres tipos de planes de opciones sobre acciones: los planes de opciones sobre acciones en sentido estricto, los planes de opción de suscripción de acciones y, por último, el denominado por la doctrina anglosajona phantom stock o stock appreciation rights.¹⁸⁰

Los planes de opciones sobre acciones en sentido estricto consisten en «el otorgamiento a los beneficiarios de una opción sobre un paquete de acciones ya emitidas de la sociedad, que habrá de ejecutarse dentro de un plazo determinado, durante el cual el directivo u empleado deberá seguir prestando sus servicios a esta sociedad y la empresa a su vez tendrá obligación de otorgarle dicho paquete de acciones a la cotización de acciones preestablecido en el momento de otorgamiento de la opción.

Los planes de opción de suscripción de acciones son parecidos a los planes de opción sobre acciones en sentido estricto; con la diferencia de que en aquellos el derecho de

¹⁷⁸ Vázquez, Lepinett. "Los Planes de Opciones sobre acciones". *Perfiles Jurídicos y Privados de los negocios*. No. 120. 2000. p. 374 y 375

¹⁷⁹ Trias de Besf, Tusquets. "La remuneración de los administradores de las Sociedades Mercantiles de Capital Anónima. Madrid. 1998. p. 261

¹⁸⁰ Idem.

opción se constituye sobre acciones que no han sido emitidas.

Invocando al Derecho comparado, el art. 208.1 de la Ley francesa de Sociedades logra estipular la distinción entre *option d'achat d'actions* y *options d' souscription d'actions*; es decir esta ley ya contempla estos dos tipos de planes de opción, logrando diferenciarlos acertadamente en su legislación dando un paso adelante en la regulación de estas nuevas figuras apoyando así la consecución del *best corporate governance* (buen gobierno de las sociedades).¹⁸¹

Por último, el tercer tipo de *stock options* es el denominado en los países anglosajones *phantom stock* o *stock appreciation rights*, también como Plan de opción fantasma, que consiste en la fijación de la remuneración de los directivos en función del incremento de valor de las acciones de la sociedad que gestionan, otorgarles derecho alguno sobre tales acciones.¹⁸²

5. REQUISITOS

A diferencia de los salarios en efectivo, las opciones sobre acciones entregadas a los trabajadores no entrañan un coste directo para la empresa contratante. Al emitir nuevas participaciones para cumplir con su obligación ante los empleados que ejercitan sus opciones, la empresa no incurre en gasto alguno. A pesar de ello, los principios de contabilidad relativos a las opciones sobre acciones entregadas a los trabajadores no están claros. No cabe duda de que los propietarios y los inversores potenciales deben informar clara y completamente sobre el plan de opciones sobre acciones de la empresa, pero no está tan claro si los costes de tales planes deben cargarse en la cuenta de pérdidas y ganancias.¹⁸³

Los planes de opciones pueden ser diseñados de acuerdo con las características particulares de cada compañía. Sin embargo, a continuación se presenta el ejemplo de una estructura típica:

1. El precio de ejercicio es igual al precio de mercado del día en que se establezca el contrato y se otorgue a los empleados.

2. Generalmente el plazo a vencimiento es de 10 años a partir de la fecha en que se otorga el plan a los empleados.

¹⁸¹ Idem. p. 288

¹⁸² González Carrasco, Mónica. Op. cit. p. 379

¹⁸³ Comisión Europea. Op. Cit. p. 9

3. El periodo de diferimiento es de tres años a partir de la fecha en que se otorga el plan a los empleados. Esto significa que durante los primeros 3 años de vigencia de la opción, el tenedor no podrá ejercer su derecho. Después de estos tres años, el tenedor podrá ejercerla en el momento que quiera. Utilizando la terminología de opciones, esto se puede ver como una opción mixta con plazo a vencimiento de 10 años. Esta opción los primeros tres años es Europea, ya que no se puede ejercer sino hasta que termine este plazo. Los siguientes 7 años esta opción es Americana, ya que el tenedor la puede ejercer en cualquier momento durante este plazo.

4. Si se termina la relación de trabajo entre la compañía y el empleado durante el periodo de diferimiento, entonces el empleado pierde el derecho de ser el tenedor de la opción y los beneficios que esto implica.

5. Si se termina la relación de trabajo después del periodo de diferimiento, entonces el empleado está obligado a ejercer la opción antes de abandonar la compañía, terminando de este modo cualquier posible obligación de la compañía hacia el empleado en lo referente al plan de opciones.¹⁸⁴

6. VENTAJAS Y DESVENTAJAS

Para la empresa existen numerosas razones, algunas de ellas muy concretas, para que una empresa conceda a sus empleados una participación financiera. En el caso de las opciones sobre acciones entregadas a los trabajadores parece conveniente agruparlas en tres categorías: a) motivación y productividad, b) contratación y retención del personal, c) razones relacionadas con el capital y la liquidez.¹⁸⁵

En relación a la motivación de los trabajadores: Las opciones sobre acciones entregadas a los trabajadores (al igual que otras fórmulas similares) crean en los trabajadores un fuerte sentimiento de implicación, les implican más en el valor y el buen funcionamiento de la empresa, les inducen a trabajar más, mejoran el flujo de información y contribuyen al desarrollo del espíritu empresarial.¹⁸⁶

Existe una evidencia empírica de que las empresas que han introducido algún sistema de participación financiera obtienen, en promedio, mejores resultados. También hay pruebas de que la productividad y los índices de crecimiento de las empresas que

¹⁸⁴ Holguin Cervantes, Mayla Judith. Op. Cit. p. 26

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ Idem. p. 20 y 21

cuentan con planes de opciones dirigidos a un espectro más amplio de trabajadores son superiores.¹⁸⁷

Las opciones sobre acciones entregadas a los trabajadores se ofrecen al empleado como remuneración por su trabajo, y son, por lo tanto, similares a un salario. Sin embargo, al aceptar las opciones sobre acciones el empleado decide ahorrar una parte de sus ingresos (pues no puede consumir el valor de la opción de forma inmediata) y toma una decisión de inversión determinada. En general, al aceptar las opciones (o la mayor parte de las otras formas de participación) ha de asumir la desventaja de que el riesgo asociado al empleo y el asociado a su cartera de ahorros quedan correlacionados positivamente. Para justificar la aceptación de las opciones, el trabajador ha de decidir si éstas son simplemente un plus sobre su salario normal o si constituyen una parte considerable de éste.¹⁸⁸

Dentro de las ventajas de este tipo de remuneración Mesén establece que se pueden citar las siguientes:

- Los planes para acceder a la propiedad de acciones brindan motivación de los trabajadores, ya que participan del éxito de la empresa.

- Los empleados sienten un mayor compromiso con los logros de la empresa y se esfuerzan por obtener mejores resultados, por lo que son una buena herramienta para mitigar el “problema de agencia”.

- La atracción y retención de personal de alto nivel es otra de las ventajas que ofrece este tipo de compensación.

- Son especialmente interesantes en el caso de las empresas jóvenes, que a menudo no disponen de un flujo de efectivo suficiente para pagar sueldos competitivos, ya que estas opciones son la única forma de retribución que les permite atraer y mantener a trabajadores de alto nivel. ofrecen a la empresa la posibilidad de realizar pagos a sus trabajadores o proveedores sin tener que socavar su liquidez.

- Fomentan la lealtad de proveedores y empleados de la empresa.

- Permiten fortalecer los vínculos con proveedores y asesores claves de la empresa, así como la creación de relaciones de largo plazo.

- Brindan a la empresa una mejor posición con los proveedores frente a sus competidores.

¹⁸⁷ Idem. p. 21

¹⁸⁸ Idem. p. 23 y 24

A pesar de las múltiples ventajas que ofrecen los planes de pagos basados en acciones, estos presentan algunas *desventajas* a saber:

- En el momento en que se ejercitan las opciones sobre acciones entregadas a los trabajadores ocasionan costes a los accionistas, esto debido a que los dividendos se ven diluidos al realizarse la emisión de acciones.

- Si estos planes no se encuentran bien elaborados, y los plazos no son adecuados, los empleados podrían tener una visión de cortoplacista, teniendo como objetivo maximizar el valor de las acciones en el momento de vencimiento de la opción y dejando de lado las decisiones que influyan en el futuro de la empresa.

- En muchos casos, cuando se brinda estos incentivos a los empleados en función de alcanzar un solo objetivo, pueden desatender y hasta abandonar otros objetivos que pueden ser muy beneficiosos para la empresa, y el costo se vuelve mayor al beneficio obtenido por la implantación del programa.¹⁸⁹

7. MÉXICO.

En lo que respecta a México, la participación del personal en las acciones y en las ganancias de las compañías nacionales tiene sus antecedentes en dos hechos principalmente:

1. En compañías que en lo individual han instituido estos programas a partir de la iniciativa de los accionistas originales.

2. En la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de la empresa (PTU), lo cual se derivó de una negociación colectiva entre el gobierno y los sectores productivos, asentada en la Constitución.

En México, para Holguin, la institución de planes de participación accionaria se ha limitado a la decisión individual de algunas compañías. No existe normatividad ni apoyo gubernamental que permita el desarrollo y el impulso de este tipo de planes.¹⁹⁰

Así pues, estas modalidades en la legislación de México no se hallan expresamente reguladas como ya se mencionó anteriormente, pero podría ser admisible si consideramos que el propio artículo 114 de la Ley General de Sociedades Mercantiles refiere que: Cuando así lo prevenga el contrato social podrán emitirse a favor de las personas que presten servicios a la sociedad acciones especiales en las que figuraran las

¹⁸⁹ Mesén Figueroa, Vernor. Op. Cit. p. 280 y 281

¹⁹⁰ Holguin Cervantes, Mayla Judith. Op. Cit. p. 14

normas respecto a la forma, valor, inalienabilidad y demás condiciones particulares que les correspondan.¹⁹¹

Para Moliner, estos requisitos son los siguientes:

- a) Que la entrega u opción se haga a trabajadores en activo.
- b) Que se haga de forma gratuita o por un precio inferior al normal de mercado.
- c) Que se refiera a acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades.
- d) Que la entrega u opción no exceda, para el conjunto de las entregadas a cada trabajador.
- e) Que la oferta se realice dentro de la política retributiva general de la empresa o, en su caso, del grupo de sociedades y que contribuya a la participación de los trabajadores en la empresa.
- f) Que cada uno de los trabajadores, conjuntamente con sus cónyuges o familiares hasta el segundo grado, no tengan una participación, directa o indirecta, en la sociedad en la que prestan sus servicios o en cualquier otra del grupo, superior al 5%.
- g) Que los títulos adquiridos se mantengan, al menos, durante 3 años.¹⁹²

A mayor abundamiento es importante analizar la participación del personal en las acciones de una sociedad mercantil, también conocidas también como stock option plans, si constituyen o no, una prestación laboral y si forman parte del salario integrado del trabajador en México. Al respecto, debemos decir que si bien el artículo 82 de la Ley Federal del Trabajo mexicana establece que el salario es la retribución que el patrón debe pagar al trabajador por su trabajo, también es cierto que el artículo 84 de dicho ordenamiento legal establece que el salario se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquier otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo.

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa la interrogante es si este plan de opción de compra de acciones de la compañía donde labora el trabajador por parte de éste en los términos y plazos fijados en la opción de compra constituye una prestación derivada del trabajador y por lo tanto debe integrar salario.

¹⁹¹ González Carrasco, Mónica. Op. cit.. p. 379

¹⁹² Faus & Moliner Abogados. "Retribución en especie mediante entrega de acciones u opciones sobre acciones a los trabajadores". Capsulas, Boletín de Información Jurídica, No.. 23, marzo 1999. P. 1 y 2

Podemos decir que si bien el salario integrado se constituye con el pago del salario y demás prestaciones que perciba el trabajador, debe considerarse que la opción de compra de acciones de la sociedad mercantil para la cual labora el trabajador no constituye una prestación que se derive del trabajo, toda vez que como su nombre lo indica es un plan de opción de compra de acciones; por lo tanto, no se entrega a todos los trabajadores y tampoco es obligatorio realizar la compra de acciones por parte de éstos, siendo únicamente una oferta a un precio preferencial para que el trabajador en forma libre y voluntaria, si así lo desea, pueda adquirir acciones de la compañía o empresa para la cual trabaja; por lo que el trabajador mexicano tiene la opción de no generar o elegir la compra de acciones, misma que no repercute en su salario integrado. No debemos confundirlo con incluir prestaciones en dinero o en especie que con motivo de su trabajo se le entregue o pague al empleado; por lo tanto, no constituye una prestación laboral y no forma parte del salario integrado, tampoco debe confundirse con el derecho de los trabajadores a la participación de las utilidades de la empresa, la cual si es una prestación generada por su trabajo.

Ahora bien en el supuesto de que el trabajador optara por la opción de compra algunas de las acciones de la compañía tendría derecho de percibir además de su salario diario o su salario integrado, según sea el caso, el pago por el reparto de utilidades e independientemente el pago de utilidades por las acciones del capital de la empresa que adquirió; por tal motivo, tampoco se considera que la opción de compra de acciones constituya una prestación, en virtud de que el trabajador puede hacer efectivo o no ese derecho de adquirir acciones de la compañía.

Debe considerarse que el objetivo primordial en este plan de opción de compra de acciones es la fidelización de los trabajadores de la empresa y que en caso de que ellos así lo deseen, puedan adquirir acciones a un precio menor al valor de mercado.

Es importante analizar la Ley del Seguro Social que en su artículo 27 establece las bases de cotización y de las cuotas mismas que a la letra dice:

Artículo 27. El salario base de cotización se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, alimentación, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquiera otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo. Se excluyen como integrantes del salario base de cotización, dada su naturaleza, los siguientes conceptos:

- I. Los instrumentos de trabajo tales como herramientas, ropa y otros similares;

II. El ahorro, cuando se integre por un depósito de cantidad semanal, quincenal o mensual igual del trabajador y de la empresa; si se constituye en forma diversa o puede el trabajador retirarlo más de dos veces al año, integrará salario; tampoco se tomarán en cuenta las cantidades otorgadas por el patrón para fines sociales de carácter sindical;

III. Las aportaciones adicionales que el patrón convenga otorgar a favor de sus trabajadores por concepto de cuotas del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez;

IV. Las cuotas que en términos de esta Ley le corresponde cubrir al patrón, las aportaciones al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, y las participaciones en las utilidades de la empresa;

V. La alimentación y la habitación cuando se entreguen en forma onerosa a los trabajadores; se entiende que son onerosas estas prestaciones cuando el trabajador pague por cada una de ellas, como mínimo, el veinte por ciento del salario mínimo general diario que rija en el Distrito Federal;

VI. Las despensas en especie o en dinero, siempre y cuando su importe no rebase el cuarenta por ciento del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal;

VII. Los premios por asistencia y puntualidad, siempre que el importe de cada uno de estos conceptos no rebase el diez por ciento del salario base de cotización;

VIII. Las cantidades aportadas para fines sociales, considerándose como tales las entregadas para constituir fondos de algún plan de pensiones establecido por el patrón o derivado de contratación colectiva. Los planes de pensiones serán sólo los que reúnan los requisitos que establezca la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, y

IX. El tiempo extraordinario dentro de los márgenes señalados en la Ley Federal del Trabajo.

Para que los conceptos mencionados en este precepto se excluyan como integrantes del salario base de cotización, deberán estar debidamente registrados en la contabilidad del patrón.

En los conceptos previstos en las fracciones VI, VII y IX cuando el importe de estas prestaciones rebase el porcentaje establecido, solamente se integrarán los excedentes al salario base de cotización.¹⁹³

El precepto legal antes citado nos permite analizar claramente que la opción de compra de acciones no se encuentra en ninguno de los conceptos a que alude dicho artículo, toda vez que los contenidos en él se refieren a diversas prestaciones derivadas del trabajo del empleado y en el caso de la opción de compra de acciones es un derecho del trabajador, el cual puede libremente optar por realizar la compra de las acciones de la compañía o simplemente no hacer valer dicha opción; por lo tanto, la opción de compra de acciones no constituye una prestación adicional al salario y que forma parte integrante de éste.

CONCLUSIONES.

Primera.- Las stock option plans en México, tienen sus antecedentes en la iniciativa de los accionistas originales.

Segunda.- Las stock option plan no constituyen una prestación laboral y por lo tanto no forman parte del salario integrado.

Tercera.- El empleado tiene la facultad de elegir libremente si opta por la opción de compra de acciones o no hace valer dicho derecho.

BIBLIOGRAFÍA.

- Barros García, Mario. “Doctrina Jurisprudencial sobre la entrega de opciones sobre acciones a empleados: Estado de la Cuestión”. Revista Uria Méndez, En línea
<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1689/documento/050MBarros.pdf?id=1930>
- Comisión Europea. “Las opciones sobre acciones para trabajadores. El entrono jurídico y administrativo de las opciones sobre acciones para trabajadores en la Unión Europea”. En línea
http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/support_measures/stock_options/final_report_stock_es.pdf

¹⁹³ Ley del Seguro Social.

- De la Puebla Pinilla, Ana. Citada por González Carrasco, Mónica. “Stock Options Plans. Simplemente una nueva forma de compensación o un arma de doble filo para la empresa capitalista”. Anuario de Derecho, Año IV, Número 4, Año 2007, Universidad Iberoamericana Puebla.
- Echaiz Moreno, Sandra Violeta. “Las Stock Options como incentivo laboral para los trabajadores en la empresa”. Normas Legales, Revista Jurídica del Perú, No. 95, Enero 2009
- Faus & Moliner Abogados. “Retribución en especie mediante entrega de acciones u opciones sobre acciones a los trabajadores”. Capsulas, Boletín de Información Jurídica, No. 23, marzo 1999.
- Fernández, Ignacio y Ananías, María Graciela. “Incentivos a largo plazo para la retención de talentos”. Ciencias Sociales Online, Revista Electrónica, No. 3, Volumen III, Noviembre 2006, Universidad de Viña del Mar-Chile. En línea http://www.uvm.cl/csonline/2006_3/pdf/incentivos%20a%20largo%20plazo.pdf
- González Carrasco, Mónica. “Stock Options Plans. Simplemente una nueva forma de compensación o un arma de doble filo para la empresa capitalista”. Anuario de Derecho, Año IV, Número 4, Año 2007, Universidad Iberoamericana Puebla.
- Holguin Cervantes, Mayla Judith, “Tratamiento contable de los Planes de Opciones para compensación de empleados en México”. En línea http://www.mexder.com.mx/inter/info/mexder/avisos/Tratamiento_contable_de_los_planes_de_Opciones.pdf
- Ley del Seguro Social.
- Medina Giacomozzi, Alex, Gallegos Muñoz, Cecilia y, Lara Hadi, Patricio. “Motivación y Satisfacción de los trabajadores y su influencia en la creación de valor económico en la empresa”. En línea <http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n6/09.pdf>
- Merino Madrid, Elena. “Tratamiento contable de las Stock Options según la normativa contable internacional”. En línea <http://www.ejournal.unam.mx/rca/230/RCA000023006.pdf>
- Mesén Figueroa, Vernor. “Pagos basados en acciones: Concepto, ámbito de aplicación y Metodologías de valoración”. En línea <http://www.latindex.ucr.ac.cr/econ-28-1/economia-28-1-13.pdf>

- Silra Ibañez, Luis Fernando. “Opciones de compra de acciones para empleados, o Stock Options de una sociedad extranjera”. Doctrina La Semana Jurídica, número 361, octubre a noviembre 2007,
- Trias de Besf, Tusquets. “La remuneración de los administradores de las Sociedades Mercantiles de Capital Anónima. Madrid. 1998.
- Vázquez, Lepinett. “Los Planes de Opciones sobre acciones”. Perfiles Jurídicos y Privados de los negocios. No. 120. 2000.

LA COMPETITIVIDAD INTERNACIONAL DE LA ECONOMÍA MEXICANA EN LA PRIMERA DÉCADA DEL SIGLO XXI

(INTERNATIONAL COMPETITIVENESS OF THE MEXICAN ECONOMY IN THE FIRST DECADE OF THE XXI CENTURY)

Roberto Carlos Gallardo Loya*

Alma Delia Toledo Mazariegos**

Sumario: Resumen; *Abstract*. Palabras claves. *Keywords*. 1. Sinopsis sobre el impacto de la economía global en México. 2. Índices de competitividad internacional: 2.1 Foro Económico Mundial; 2.2 *International Institute for Management Development (IMD)*; y 2.3 Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C. (IMCO). 3. Acciones a implementar: 3.1 Sector empresarial; 3.2 Secretaría de Economía y CONACYT; y 3.3 Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C. (IMCO). 4. Hacia el fortalecimiento de la competitividad internacional de la economía mexicana. Conclusiones. Fuentes de información consultadas.

Summary: Abstract. *Keywords*. 1. Synopsis of the impact of the global economy in Mexico. 2. International competitiveness index: 2.1 World Economic Forum, 2.2 International Institute for Management Development (IMD), and 2.3 Mexican Institute for Competitiveness, AC (IMCO). 3. Policies to implement: 3.1 Business Sector, 3.2 Ministry of Economy and CONACYT, and 3.3 Mexican Institute for Competitiveness, AC (IMCO). 4. Towards strengthening the international competitiveness of the Mexican economy. Conclusions. Sources of information.

Resumen: El objetivo de la presente investigación, es demostrar el descenso de la competitividad internacional de la economía mexicana en la primera década del siglo XXI, causada por los vaivenes de la economía globalizada y por la falta de atención del gobierno federal en el rubro. Para ello, se realiza un análisis documental y se presentan datos duros sobre la materia, que dejan al descubierto que México no ha sido capaz de consolidar su potencial económico interno para poder competir en el exterior, situación que representa un área de

* Maestro en Derecho Económico. Candidato a Doctor en Derecho. Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. E-mail: rcgallardo@hotmail.com

** Maestra en Derecho Económico. Profesora-Investigadora y Coordinadora de la Maestría en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. E-mail: adtoledom@hotmail.com

oportunidad para un cambio transformacional que fortalezca el nivel de desarrollo nacional y mejore las condiciones de vida de la sociedad en general.

Abstract: This paper has as an objective to demonstrate the decline in international competitiveness of the Mexican economy in the first decade of the XXI century, caused by the vagaries of the global economy and the lack of attention of the federal government in the field. In order to achieve this objective, this article analyzes documents and hard data about the subject, that reveal that Mexico has not been able to consolidate its domestic economic potential to compete abroad, a situation that represents an area of opportunity for transformations in order to strengthen the level of national development and improve the living conditions of the Mexican society.

Palabras clave: Competitividad económica, competitividad internacional, competitividad mexicana, índices de competitividad económica, índices de competitividad internacional.

Keywords: *Economic competitiveness, international competitiveness, Mexican competitiveness, economic competitiveness ranking, international competitiveness ranking.*

1. Sinopsis sobre el impacto de la economía global en México.

La economía global ha pasado por una intensa etapa de cambios. Durante las últimas décadas, el dinamismo económico de México dependió de dos motores: el primero, nuestra riqueza petrolera que ayudó a financiar el gasto público y el segundo, el crecimiento de nuestras exportaciones hacia Estados Unidos. Hoy la realidad ha cambiado y esos motores no tienen el mismo empuje de antaño.

En el contexto internacional, la crisis económica iniciada en 2008 ha provocado un cambio profundo en el comportamiento del consumidor norteamericano y un hito en la evolución de la economía global.

Estados Unidos está invirtiendo su tendencia de consumo hacia mayores patrones de ahorro. El cambio implica un enorme desafío para millones de empresas en el mundo que miran a la unión americana como el destino principal de sus mercancías, lo que significa un reajuste de la economía mundial.

Como consecuencia, el sector económico mexicano está en el centro de este reajuste. Durante años, tuvimos la opción de enfrentar el cambio como un acto de visión y voluntad, pero no lo hicimos. Hoy no tenemos ese privilegio, pero si nos obliga a repensar con velocidad los

fundamentos de nuestra economía, por ser la más dependiente del consumo de los estadounidenses y tendrá sectores enteros que no recuperarán las tasas de consumo sino hasta dentro de 10 años.

Esta crisis se ha convertido en la gran oportunidad para transformar al país. El cambio no será un acto de voluntad, sino una consecuencia de la adversidad. No hay tiempo que perder, necesitamos un cambio transformacional que fortalezca las económicas básicas y se refleje en los precios de los bienes y servicios que se consumen, pero sobre todo, en los precios de los factores de producción.¹⁹⁴

En otras palabras, para que el proceso de recuperación económica en México sea exitoso y no esté sujeto a los vaivenes de la economía estadounidense, es importante mejorar la demanda interna, mediante la aplicación de políticas fiscales y monetarias que promuevan la inversión, el empleo y el consumo. Siendo en la actualidad este último el principal motor del crecimiento económico.¹⁹⁵

Si bien México ha trabajado para una estabilidad macroeconómica y la calidad monetaria para llevar a cabo las reformas estructurales del nuevo modelo económico, estas no se han consolidado. Esto se detecta en los principales sectores de actividades cuya situación puede caracterizarse como sigue:

- a) La industria se apoya en un fuerte contenido de importación y por ello carece de la capacidad de transformación necesaria para apoyar el despegue económico.
- b) El comercio exterior no ha aprovechado, como ha sucedido en otros países, la oportunidad que brindan los acuerdos de libre comercio, amén de que México es el que más tratados de esta naturaleza ha firmado.
- c) El sector público, por su parte, sigue ejercitando una fiscalidad verdaderamente benigna mientras que se atrasa en el desarrollo la ventaja competitiva estructural.
- d) La tan enunciada estabilidad macroeconómica es cierta, pero no suficiente como para configurar un escenario de transformación institucional, ya que debería encadenarse con otros indicadores de cambio institucional.

¹⁹⁴ *cfr. Índice de competitividad internacional 2009. México ante la crisis que cambió al mundo*, Instituto Mexicano para la Competitividad A. C. (IMCO), México, 2009, pp. 11 y 13, en: <http://imco.org.mx/es/indices/>

¹⁹⁵ ¹⁹⁵ *cfr. Situación y perspectivas de la economía mexicana*, Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM, Boletín Trimestral de Prospectiva No. 1, México, diciembre de 2010, p. 7.

- e) El campo permanece mayoritariamente al margen de la economía de mercado, fundamentalmente porque hay formas de propiedad inadecuadas con los procesos de apropiación productivos. Detenta un altísimo grado de abandono e informalidad que bloquea al desarrollo productivo no solamente con respecto a los derechos de propiedad privada, sino también a la utilización del agua o el daño ecológico. Recordemos que es el sector primario y parece terciario.

Así las cosas, el país continúa siendo un proveedor de incertidumbre no solamente con respecto a la economía, sino también, entre otros factores, al desempleo, las jubilaciones, las catástrofes ecológicas, la inseguridad, un aparato de justicia plagado de sobornos y la migración constante e imparable hacia los Estados Unidos, se crean menos de un millón de empleos formales al año sobre la base de 112 millones de habitantes y la calidad de la educación deja mucho que desear.¹⁹⁶

Aunado a esto, los numerosos tratados de libre comercio firmados por México, no hacen que el crecimiento de las exportaciones represente un incremento en la capacidad de transformación de las materias primas (petróleo u otras), evidenciando que los empresarios privados reaccionan con rigidez a los incentivos que brinda la economía globalizada.

Derivado de esto, las variables externas que afectan a la competitividad de las firmas, distan mucho de ser las necesarias para que las empresas que radican en nuestro país no desaparezcan o simplemente decidan instalarse en países más idóneos a sus necesidades para tener éxito, mismos que en muchos casos resultan ser competidores de nuestro país.

Ya no hay barreras para que México pueda retener empresas y capitales por otras razones que no sean las de ser el lugar ideal para su desarrollo. Tampoco las hay para que, de ser el lugar ideal, nuestro país pudiera intensificar la llegada de un mayor número de empresas.

La globalización ha cambiado el concepto de competitividad, cuyos responsables ya no son sólo las empresas sino que cada vez, en mayor medida, es la sociedad la responsable de su propio destino.

Ya no es posible escapar de ella sin condenar a México a malgastar sus recursos naturales de forma ineficiente, a acabar siendo un país sin suficiente generación de riqueza, sin crear los puestos de trabajo que requiere el crecimiento natural de la población, a tener a más del

¹⁹⁶ *cfr.* Jeannot, Fernando, "Cambios institucionales en México y América Latina", en: *Aportes*, revista de la Facultad de Economía de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, año XI, núms. 31-32, enero-abril y mayo-agosto, 2006, pp. 15-19; y *Censo de Población y Vivienda*, INEGI, México, 2010.

60% de la población en pobreza o a conservar sus reservas de petróleo y gastarlas hasta que sean fuentes de energéticos de tiempos pasados, entre otras.¹⁹⁷

2. Índices de competitividad internacional.

2.1 Foro Económico Mundial.

El Foro Económico Mundial (*The World Economic Forum*) o *WEF* por sus siglas en inglés, fue fundado en 1971 en Davos, Suiza. Al principio tenía el nombre de Foro Europeo de Administración, pero en 1987 cambia a su nombre actual.¹⁹⁸

El WEF publica una serie de reportes en los que examina en detalle la amplia gama de temas globales que abordan con las naciones interesadas como parte de su misión de mejorar la situación del mundo, además de otros eventos y publicaciones independientes. Por lo que en este apartado se presentará una síntesis de la posición que México ocupa en los Reportes de Competitividad Global (*The Global Competitiveness Report*) en la primera década del siglo XXI.

El *WEF* mide la capacidad de una nación para lograr un crecimiento económico sostenido y evalúa los fundamentos microeconómicos para incrementar su PIB *per cápita*. Tales mediciones concurren en índices anuales de competitividad nacional y genera el Informe de Competitividad Global,¹⁹⁹ cuyo objeto es reflejar el entorno operativo y la competitividad empresarial de más de 140 economías, en donde se identifican ventajas y obstáculos para el crecimiento nacional, ofreciendo un instrumento de referencia único para los sectores público y privado, las instituciones académicas, los organismos asociados, y destacados académicos de todo el mundo para aportar las ideas más recientes y la investigación en materia de competitividad global.²⁰⁰

¹⁹⁷ *cfr.* Gómez, Arnulfo R., "Globalización, competitividad y comercio exterior", en: *Análisis Económico*, revista de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, vol. XXI, núm. 47, segundo cuatrimestre, México, 2006, p. 133-134, <http://www.analiseconomico.com.mx>

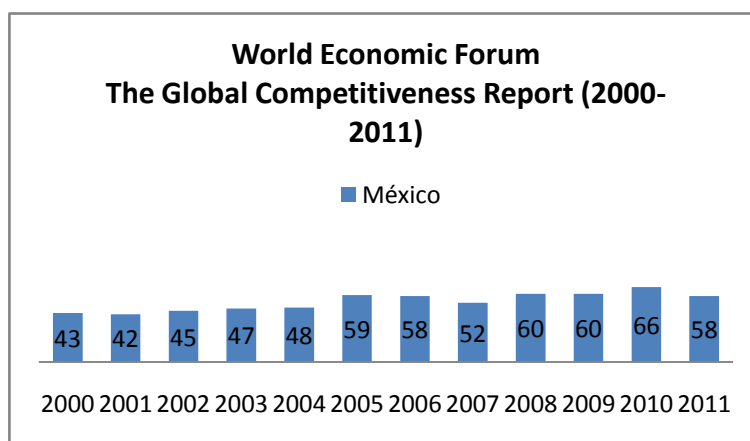
¹⁹⁸ *cfr.* González, María Elena, *Foro Económico Mundial*, en: <http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/eco/foroecomundo.htm>

¹⁹⁹ *cfr.* *Reports*, World Economic Forum, en: <http://www.weforum.org/reports>. Traducción de los autores.

²⁰⁰ *cfr.* *Global Competitiveness*, World Economic Forum, en: <http://www.weforum.org/issues/global-competitiveness>. Traducción de los autores.

En él, se miden doce factores de competitividad: 1) infraestructura; 2) instituciones; 3) estabilidad macroeconómica; 4) salud y educación primaria; 5) educación superior y capacitación; 6) eficiencia de los mercados de bienes; 7) eficiencia del mercado laboral; 8) sofisticación del mercado financiero; 9) disponibilidad tecnológica; 10) tamaño de mercado; 11) sofisticación; y 12) innovación comercial.²⁰¹

Por esta razón, México debería aproximarse a los diez o veinte primeros países en la clasificación respectiva del *WEF* y allí permanecer, situación que no ha logrado. De hecho, durante la primera década del siglo XXI, ha situado a México entre el 43 y el 66 lugar en un universo de 142 países,²⁰² como se muestra en la gráfica siguiente:



Al año 2011, Chile ocupa la primera posición, Puerto Rico la segunda, Barbados la tercera, Panamá la cuarta, Brasil la quinta y México la sexta en América Latina. Comparado con el ranking 2010, Chile ocupaba el primer lugar, Puerto Rico el segundo, Barbados el tercero, Panamá el cuarto, Costa Rica el quinto, Brasil el sexto y México el séptimo. En otras palabras, nuestro país ocupó el puesto número 66 en 2010 y el 58 en 2011.²⁰³

Como se observa, México cae en 2010 seis lugares al pasar del 60 al 66 lugar, lo que demuestra claramente la necesidad de mejora continua a fin de no perder terreno en la competitividad ante el resto del mundo. Ha sido pues, uno de los países de la región latinoamericana más afectado por la recesión económica mundial, en gran parte debido a su

²⁰¹ *cfr. The Global Competitiveness Report 2008-2009*, World Economic Forum, en: www.weforum.org. Traducción de los autores.

²⁰² *cfr. The Global Competitiveness Report (2000 al 2011)*, World Economic Forum, en: www.weforum.org. Traducción de los autores.

²⁰³ *cfr. The Global Competitiveness Report 2010-2011 y 2011-2012*, World Economic Forum, en: <http://www.weforum.org>. Traducción de los autores.

estrecha asociación con el ciclo económico de EE.UU. (incluidos los enlaces a través del financiamiento, el comercio y las remesas).

No obstante, en este año mostró un cierto grado de resistencia a las consecuencias perniciosas de la crisis y ha sido capaz de estimular su economía con una serie de políticas anti-cíclicas. Al respecto, tiene una serie de importantes ventajas competitivas que son similares a las de Brasil, pero que no las ha aprovechado, como por ejemplo el gran tamaño del mercado disponible para las empresas locales y un sector privado que opera en toda la *cadena de valor*.²⁰⁴

A pesar de estos fuertes atributos y la liberalización y medidas adoptadas en los últimos años para mejorar el clima de negocios y hacer más eficiente la economía, en los mercados de México los factores continúan siendo rígidos y representan un obstáculo estructural para las perspectivas de crecimiento del país en el largo plazo. En particular, el mercado de trabajo se sitúa en un lugar sombrío (120), con las reglamentaciones vigentes, los altos impuestos de nómina y las contribuciones sociales (en el puesto 103 de flexibilidad), y un uso deficiente del talento (122).

La fiabilidad y la calidad de las instituciones siguen recibiendo una mala evaluación en 106, con preocupaciones crecientes de seguridad (134, hasta nueve puestos respecto al año pasado) entre la comunidad empresarial, probablemente relacionada con incremento reciente de la violencia del narcotráfico y los disturbios civiles.

Por último, la reforma del sistema educativo para mejorar su calidad es ineludible para satisfacer las necesidades de una economía que transita hacia la etapa más avanzada de desarrollo. En concreto, la deficiente educación superior y el sistema de formación (79) no parecen estar produciendo una fuerza de trabajo altamente cualificada, en particular, los científicos e ingenieros (89), lo que trae como consecuencia que no sea lo suficientemente favorable a la adopción de tecnología e innovación.

A pesar de que la actual administración federal ha adoptado o prevé adoptar una serie de reformas que fomenten la competitividad frente a muchas de estas deficiencias, las medidas adicionales son necesarias y urgentes para reforzar los fundamentos la competitividad económica de México.²⁰⁵

²⁰⁴ El concepto de **cadena de valor** se enfoca en la identificación de los procesos y operaciones que aportan valor al negocio, desde la creación de la demanda hasta que ésta es entregada como producto final. Información consultada en Vierkon Consultores: <http://www.vierkon.com/cadvalor.htm>.

²⁰⁵ *cfr.* Schwab, Klaus, *The Global Competitiveness Report 2010-2011*, World Economic Forum, Switzerland, 2010, pp. 35-36, en:

Para el 2011, con una de las mayores mejoras en el ranking regional, subiendo ocho puestos, México ocupa la posición 58 de este año, es decir, del lugar 66 bajó al 58. Los esfuerzos del país para impulsar la competencia, a pesar de continuar con una debilidad importante (103) y sus mejoras regulatorias que faciliten el dinamismo empresarial mediante la reducción del número de procedimientos (34) y el tiempo (35) necesarios para iniciar un negocio parecen estar dando sus frutos, contribuyendo a la mejora del entorno empresarial en general.

Este desarrollo, junto con las tradicionales fortalezas competitivas del país, tales como su gran tamaño del mercado interno (12), la infraestructura de transporte bastante buena (47), unas políticas macroeconómicas (39), y fuertes niveles de adopción tecnológica (58) han llevado a México a mejorar su ventaja competitiva.

Sin embargo, el país aún adolece de deficiencias importantes que frenan su capacidad para mejorar aún más la competitividad. El progreso no ha prosperado en el tratamiento de las fallas en la institucionalidad pública (109). A pesar de muchos esfuerzos para combatir el crimen organizado, las preocupaciones de seguridad crean un alto precio para la comunidad empresarial (139).

La adopción y aplicación de políticas de fomento de la competencia nacional (107), especialmente en sectores estratégicos como las TIC, energía y comercio al por menor, junto con reformas adicionales para hacer que el mercado de trabajo sea más eficiente (114), son aún necesarios para aumentar la eficiencia de la economía mexicana.

Mientras el país sigue creciendo y avanza hacia una etapa superior de desarrollo, así como el aumento de los costos de producción, el crecimiento sostenible y el aumento de los salarios, incrementa la necesidad de reformas e inversiones para mejorar los sistemas educativos y la innovación, en virtud de que la mala calidad general del sistema educativo nacional (107), el insuficiente gasto de la empresa en investigación y desarrollo (79) y la limitada capacidad de innovación (76), pueden poner en peligro la futura capacidad del país para competir a nivel internacional en sectores de mayor valor agregado.²⁰⁶

http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2010-11.pdf. Traducción de los autores.

²⁰⁶ *cfr.* Schwab, Klaus, *The Global Competitiveness Report 2011-2012*, World Economic Forum, Switzerland, 2011, pp. 32-33, en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GCR_Report_2011-12.pdf. Traducción de los autores.

Los líderes del WEF, además de abordar temas como la competitividad y la creación de un clima propicio para la empresa en todos los países, coincidieron en señalar que una de las mayores preocupaciones mundiales es la incertidumbre sobre los retos que enfrentará la economía mundial, sobresaliendo tres debilidades que también son comunes para México: el sistema financiero, la seguridad alimentaria y los recursos energéticos.²⁰⁷

2.2 International Institute for Management Development (IMD)

El Instituto Internacional para el Desarrollo de la Administración (*International Institute for Management Development*) o *IMD* por sus siglas en inglés, es una organización independiente, sin fines de lucro y sin el apoyo financiero del gobierno. Tiene una larga historia de proporcionar educación ejecutiva para las empresas internacionales de grande y mediano tamaño y para los individuos.

El *IMD* es sucesor de dos escuelas de negocios suizas previamente independientes: IMI, fundado en Ginebra por Alcan en 1946 e IMEDE, fundado en Lausana por Nestlé en 1957.

Actualmente, se le ha considerado como un lugar de “encuentro global”, en virtud de servir a la comunidad internacional de las empresas, ayudándolas a captar, desarrollar y mejorar el talento de administradores cualificados para el liderazgo global, a través de sus posgrados en negocios internacionales, con el enfoque práctico de un aprendizaje real sobre los dilemas y las investigaciones pertinentes en el menor tiempo posible.

El *IMD* publicó en 1989 el primer Anuario de Competitividad Mundial (*World Competitiveness Yearbook*) o *WCY* por sus siglas en inglés), que lo define como el informe anual más completo sobre la competitividad de las naciones, el cual clasifica y analiza cómo el ambiente de un país crea y mantiene la competitividad de las empresas.

El *WCY* mide la competitividad de las economías nacionales sobre la base de cuatro factores principales de competitividad, divididos en 20 criterios: 1) Desempeño económico: a) economía interna, b) comercio internacional, c) inversión internacional, d) empleo y e) precios; 2) Eficiencia del gobierno: a) finanzas públicas, b) política fiscal, c) marco institucional, d) legislación de los negocios, y e) marco social; 3) Eficiencia de los negocios: a) productividad, b) mercado de trabajo, c) finanzas, d) prácticas de gestión, y e) actitudes y valores; y 4)

²⁰⁷ cfr. Valerdi, Armando, “Mi opinión financiera”, en: *La Opinión Universitaria*, periódico, año 08, número 347, Puebla, México, 19/05/2008, p. 11.

Infraestructura: a) infraestructura básica, b) infraestructura tecnológica, c) infraestructura científica, d) salud y medio ambiente, y d) educación.

En dicho anuario, ha ubicado a México entre el 38 y el 50 lugar de un total de 59 economías, desde el año 2003 hasta el 2011. En el presente año perdió 9 posiciones, al pasar del 47 en 2010 al 38 en 2011, lo que muestra la necesidad de fortalecer la competitividad internacional de la economía mexicana,²⁰⁸ como se observa en la gráfica:



2.3 Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C. (IMCO)

El Instituto Mexicano de Competitividad, A.C. (IMCO), es un centro de investigación aplicada independiente, apartidista y sin fines de lucro creado en el año 2004, dedicado al estudio de fenómenos económicos y sociales que afectan la competitividad nacional en el contexto de una economía globalizada. Su objetivo es generar propuestas de políticas públicas para fortalecer la competitividad de México a través de: 1) influir en la agenda de políticas públicas; 2) mantener el tema de competitividad vigente; y 3) lograr autosuficiencia financiera.

Sus principios, que constituyen los factores medibles en materia de competitividad global, son: 1) sistema de derecho confiable y objetivo; 2) manejo sustentable del medio ambiente; 3) sociedad incluyente, preparada y sana; 4) macroeconomía estable; 5) sistema político estable y funcional; 6) mercados de factores de producción eficientes; 7) sectores

²⁰⁸ *cfr. History and Culture*, International Institute for Management Development, en: <http://www.imd.org/about/keyfacts/history.cfm> y <http://www.imd.org/about/keyfacts/culture.cfm>. Traducción de los autores.

precursores de clase mundial; 8) gobiernos eficientes y eficaces; 9) relaciones internacionales benignas; y 10) sectores con potencial en vigorosa competencia.²⁰⁹

El IMCO, desde su fundación, cuando comenzó a hacer las mediciones, publica anualmente una serie de informes que denomina: Índice de Competitividad Internacional. En ellos, concluye que México presenta una baja competitividad de un total de 48 países que se analizan, cuyo deterioro va en aumento, al mantenerse en la posición 32 desde el año 2004 hasta el 2007, sin ascender a otra mejor.²¹⁰



La caída en competitividad se explica por la pérdida de confianza y la falta de estabilidad en nuestro sistema político; aunado a un menor dinamismo económico en nuestros sectores de servicios y de alta tecnología. La primera deriva de eventos como el conflicto de 2006 en Atenco, así como la crisis política de las últimas elecciones presidenciales. La segunda se explica por la falta de competencia en prácticamente todos los sectores, y por la falta de generación de talento e innovación, entre otros factores.

Nuestros mayores problemas de competitividad residen en la rigidez observada en sectores como el energético, laboral y en la tenencia de la tierra; la falta de agua y el mal manejo que hacemos de ésta y del resto de nuestros recursos naturales; nuestra alta dependencia comercial con Estados Unidos; y un sistema político con una crisis de representatividad.²¹¹

²⁰⁹ *cfr.* Información general, Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C. (IMCO), en: www.imco.org.mx.

²¹⁰ *cfr.* Informe de competitividad por país, Instituto Mexicano para la Competitividad A.C. (IMCO), en: <http://imco.org.mx/es/ranking/paises>

²¹¹ *cfr.* México ante la crisis que cambió al mundo. Índice de competitividad internacional 2009, Instituto Mexicano para la Competitividad A. C. (IMCO), México, 2009, p. 13, en: <http://imco.org.mx/es/indices/>

Después de haber analizado los índices anteriores, no hay duda alguna de que México vive inmerso en un entorno económico globalizado “imparable” y que, en este contexto, como premisa fundamental, debe asegurar a sus habitantes la existencia permanente y creciente de empleos para alcanzar de manera plena sus aspiraciones económicas, culturales, políticas y sociales, es decir, que gocen de bienestar y prosperidad.²¹²

Queda pues, evidenciado que México no ha sido capaz de consolidar su potencial económico interno para poder competir en el exterior. El desempeño de las instituciones públicas, el desarrollo económico y social y la capacidad tecnológica, entre otras, son áreas con gran peso en los índices de competitividad internacional en las que nuestra nación se encuentra relativamente retrasada.

De las referencias mostradas, es obvio que la competitividad mexicana en todos los niveles es baja y que también el entorno competitivo no es para nada favorable. Por eso es importante el esfuerzo a nivel nacional con el fin de mejorar las condiciones para la innovación y de esta manera vislumbrar el futuro de México, así como el bienestar de su población.²¹³

Los diversos organismos internacionales como los que hemos presentado, coinciden en que México año con año pierde competitividad, sin importar que los parámetros utilizados para sus mediciones no sean iguales.

El descenso en la competitividad de México es una realidad indiscutible que nos ha traído graves consecuencias: menos inversiones, menos empleos, menos ingresos fiscales y menos calidad de vida para los mexicanos.²¹⁴

Lo que también se traduce en la desaceleración en el ritmo del desarrollo económico y en la actividad de las empresas, la disminución en el crecimiento de la exportación, el estancamiento del flujo de la inversión extranjera directa hacia nuestro país y el retroceso en las ventajas de México para competir económicamente con otros países.

3. Acciones a implementar.

3.1 Sector empresarial.

²¹² *cfr.* Gómez, Arnulfo R., *op cit.*, pp. 145-147.

²¹³ *cfr.* Aguilar Fernández, Mario, “La competitividad y los indicadores de México”, revista *UPIICSA*, órgano de difusión de la Unidad Profesional Interdisciplinaria de Ingeniería y Ciencias Sociales y Administrativas, Instituto Politécnico Nacional, México, vol. XV, año VI, núm. 43, enero-abril, 2007, pp. 23-26, en: www.revistaupiicsa.20m.com/Emilia/RevEneAbr07/Mario.pdf

²¹⁴ *cfr.* Gómez, Arnulfo R., *op cit.*, pp. 135-137.

El análisis de la competitividad no se trata solamente de un ejercicio de análisis económico sin trascendencia social, sino todo lo contrario, de identificar vías para fomentar empresas nacionales más competitivas que, a través de la generación de empleos mejor remunerados y estables, contribuyan a la elevación real de los niveles de bienestar de la población en general.

La estabilidad del entorno macroeconómico en los últimos años no ha sido suficiente para que las empresas se desarrollen en forma competitiva, dinámica y sostenida en el tiempo, pues existen factores adicionales que no han recibido suficiente atención para la conformación de un entorno propicio para el adecuado desempeño de las empresas; entre estos factores, los más recurrente son señalados por el sector empresarial:

- 1) Elevados costos asociados a la normatividad y la sobrerregulación. Los empresarios se enfrentan a un exceso de trámites y gestiones para abrir y operar un negocio, lo cual en muchas ocasiones representa una limitante para el crecimiento de la actividad productiva, pues esta situación desincentiva el cumplimiento de las obligaciones tributarias, promueve la evasión fiscal y la informalidad de los negocios.
- 2) Escasa formación y desarrollo de habilidades empresariales. En México, la cultura empresarial no se ha desarrollado a su máximo potencial. En muchas ocasiones las empresas, en particular las micro y pequeñas, inician como negocios de subsistencia sin mayor conocimiento de los conceptos básicos de administración de negocios. Además, aun las empresas de mayor tamaño, en algunos casos no son conscientes de los beneficios que se pueden obtener mediante la adquisición de habilidades empresariales a través de diferentes instrumentos, entre los cuales podemos incluir: la consultoría empresarial y la cooperación con instituciones académicas y centros de investigación, entre otras.
- 3) Limitaciones en la capacitación y desarrollo de los recursos humanos. La capacitación gerencial y laboral de los recursos humanos de las empresas constituye una de las bases del incremento de la productividad en las mismas. Sin embargo, muchas veces este instrumento de apoyo no recibe la atención adecuada por parte de las empresas.
- 4) Escasos sistemas de información, desconocimiento del mercado y problemas de comercialización. Si las empresas no cuentan con información y orientación oportuna, esto repercute sobre su capacidad de gestión y penetración de mercados, al no tener una visión completa del entorno en el que operan y la competencia a la que se enfrentan y, por lo tanto, reduce las probabilidades de que éstas sobrevivan en el mercado, disminuyendo sus márgenes de ganancia y limitando sus capacidades de crecimiento. De acuerdo con la Encuesta Nacional de Micronegocios del INEGI, los principales

problemas para el funcionamiento de las microempresas tienen que ver con el desconocimiento del mercado.²¹⁵

3.2 Secretaría de Economía y CONACYT.

Siguiendo el análisis de la Secretaría de Economía y del CONACYT, es claro que la competitividad de la industria mexicana es aún baja y que el entorno competitivo no es suficientemente favorable.

Por ello, resulta urgente la realización de un esfuerzo nacional para mejorar la gestión de la innovación, como condición de soberanía, de construcción del futuro del país, de la competitividad de sus empresas y del bienestar de su sociedad. Se requiere adoptar una política de ciencia, tecnología e innovación que incluya al menos los siguientes elementos:

- 1) Ampliar de forma sustentada las inversiones para ciencia, tecnología e innovación.
- 2) Romper con la concepción lineal del sistema de innovación que prevalece en el aparato institucional del país, dado que constituye un obstáculo a la formación de redes y articulaciones interinstitucionales para favorecer el flujo y la adopción de tecnologías en el sector productivo, a efectos de reforzar su competitividad sectorial.
- 3) Expandir y modernizar el sistema de formación de recursos humanos para la ciencia, la tecnología y la innovación.
- 4) Modernizar y consolidar instituciones, regulaciones y programas de gestión de la ciencia, la tecnología y la innovación y los mecanismos para su articulación con otras áreas de la economía.
- 5) Popularizar el concepto de sociedad del conocimiento.
- 6) Intensificar la cooperación internacional, a través de mecanismos comerciales y no comerciales.
- 7) Incorporar la agenda de ciencia, tecnología e innovación en las relaciones de México con Estados Unidos y Canadá.
- 8) Promover alianzas entre gobiernos y organizaciones empresariales para generar tecnologías.

²¹⁵ Solleiro, José Luis y Castañón, Rosario, *Competitividad y sistemas de innovación: los retos para la inserción de México en el contexto global*, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencias y la Cultura, en: <http://www.oei.es/salactsi/solleiro.pdf>

- 9) Promover una red de proveedores de servicios técnicos de apoyo a la innovación.
- 10) Identificar mecanismos de fomento específicos orientados a disminuir las disparidades regionales en el país. México debe aprender a tomar ventaja de su diversidad y adoptar enfoques de política que conduzcan a capitalizar la riqueza de sus diferentes localidades y, al mismo tiempo, responder a una composición completamente heterogénea en cuanto a dotación de factores, capital humano, contexto socioeconómico y entorno para la competitividad.²¹⁶

3.3 Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C. (IMCO)

Tomando en consideración los análisis del IMCO sobre el entorno económico global, el país requiere transformaciones inmediatas para enfrentar la crisis mundial de 2008 y mejorar los índices de competitividad de la economía nacional, por ello propone las acciones siguientes:

- 1) Redefinir nuestra política comercial. Esto no sólo implica buscar nuevos acuerdos comerciales con otros países, especialmente China e India, sino simplificar y reducir unilateralmente los aranceles y las prácticas proteccionistas.
- 2) Integrar digitalmente a México. La crisis provocará que con mayor rapidez las tecnologías de la información se conviertan en el vehículo más importante para la integración económica mundial. Para ello, es necesario modificar el marco regulatorio actual a fin de generar mayor competencia y fomentar la convergencia tecnológica a la brevedad mediante diversas opciones.
- 3) Transformar nuestro sistema político. Es necesario que nuestro sistema político refleje la voluntad del pueblo y no los intereses de unos cuantos. Para ello debemos fortalecer nuestro sistema democrático, entre otros cambios.
- 4) Mantener un equilibrio presupuestal. Además de la crisis económica mundial, México enfrenta una crisis fiscal. Para resolverla, proponemos crear una Comisión Federal de Eficiencia Presupuestal encargada de que las observaciones de la Auditoría Superior de la Federación se traduzcan en cambios en el presupuesto de cada año y se integren institucionalmente a las agendas legislativas y del Ejecutivo. También es indispensable homologar la contabilidad nacional mediante un formato homogéneo para todas las entidades públicas, e incluir una reserva mínima para cubrir el impacto financiero de subsidios y pasivos contingentes no fondeados dentro de dicha contabilidad. Finalmente, se

²¹⁶ Solleiro, José Luis y Castañón, Rosario, *op. cit.*

sugiere eliminar de manera inmediata el ISR para simplificar el pago de impuestos (permanecer sólo con el IETU) y aplicar el IVA generalizado.

- 5) Maximizar la renta petrolera. Para evitar la caída de la renta petrolera y recuperar los 40 mil millones de dólares que perdemos al año por no explorar y explotar nuestros recursos energéticos, es prioritario fortalecer y modernizar tecnológicamente el sector.
- 6) Promover la competencia. Necesitamos competencia no sólo en bienes comerciables, sino en servicios y en nuestros sindicatos. Para ello debemos otorgar mayores facultades a la Comisión Federal de Competencia para que tenga injerencia en más mercados, imponga multas más altas, persiga penalmente a inculpados y celebre convenios con instituciones independientes para su evaluación. Sugerimos también, cambiar nuestra Ley de Amparo y el mandato de los reguladores a favor del consumidor, entre otras medidas.
- 7) Competir por talento. Hoy más que nunca, las economías del mundo dependerán del talento para salir de la crisis y encontrar nuevos mercados en el mediano plazo. México no sólo no genera talento sino que tampoco lo atrae. La pésima calidad educativa de nuestro sistema educativo, incluyendo nuestras universidades, es uno de los grandes frenos para la competitividad futura. Ante estos retos, sugerimos transformar las instituciones de educación superior del país hacia un sistema más innovador. Por otro lado, proponemos multiplicar los centros de capacitación y aprendizaje fuera del sistema escolarizado formal y crear un Sistema Nacional de Competencias Laborales Empresariales. Se requiere transformar de fondo nuestro modelo pedagógico desde la educación básica, creemos que el uso intensivo de las TIC's y la evaluación son un camino para lograrlo.²¹⁷

4. Hacia el fortalecimiento de la competitividad internacional de la economía mexicana.

Una estrategia dirigida a fomentar la competitividad internacional de una economía como la mexicana, significa en primer lugar apoyar a la empresa micro y media. Este resultado se debe simplemente a que la gran empresa ya es competitiva gracias a que su escala le permite realizar las inversiones necesarias para subsanar las deficiencias de México.

²¹⁷ *cfr. México ante la crisis que cambió al mundo. Índice de competitividad internacional 2009*, Instituto Mexicano para la Competitividad A. C. (IMCO), México, 2009, pp. 103-179, en: <http://imco.org.mx/es/indices/>.

Por supuesto, mejorar las condiciones de México en favor de su competitividad mejorará su atractivo para la gran empresa, pero más importante es que permita a la empresa media surgir y desarrollarse.

La preocupación por la competitividad también define un papel para el Estado, que en México se traduce en una segunda fase de reformas estructurales. En efecto, la tarea que se requiere en asuntos económicos no se limita a la estabilidad macroeconómica. Tampoco significa la aplicación indiscriminada de subsidios. El Estado puede y debe fomentar la competitividad a través del establecimiento de las condiciones que hacen posible la competitividad de las empresas establecidas en México.

Por ejemplo, reglas claras y transparentes; infraestructura adecuada; organizaciones independientes y profesionales; instituciones eficientes, etc. De esta manera el Estado no sustituye a la iniciativa privada, sino que la complementa naturalmente para que pueda desarrollarse conforme a las reglas del mercado.

Ahora México es posiblemente el país con más acuerdos comerciales en el mundo y sin embargo la pobreza no parece disminuir, amén de que la falta de competitividad paradójicamente limita nuestro acceso a los mercados globalizados.

Esta situación conduce al riesgo de que se confunda a la globalización como causa de pobreza, cuando en realidad a través del intercambio ofrece oportunidades para contrarrestar sosteniblemente este indeseable fenómeno.²¹⁸

La competitividad es compatible con la globalización e incluso con la estrategia de fomento a las exportaciones. Es incluyente, en la medida que permite la participación de empresas de todos los tamaños y requiere el concurso de todos los actores sociales. Establece además un nuevo sentido al quehacer del Estado, no como rector económico, sino como garante de las condiciones de competencia en su más amplio sentido.²¹⁹

De ahí que un sinnúmero de empresas nacionales han encontrado en la globalización una circunstancia tan retadora que las obligada a revisar sus estrategias y políticas para lograr cierto nivel de competitividad que les permita sobrevivir y retomar el camino del desarrollo.²²⁰

²¹⁸ Equihua Zamora, J. Alberto, "El Combate a la Pobreza Requiere Fortalecer la Competitividad", Coparmex, en: www.coparmex.org.mx/contenidos/publicaciones/Entorno/2001/enero01/equihua.htm

²¹⁹ Equihua Zamora, J. Alberto, *op. cit.*

²²⁰ *cfr.* Gómez Chiñas, Carlos, "La globalización y sus implicaciones en la política económica", en: *Análisis Económico*, revista de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma

En suma, la competitividad puede ser objeto de un consenso de todos los mexicanos, que incluya tanto a trabajadores y empresarios, como políticos, académicos y gobiernos. Sobre esta base sería posible construir la prosperidad de México y el bienestar de los mexicanos, como se demuestra la experiencia internacional resumida en las estadísticas presentadas.²²¹

Finalmente, es importante subrayar que las acciones del gobierno tendrán un impacto importante en variables como el crecimiento, la estabilidad, la generación de empleo y el comercio internacional, con miras a mejorar su competitividad de frente a la globalización.²²²

Conclusiones

- 1) Las implicaciones generales de la economía globalizada para la capacidad reguladora de la economía mexicana, conforman una cuestión cada vez más debatida, en virtud de sostenerse a menudo –como se ha manifestado con la presente investigación– que al intensificarse la globalización disminuye la competitividad de la economía mexicana.
- 2) La pérdida de competitividad que ha sufrido nuestra economía por la ausencia de reformas en la materia, los altos costos de transacción que genera una infraestructura cara y deficiente, aunados a la falta de una política de comercio exterior coherente y con programas, proyectos y estrategias que permitan capitalizar las ventajas adquiridas a través de los TLC's por ejemplo, han generado un reducido dinamismo de nuestras exportaciones y propiciado que cada día se genere menor valor agregado en nuestras ventas al exterior.
- 3) México debería aproximarse a los diez o veinte primeros países de los organismos internacionales que clasifican la competitividad de las economías nacionales y allí permanecer, situación que no ha logrado. Al respecto, durante la primera década del siglo XXI han situado a México como sigue: entre el 43 y el 66 lugar de un total de 142 (*World Economic Forum, The Global Competitiveness Report*); entre el 38 y el 50 lugar de un total de 59 (*International Institute for Management Development, World Competitiveness*

Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, México, vol. XIX, núm. 40, primer cuatrimestre, 2004, p. 133, <http://www.analiseconomico.com.mx/>

²²¹ Equihua Zamora, J. Alberto, *op. cit.*

²²² *cfr.* León León, Josefina, “La estabilidad macroeconómica en México y el papel del mecanismo de transmisión de la política monetaria”, en: *Análisis Económico*, revista de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, México, vol. XXII, núm. 51, tercer cuatrimestre, 2007, p. 57, <http://www.analiseconomico.com.mx/>

Yearbook); y en el 32 lugar de un total de 48 (Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C., Índice de Competitividad Internacional), sin ascender a otra mejor.

- 4) México continúa siendo un proveedor de incertidumbre no solamente con respecto a la economía, sino también, entre otros factores, al desempleo, las jubilaciones, las catástrofes ecológicas, la inseguridad, un aparato de justicia plagado de sobornos, la migración constante e imparable hacia los Estados Unidos, se crean menos de un millón de empleos formales al año sobre la base de 112 millones de habitantes y la calidad de la educación deja mucho que desear.

Fuentes de información consultadas

Aguilar Fernández, Mario, “La competitividad y los indicadores de México”, revista *UPIICSA*, órgano de difusión de la Unidad Profesional Interdisciplinaria de Ingeniería y Ciencias Sociales y Administrativas, Instituto Politécnico Nacional, México, vol. XV, año VI, núm. 43, enero-abril, 2007, en: www.revistaupiicsa.20m.com/Emilia/RevEneAbr07/Mario.pdf

Censo de Población y Vivienda, INEGI, México, 2010.

Equihua Zamora, J. Alberto, “El Combate a la Pobreza Requiere Fortalecer la Competitividad”, Coparmex, en: www.coparmex.org.mx/contenidos/publicaciones/Entorno/2001/enero01/equihua.htm

Global Competitiveness, World Economic Forum, en: <http://www.weforum.org/issues/global-competitiveness>. Traducción de los autores.

Gómez Chiñas, Carlos, “La globalización y sus implicaciones en la política económica”, en: *Análisis Económico*, revista de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, México, vol. XIX, núm. 40, primer cuatrimestre, 2004, <http://www.analisiseconomico.com.mx/>

Gómez, Arnulfo R., “Globalización, competitividad y comercio exterior”, en: *Análisis Económico*, revista de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, vol. XXI, núm. 47, segundo cuatrimestre, México, 2006, <http://www.analisiseconomico.com.mx>

González, María Elena, *Foro Económico Mundial*, en: <http://www.gestipolis.com/recursos/documentos/fulldocs/eco/foroecomundo.htm>

History and Culture, International Institute for Management Development, en: <http://www.imd.org/about/keyfacts/history.cfm> y <http://www.imd.org/about/keyfacts/culture.cfm>. Traducción de los autores.

Índice de competitividad internacional 2009. México ante la crisis que cambió al mundo, Instituto Mexicano para la Competitividad A. C. (IMCO), México, 2009, <http://imco.org.mx/es/indices/>

Información general, Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C. (IMCO), en: www.imco.org.mx.

Informe de competitividad por país, Instituto Mexicano para la Competitividad A.C. (IMCO), <http://imco.org.mx/es/ranking/paises>

Jeannot, Fernando, “Cambios institucionales en México y América Latina”, en: *Aportes*, revista de la Facultad de Economía de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, año XI, núms. 31-32, enero-abril y mayo-agosto, 2006.

León León, Josefina, “La estabilidad macroeconómica en México y el papel del mecanismo de transmisión de la política monetaria”, en: *Análisis Económico*, revista de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, México, vol. XXII, núm. 51, tercer cuatrimestre, 2007, <http://www.analiseconomico.com.mx/>

México ante la crisis que cambió al mundo. Índice de competitividad internacional 2009, Instituto Mexicano para la Competitividad A. C. (IMCO), México, 2009, en: <http://imco.org.mx/es/indices/>

Reports, World Economic Forum, en: <http://www.weforum.org/reports>. Traducción de los autores.

Schwab, Klaus, *The Global Competitiveness Report 2010-2011*, World Economic Forum, Switzerland, 2010, http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2010-11.pdf. Traducción de los autores.

Schwab, Klaus, *The Global Competitiveness Report 2011-2012*, World Economic Forum, Switzerland, 2011, http://www3.weforum.org/docs/WEF_GCR_Report_2011-12.pdf. Traducción de los autores.

Situación y perspectivas de la economía mexicana, Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM, Boletín Trimestral de Prospectiva No. 1, México, diciembre de 2010.

Solleiro, José Luis y Castañón, Rosario, *Competitividad y sistemas de innovación: los retos para la inserción de México en el contexto global*, Organización de Estados

Iberoamericanos para la Educación, la Ciencias y la Cultura,
<http://www.oei.es/salactsi/solleiro.pdf>

The Global Competitiveness Report (2000 al 2011), World Economic Forum, en:
www.weforum.org. Traducción de los autores.

The Global Competitiveness Report 2008-2009, World Economic Forum, en:
www.weforum.org. Traducción de los autores.

The Global Competitiveness Report 2010-2011 y 2011-2012, World Economic Forum,
en: <http://www.weforum.org>. Traducción de los autores.

Valerdi, Armando, “Mi opinión financiera”, en: *La Opinión Universitaria*, periódico,
año 08, número 347, Puebla, México, 19/05/2008.

Vierkon Consultores: <http://www.vierkon.com/cadvalor.htm>.

EL AGENTE COMERCIAL Y EL DEPENDIENTE VIAJANTE

EN DERECHO FRANCÉS Y MEXICANO

DR. JEAN BOUDAUD²²³

SUMARIO.- Introducción. Capítulo 1. Calificación del Agente Comercial y del Dependiente Viajante. 1.1 El Agente Comercial en Derecho Francés. 1.2 El Dependiente Viajante en Derecho Mexicano. Capítulo 2. El régimen jurídico del Agente Comercial y del Dependiente Viajante. 2.1.- La forma del contrato de Agente Comercial y de Dependiente Viajante. 2.1.1.- La forma del contrato de Agente Comercial en Francia. 2.1.2.- La forma del contrato de Dependiente Viajante en México. 2.2.- Ejecución del contrato de Agente Comercial y de Dependiente Viajante. 2.2.1.- Obligaciones del Agente Comercial y del Dependiente Viajante. 2.2.1.1.- Ejecución de la misión. 2.2.1.2.- Rendición de cuentas. 2.2.2.- Derechos del Agente Comercial y del Dependiente Viajante. 2.2.2.1- Los derechos del Agente Comercial en Francia. 2.2.2.2.- Los derechos del Dependiente Viajante en México. 2.3.- Terminación del contrato de agente comercial y de Dependiente Viajante. 2.3.1.- Terminación voluntaria del contrato. 2.3.1.1.- En Francia. 2.3.1.1.1.- Causas de terminación voluntaria. 2.3.1.1.2.- Efectos de la terminación voluntaria. 2.3.1.2.- En México. 2.3.1.2.1.- Causas de terminación voluntaria. 2.3.1.2.2.- Efectos de la terminación voluntaria. 2.3.2.- Terminación involuntaria del contrato. 2.3.2.1.- En Francia. 2.3.2.2.- En México. Bibliografía.

ABSTRACT

En materia de prospección de mercado, de negociación con los futuros clientes y eventualmente de celebración de contratos mercantiles, a un lado del comisionista, considerado como comerciante en el derecho francés y mexicano, encontramos, en

²²³ Es egresado de las Universidades de Nancy y Montpellier en Francia donde cursó sus estudios de Licenciatura, Maestría y Doctorado en Derecho. En Francia fungió como abogado corporativo en la empresa Firestone. También impartió el curso “Marco Legal del Comercio Exterior de Francia” en diversas instituciones educativas. En México, fue catedrático de la Universidad de las Américas en Cholula, Puebla, y de la Universidad de Monterrey en San Pedro Garza García, Nuevo-León.

Francia, al “agente comercial” y en México al “dependiente viajante”. Ambos pueden acumular la función de “prestador de servicios” y de “mandatario” sin tener la calidad de comerciante. Gozan de independencia jurídica, pero económicamente, dependen generalmente de las personas que solicitan su intervención. El legislador quiso remediar esta situación, aplicando, en Francia los conceptos de “mandato de interés común” y de “indemnización”, y en México, los conceptos de “asociación” y de “participación a las utilidades” del giro.

Palabras Clave: Mandato de Interés Común; Indemnización; Asociación; Participación a las Utilidades..

INTRODUCCIÓN.

El agente comercial en Francia, y el dependiente viajante en México, son prestadores de servicios y eventualmente mandatarios que, a solicitud de un principal o mandante, intervienen en la prospección del mercado, en la negociación con los futuros clientes y eventualmente en la celebración de los contratos comerciales. Gozan de autonomía jurídica. El hecho de aplicar las instrucciones del mandante para la ejecución de la misión, no transforma, necesariamente, al agente comercial o al dependiente viajante en asalariado y no crea automáticamente una relación de subordinación. Sin embargo, la autonomía jurídica del agente comercial o del dependiente viajante no se concreta siempre en materia económica. Sucede a veces que ejecuten misiones a favor de un número limitado de mandantes o principales, de tal manera que se encuentren en un estado de dependencia económica frente a ellos. Para proteger al agente comercial o al dependiente viajante, los tribunales, a menudo, cambian la calificación del contrato y transforman el contrato de prestación de servicios o de mandato en contrato laboral, aplicando al agente o dependiente, la legislación social. Otra solución en Francia fue de integrar al contrato de mandato el concepto de interés común que permite al juez otorgar una indemnización al mandatario a la terminación del contrato, considerando que él tiene derecho a esta compensación por haber contribuido a la creación de la clientela del mandante. El concepto de interés común creado por la jurisprudencia fue integrado por el legislador a la ley del 25 de junio 1991 sobre el agente comercial. En México, el

legislador quiso también favorecer la independencia económica del dependiente viajante, utilizando los conceptos de “asociación” y de “participación a las utilidades del giro”. Sin embargo, esta asociación y participación dependen de la buena voluntad del principal. No son obligaciones legales.

Conviene estudiar la calificación del agente comercial y del dependiente viajante en Derecho francés y en Derecho mexicano (Capítulo 1) así como su régimen jurídico (Capítulo 2).

CAPITULO 1. LA CALIFICACION DEL AGENTE COMERCIAL Y DEL DEPENDIENTE VIAJANTE

1.1 El agente comercial en Derecho francés

La Ley del 25 de junio 1991 da la siguiente definición del agente comercial. Es “un mandatario que como profesionista independiente, en ausencia de todo contrato de trabajo, está encargado de manera permanente, de negociar y eventualmente de celebrar contratos de venta, de compra, de arrendamiento o de prestación de servicios en nombre y por cuenta de productores, industriales, comerciantes o de otros agentes comerciales”²²⁴. La jurisprudencia considera que el agente comercial es un mandatario civil, aun cuando su actividad es comercial²²⁵. La ley del 25 junio 1991 le da la calificación de mandatario aun cuando no realiza actos jurídicos. En este punto, está en contradicción con la jurisprudencia y la doctrina tradicionales que consideran que la simple negociación no crea derechos u obligaciones en beneficio o a cargo de la persona que solicita la intervención del agente. En el curso de la negociación, el agente no realiza actos jurídicos, sino actos intelectuales o materiales; es un empresario o un prestador de servicios²²⁶.

²²⁴ Ley del 25 junio 1991, art.1

²²⁵ Com., 29 oct. 1979 : Gaz. Pal. 1980, I, p. 87, note J. Dupichot

²²⁶ D. Ferrier, Droit de la Distribution, Litec 2000

El agente comercial ejerce una profesión independiente, en consecuencia, no es un intermediario ligado al proveedor por medio de un contrato de trabajo. Esto implica que ejerce su actividad en sus propios locales con su equipo y su propia organización²²⁷; y que no tiene la obligación de rendir cuenta de manera continua y regular²²⁸. Debe tener una autonomía suficiente para solucionar los problemas imprevistos en el marco de su misión²²⁹. Asume las consecuencias de sus actos²³⁰.

El agente comercial no es un intermediario ocasional, sino un mandatario profesional con capacidad para negociar y celebrar no sólo contratos de venta y de compra de mercancías sino también contratos de arrendamientos y de prestación de servicios. La ley de 1991 no se aplica a los mandatarios sometidos a leyes particulares tales como los agentes generales de seguro, los agentes de viaje, y los agentes inmobiliarios²³¹.

El intermediario se beneficia del régimen protector del agente comercial aun cuando ejerce la actividad de agente comercial de manera accesoria; a condición que esta actividad de agencia comercial sea ejercida de manera permanente e independiente como lo dispone el artículo 1 de la ley del 25 de junio 1991. Para la aplicación del régimen de agente comercial, lo importante no es que la actividad de agente se ejerza de manera principal o exclusiva sino que se ejerza de manera permanente, independiente y profesional²³².

Por ejemplo, en el sector automotriz, algunos prestadores de servicios ejercen de manera principal, una actividad de reparación de vehículos y de manera accesoria una actividad de agencia comercial en nombre y por cuenta de un concesionario. Se benefician del régimen del agente comercial relativamente a su actividad comercial

²²⁷ Soc., 22 oct. 1986 : BRDA, 15 nov. 1986

²²⁸ Com., 20 fevr. 1959 : Bull. Civ., V, n° 227

²²⁹ Soc., 5 janv. 1990 : RTD com., 1990, p. 463, obs. B. Bouloc

²³⁰ Com., 16 janv. 1968 : II, 15551 bis

²³¹ Rippert et Roblot par Ph. Delebecque et M. Germain, *Traité de Droit Commercial*, Tome II, L.G.D.J. 2000

²³² Paris, 27 juin 1961 : JCP 1962, II, 12479, note J. Hemard

accesoria. Las partes pueden, si lo desean, integrar al contrato una cláusula que descarta la aplicación de la ley de 1991 a la actividad accesoria²³³.

1. 2 El dependiente viajante en Derecho mexicano

El artículo 309-2 del Código de Comercio dispone que “Se reputarán dependientes los que desempeñen constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta del propietario de éste. Todo comerciante en el ejercicio de su tráfico podrá constituir... dependientes”.

El Código de comercio distingue dos categorías de dependientes; los dependientes encargados de vender en almacén, y los dependientes viajantes “autorizados con cartas u otros documentos para gestionar negocios, o hacer operaciones de tráfico”²³⁴. Según la jurisprudencia, los dependientes viajantes son mandatarios especializados encargados de realizar de manera constante una o varias operaciones de una empresa comercial, en nombre y por cuenta del propietario. Realizan actos de comercio por cuenta del propietario de la empresa en ausencia de toda relación de subordinación²³⁵.

El problema es saber si los actos de los dependientes deben ser sólo jurídicos o si pueden ser también materiales o intelectuales.

Según el Código Civil Federal, que se aplica a los contratos comerciales de manera supletoria, “El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante, los actos jurídicos que éste le encarga”²³⁶. Con base en esta definición, el mandatario sólo puede ejecutar actos de naturaleza jurídica; lo que confirma la doctrina cuando sostiene que en el marco del contrato de mandato, los actos deben ser jurídicos y no materiales²³⁷.

²³³ Ley del 25 junio 1991, art. 15 al.1

²³⁴ Código de Comercio, art. 323

²³⁵ Tribunal Colegial del decimo circuito, amparo directo, 661/90, Ruben Rios Montero, 9 agosto 1991, Semanario Judicial de la Federación, Tomo VIII- nov., p. 303

²³⁶ Código Civil Federal, art. 2546

²³⁷ R. Sanchez Medal, De los Contratos Civiles, Editorial Porrúa, 2011, p. 317

Sin embargo, el intermediario o auxiliar del comercio o del comerciante, puede ejecutar simultáneamente actos jurídicos, intelectuales y materiales; el hecho de que la actividad jurídica sea completada por actos materiales o intelectuales no quita al intermediario su calidad de mandatario. Dice Rafael de Pina Vara “Aquellas personas que, además de prestar su actividad material o intelectual, colaboran jurídicamente con el comerciante, actuando, en menor o mayor grado, en su representación, son los llamados auxiliares del comerciante”²³⁸.

En realidad, se cumulan las calidades de mandatario y de prestador de servicios. Cuando el auxiliar realiza sólo actos materiales e intelectuales, no es mandatario sino prestador de servicios; no actúa por cuenta del principal pero por cuenta propia²³⁹.

CAPITULO 2 EL RÉGIMEN JURIDICO DEL AGENTE COMERCIAL Y DEL DEPENDIENTE VIAJANTE

Estudiaremos la forma (2. 1), la ejecución (2. 2) y la terminación del contrato (2. 3).

2. 1 Forma del contrato de agente comercial y de dependiente viajante

2.1.1 Forma del contrato del agente comercial en Francia

La ley de 1991 dispone que “cada parte tiene el derecho de exigir de la otra un documento escrito firmado, indicando el contenido del contrato de agencia”²⁴⁰. Según la jurisprudencia, el documento escrito puede ser el mismo contrato de agencia o cualquier correspondencia intercambiada entre las partes integrando los elementos esenciales del acuerdo²⁴¹. Cada parte puede exigir un escrito pero el documento escrito no es una condición de la aplicación del régimen del agente comercial, salvo cuando la actividad

²³⁸ R. de Pina Vara, Derecho Mercantil Mexicano, Editorial Porrúa, 2005, p. 191

²³⁹ R. Sanchez Medal., Ibid.

²⁴⁰ Ley del 25 de junio 1991, art. 2

²⁴¹ Com., 19 janv. 1993 : Bull. Civ., IV, n° 11

de agencia es accesoria o cuando el agente aceptó el compromiso de no competir con el mandante posteriormente a la terminación del contrato de agencia²⁴².

La directriz europea de 1986 y la ley de 1991 no exigen que el agente sea inscrito en un registro especial para que el régimen de agente comercial le sea aplicable²⁴³, sin embargo, la inscripción hace presumir la existencia de un contrato de mandato, puesto que los agentes comerciales matriculados se consideran como ligados al principal por un contrato de mandato y no por un contrato de trabajo²⁴⁴.

2.1.1 Forma del contrato de dependiente viajante en México

El Código Civil Federal dispone que “El mandato puede ser escrito o verbal”²⁴⁵, pero, “Cuando el mandato haya sido verbal, debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para que se dio”²⁴⁶.

2. 2 La ejecución del contrato de agente comercial y de dependiente viajante

Como en todo contrato, las partes van a tener obligaciones y derechos.

2.2.1 Obligaciones del agente comercial y del dependiente viajante

Las partes tienen dos obligaciones principales comunes a todos los mandatarios: ejecutar la misión y rendir cuentas.

2.2.1.1 Ejecución de la misión

En Francia, la misión del agente comercial consiste en prospectar el mercado, en negociar y en levantar pedidos que transmite al mandante; éste se reserva generalmente el derecho de aceptar o rechazar los pedidos transmitidos por el agente. En el curso de la prospección y de la negociación, el agente debe presentar los productos o servicios al cliente; lo que implica que recibió una capacitación adecuada y que conoce los productos y servicios ofrecidos por el mandante. El contrato de agencia puede obligar al

²⁴² D. Ferrier, op., cit., p. 87

²⁴³ Com., 21 mars 1996 : JCP 1997, II, 15012, note P. Level

²⁴⁴ Código del trabajo, art. L. 120-3

²⁴⁵ Código civil Federal, art. 2550

²⁴⁶ Código Civil Federal, art. 2552-2

agente a recibir la capacitación organizada por el mandante²⁴⁷. A veces, el mandante encarga al agente la celebración de los contratos con los clientes en el marco de instrucciones precisas e imperativas que el agente no puede ignorar salvo en el interés del mandante.

El agente como todo mandatario debe ser diligente, o sea, prudente y rápido; además debe ejecutar las instrucciones tomando en cuenta las realidades. A veces el contrato autoriza al agente a negociar un precio superior al precio indicado por el mandante; en este caso recibirá una remuneración complementaria que resultará de la diferencia entre el precio negociado con el cliente y el precio fijado por el mandante.

El agente comercial tiene una obligación de lealtad²⁴⁸, que le prohíbe representar a una empresa competidora de la de su mandante, sin el acuerdo del mandante. Según la jurisprudencia, el acuerdo del mandante puede ser tácito²⁴⁹. En caso de litigio, el agente tendría que probar que el mandante tenía efectivamente conocimiento de la actividad competidora²⁵⁰. El carácter competidor de los productos o de las empresas es a veces difícil de probar. Los tribunales, hasta el momento han sido favorables al agente; o sea, admiten difícilmente que el agente que acepta nuevas representaciones, pueda hacer competencia a sus otros mandantes²⁵¹.

Ocurre a veces que el contrato obliga al agente a prospectar y negociar por un solo mandante. Sin embargo, esta obligación de exclusividad quita al agente su autonomía e impide la aplicación del régimen de agente comercial.

Una vez celebrado el contrato de venta, el agente comercial puede tener otras obligaciones tales como la obligación de entregar a los clientes la mercancía recibida en

²⁴⁷ D. Ferrier, op. cit., p. 90

²⁴⁸ Ley del 25 junio 1991, art.4, al. 2

²⁴⁹ Bordeaux, 4 déc. 1969: Gaz. Pal. 1970, I, p. 27

²⁵⁰ D. Ferrier, Ibid.

²⁵¹ Com., 29 mars 1966: Bull. Civ., IV, n° 154

consignación, la obligación de instalarla en el domicilio del cliente, o también, la obligación de cobrar el precio de la venta²⁵².

En México, el Código de Comercio no da mucha precisión sobre el contenido de la misión; el artículo 321 menciona “todas las operaciones que los principales les tuvieren encomendadas” y el artículo 323, que se relaciona directamente al dependiente viajante hace referencia a las “atribuciones expresadas en los documentos que los autoricen”. Entonces el contenido de la misión puede ser muy amplio e incluir como en la ley francesa de 1991: la prospección del mercado, la negociación con los clientes, el levantamiento de órdenes de compra y la celebración de contratos en nombre y por cuenta del mandante. La única precisión viene del artículo 324 que reza “La recepción de mercancías que el dependiente hiciera por encargo de su principal, se tendrá como hecha por éste”. Este artículo se aplicaría en caso de que el dependiente viajante actuara como consignatario de la mercancía, con el fin de entregarla a los clientes, después de la venta. En este caso el dependiente viajante recibiría la mercancía directamente de la fábrica, con el fin de ahorrar tiempo y limitar los gastos de transporte.

El dependiente viajante debe ejecutar la misión personalmente; esto resulta de la aplicación del artículo 325 del Código de Comercio que dice: “Sólo con autorización de sus principales, podrán los...dependientes delegar en otros los encargos que recibieron de aquellos.” La sustitución sin autorización es en consecuencia ilícita²⁵³. La autorización se debe dar de manera expresa²⁵⁴. Cuando el mandante designa al sustituto, el mandatario lo debe aceptar y no asume a continuación ninguna responsabilidad; al contrario, cuando el mandante no designa al sustituto después de autorizar la sustitución, el mandatario puede designar la persona que desea y será responsable en

²⁵² Com., 22 oct. 1996 : Defrénois, 1997, p. 330, obs. Ph. Delebecque

²⁵³ SCJN, Amparo en revisión, 320/90, Electrón SA de CV, 18 febr. 1991. Semanario Judicial de la Federación, Tomo IX-abril, p. 107

²⁵⁴ Segundo Tribunal Colegial en materia civil del primer circuito; Amparo en Revisión 1322/88, Sociedad Inmobiliaria Ontiveros Hermanos, S.A., 31 agosto 1988, Semanario Judicial de la Federación, Tomo II, segunda parte, p. 396

caso de mala fe o de insolvencia notoria del sustituto²⁵⁵. El sustituto tiene frente al mandante los mismos derechos y obligaciones que el mandatario inicial²⁵⁶.

El dependiente viajante debe ejecutar la misión en los límites de los poderes concedidos. No tiene como el gerente un poder general; sus facultades quedan estrictamente delimitadas; esto resulta del artículo 323 del Código de Comercio ya citado que dispone “Los dependientes viajantes autorizados con cartas u otros documentos para gestionar negocios o hacer operaciones de tráfico, obligarán a su principal dentro de las atribuciones expresadas en los documentos que los autoricen”. Este artículo completa y precisa el artículo 321 del Código de Comercio según cual “Los actos de los dependientes obligarán a sus principales en todas las operaciones que éstos les tuvieren encomendadas”. El mandante podrá descartar su responsabilidad probando que el dependiente no tenía las atribuciones necesarias para celebrar el contrato en nombre del mandante²⁵⁷.

El dependiente viajante debe actuar con lealtad y diligencia. Debe ser prudente; “En lo no previsto y prescrito expresamente por el mandante, deberá el mandatario consultarle siempre que lo permita la naturaleza del negocio. Si no fuere posible la consulta o estuviere el mandatario autorizado para obrar a su arbitrio, hará lo que la prudencia dicte, cuidando el negocio como propio”²⁵⁸.

El dependiente viajante debe responder frente al mandante de su conducta indebida. Dispone el artículo 327 del código de Comercio “Los....dependientes serán responsables a sus principales de cualquier perjuicio que causen a sus intereses por malicia, negligencia o infracción de las ordenes o instrucciones que hubieren recibido.”

2.2.1.2 Rendición de cuentas

²⁵⁵ Código Civil Federal, art. 2575

²⁵⁶ Código Civil Federal, art. 2576

²⁵⁷ Quinto Tribunal Colegial en materia civil del primer circuito. Amparo directo 6435/96, Rogelio Gutiérrez, 5 dic. 1996, Semanario Judicial de la Federación, Tomo V, Febr. 1997, p. 753

²⁵⁸ Código Civil Federal, art. 2563

En Francia, el agente comercial debe rendir cuentas. Esto significa primero que el agente debe informar al mandante, en el curso de la misión, sobre las dificultades encontradas, la situación del mercado, la presencia y comportamiento de los competidores, la reglamentación vigente, para que éste pueda adaptar sus instrucciones a la realidad y facilitar así el buen desarrollo de la misión²⁵⁹; y luego, significa que debe informar al mandante al final de la misión, sobre los resultados obtenidos²⁶⁰.

Rendir cuenta significa también restituir al mandante el material prestado para la ejecución de la misión²⁶¹ : los catálogos, muestras y colecciones, así como las mercancías entregadas en consignación y no vendidas y las sumas de dinero recibidas por el agente por cuenta del mandante, aumentadas de los intereses cuando el agente utilizó estas sumas a su beneficio²⁶². El mandatario que omite restituir lo que debe restituir comete un abuso de confianza²⁶³, a menos que su omisión se justifique por el ejercicio de su derecho de retención cuando posee un crédito sobre el mandante. El mandatario debe restituir los bienes confiados en el estado en que los recibió; entonces tiene como todo depositario, una obligación de conservación. En caso de deterioraciones de los bienes, se descartará su responsabilidad si prueba que no ha cometido ninguna falta²⁶⁴.

En México, el Código Civil Federal, en materia de información del mandante, pone dos obligaciones a cargo del mandatario: la de “dar oportunamente noticia al mandante de todos los hechos o circunstancias que pueden determinarlo a revocar o modificar el encargo” y la de informar al mandante “sin demora de la ejecución de dicho encargo”²⁶⁵.

En materia de establecimiento de las cuentas, el artículo 329 del Código de

²⁵⁹ Ph. Petel, *Les obligations du mandataire*, Thèse, Université de Montpellier, 1987, p. 550

²⁶⁰ Com., 5 juill. 1962, Bull.civ., III, n°344

²⁶¹ Ph. Petel, *Ibid.*

²⁶² Código Civil, art. 1996

²⁶³ Crim. 17 nov. 1970, JCP 71, II, 16692, note de Lestang

²⁶⁴ Civ., 22 janv. 1991: Bull. Civ., I, n°28

²⁶⁵ Código Civil Federal, art. 2566

comercio dispone que “Los principales llevarán cuenta comprobada a sus dependientes de su haber y debe”

El mandatario debe restituir al mandante todo lo que ha recibido en el marco del mandato, aun cuando lo que el mandatario recibió no fuere debido al mandante²⁶⁶.

En caso de no restitución, el mandatario sería culpable de abuso de confianza²⁶⁷, sin embargo el mandante debe intimarle la orden de restitución, una vez terminada la misión, y establecidas las cuentas, antes de demandarlo ante los tribunales²⁶⁸.

El artículo 2572 del Código Civil Federal dispone que “El mandatario debe pagar los intereses de las sumas que pertenezcan al mandante y que haya distraído de su objeto e invertido en provecho propio, desde la fecha de inversión”

2.2.2 Derechos del agente comercial y del dependiente viajante

Generalmente, los derechos del agente comercial y del dependiente viajante son los de todo mandatario.

2.2.2.1 Los derechos del agente comercial en Francia

El agente comercial tiene derecho a la cooperación del mandante. Este debe poner a su disposición los medios que le permitirán ejecutar correctamente su misión²⁶⁹. Pueden ser medios materiales tales como muestras de los productos y catálogos o informaciones sobre las condiciones de venta o sobre los mercados²⁷⁰. La cooperación incluye también la capacitación del agente a los productos y técnicas de comercialización. En el marco de la cooperación, el mandante debe, no sólo, hacer algo positivo para el agente sino también abstenerse de obstaculizar la ejecución de su misión; una de las consecuencias de esta última obligación del mandante podría ser la de otorgar al agente una exclusividad de intervención en el territorio que el agente debe

²⁶⁶ Código Civil Federal, art. 2571

²⁶⁷ Código Penal Federal, art.382

²⁶⁸ SCJN, Amparo directo, Ángel Peláez, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXVIII, p. 3343

²⁶⁹ Ley del 25 junio 1991, art.4

²⁷⁰ Com., 1 mars 1976 : D. 1976, Inf. Rap., p.157

prospectar²⁷¹. El compromiso del mandante de no intervenir en el territorio concedido y de no designar a otros agentes comerciales en este territorio debe ser formalmente estipulado en el contrato de agencia²⁷².

El agente tiene derecho al pago de la remuneración convenida y cuando el contrato lo prevé al reembolso de los gastos realizados y de las pérdidas sufridas. Generalmente los gastos y pérdidas están incluidos en la comisión y la comisión es proporcional al monto de las ventas realizadas gracias a la intervención del agente. Una comisión fija podría hacer presumir la existencia de una relación de subordinación e impedir la aplicación del régimen de agente comercial. Conviene analizar el hecho generador de la comisión, su tasa, y la base sobre la cual se aplica la tasa.

La ley del 25 junio 1991 dispone que “la comisión es debida al agente en cuanto el mandante ha ejecutado la operación o debería haberla ejecutado, en virtud del acuerdo celebrado con el cliente o, en cuanto el cliente ha ejecutado la operación²⁷³. Por “ejecutar la operación” hay que entender “entregar la mercancía” en lo que se refiere al mandante y “pagar el precio” en lo que se refiere al cliente. “A más tardar, el derecho a la comisión nace cuando el cliente ha ejecutado su parte de la operación o debería haberla ejecutado de haber el mandante ejecutado su propia obligación”²⁷⁴. Sin embargo, el derecho a la comisión desaparece en caso de que la inejecución del contrato con el cliente sea la consecuencia de un hecho independiente de la voluntad del mandante como la fuerza mayor o la falta de un tercero.

Durante la ejecución del contrato de agencia, el agente tiene derecho a una comisión por todas las operaciones que se han celebradas gracias a su intervención y por todas las operaciones que se han celebrado en su sector geográfico sin su intervención²⁷⁵. En el primer caso se habla de “comisión directa” y en el segundo de “comisión indirecta”. Sin embargo estas disposiciones no son imperativas; las partes

²⁷¹ Rennes, 1 déc. 1993 : D. 1994, Inf. Rap. P. 127

²⁷² Com., 27 fébr. 1973 : JCP, 1973, IV, n° 141

²⁷³ Ley del 25 junio 1991, art. 9-1

²⁷⁴ Ley del 25 junio 1991, art. 9-2

²⁷⁵ Ley del 25 junio 1991, art. 6

pueden prever en el contrato de agencia disposiciones menos favorables al agente. El agente tiene derecho a una comisión sobre las operaciones que ha negociado durante la vigencia del contrato pero que se han ejecutado después de la terminación del contrato de agencia.

Las partes determinan libremente la tasa de la comisión. Generalmente, la tasa incluye los gastos realizados por el agente y las pérdidas sufridas por el agente en el curso de la misión, calculados a destajo. La tasa puede ser fija; en este caso no toma en cuenta las dificultades enfrentadas por el agente, o progresiva o decreciente con el fin de adaptar el esfuerzo del agente a la estrategia de la empresa del mandante.

A veces, el contrato de agencia no menciona la tasa de comisión; en este caso, “el

agente comercial tiene derecho a una remuneración conforme a los usos practicados en el sector de actividad definido en el contrato y en el lugar donde ejerce su actividad. En ausencia de usos, el agente comercial tiene derecho a una remuneración razonable que toma en cuenta todos los elementos relativos a la operación²⁷⁶. En este caso, el tribunal competente determinará el monto de la remuneración si las partes no se ponen de acuerdo.

La ley precisa que el pago efectivo de la comisión se debe hacer a más tardar “el último día del mes que sigue el trimestre durante el cual nació el derecho a la comisión²⁷⁷. Además de la obligación de pago, el mandante debe informar al agente sobre los pedidos recibidos y las ventas realizadas en el sector geográfico del agente, con el fin de permitir al agente elaborar su factura²⁷⁸.

2.2.2.2 Los derechos del dependiente viajante en México

²⁷⁶ Ley del 25 junio 1991, art. 5-2

²⁷⁷ Ley del 25 junio 1991, art. 9-2

²⁷⁸ Decreto n° 92-506, 10 junio 1992

En México, “Solamente será gratuito el mandato cuando así se haya convenido expresamente”²⁷⁹. Entonces es oneroso por naturaleza. El mandatario tiene derecho a una remuneración cuyo monto y modalidades de pago quedan definidos por el contrato²⁸⁰. Cuando las partes no han previsto ninguna remuneración, sin estipular, sin embargo, que el mandato será gratuito, se aplica el artículo 1856 del Código Civil Federal que dispone que “El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos”. En caso de fracaso de la misión, el mandatario tiene derecho a reclamar el pago de la remuneración prevista; pero, en caso de haber cometido una falta tendrá que pagar daños y perjuicios al mandante²⁸¹.

En cuanto a los gastos realizados por los dependientes y a las pérdidas sufridas por ellos, en el curso de la misión, el Código de Comercio dispone que “Los principales indemnizarán a los.....dependientes de los gastos que hicieren y pérdidas que sufrieren en el desempeño de su encargo, salvo lo expresamente pactado a este respecto”²⁸². Entonces si nada está previsto en el contrato, el principal tiene la obligación de indemnizar al dependiente. Precisa el artículo 2579 del Código Civil Federal que “el mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante haga la indemnización”.

Además de la remuneración habitual, el principal puede interesar al dependiente viajante en alguna o algunas operaciones y con respecto a esta o estas operaciones el dependiente viajante se considerará como asociado²⁸³. Sin embargo, los dependientes no tendrán el carácter de socio “si sólo los interesare el principal en las utilidades del giro, reputándose sueldo dicho interés”²⁸⁴. Este artículo 318 del Código de Comercio integra un principio fundamental del derecho de las sociedades mercantiles: para ser socio, no

²⁷⁹ Código Civil Federal, art. 2549

²⁸⁰ R. Treviño García, Los contratos civiles y sus generalidades, Mc Graw Hill, Serie Jurídica, 1999, p. 206

²⁸¹ R. Sánchez Medal, op.cit. p. 328

²⁸² Código de Comercio, art. 326

²⁸³ Código de Comercio, art. 318-1

²⁸⁴ Código de Comercio, art. 318-2

basta con compartir ganancias, hay también que soportar pérdidas²⁸⁵. En cuanto a la forma de la sociedad, la doctrina sostiene que, a un lado de las sociedades comerciales, la ley reconoce la existencia de las “asociaciones en participación” que se diferencian de las sociedades comerciales por no constituir una entidad jurídica²⁸⁶; pueden existir sin ninguna formalidad o publicidad, son ocultas para terceras personas²⁸⁷. La ley General de Sociedades Mercantiles da la siguiente definición de la asociación en participación: “es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio”²⁸⁸. A esto se refiere el artículo 318 del Código de Comercio.

2.3 La terminación del contrato de agente comercial y de dependiente viajante

Conviene distinguir la terminación voluntaria de la terminación involuntaria del contrato.

2.3.1 La terminación voluntaria del contrato.

2.3.1.1 En Francia

Causas y efectos de la terminación voluntaria son los puntos a estudiar

2.3.1.1.1 Las causas de la terminación voluntaria

Los contratos de duración determinada terminan cuando llega la fecha prevista en el contrato para su terminación. Si, después de esta fecha, las partes mantienen su relación comercial, el contrato de duración determinada se transforma en contrato de duración indeterminada, conforme a la ley del 25 junio 1991²⁸⁹. La doctrina generalmente considera que el mismo contrato sigue vigente pero que las partes han

²⁸⁵ F. de J. Tena, Derecho Mercantil Mexicano, Editorial Porrúa 1996, p. 257

²⁸⁶ Ley General de Sociedades Mercantiles, art. 253: “La asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón social o denominación”

²⁸⁷ F. de J. Tena, op. cit., p. 257

²⁸⁸ Ley General de Sociedades Mercantiles, art. 252

²⁸⁹ Ley del 25 junio 1991, art. 11-1

prorrogado el término sin preocuparse de indicar la nueva fecha de terminación²⁹⁰. Las partes tienen también la posibilidad de renovar su contrato por un periodo de tiempo determinado.

La segunda alternativa para las partes es celebrar un contrato de duración indeterminada; en este caso, cada parte es libre de poner fin al contrato en cualquier momento, a condición de respetar un preaviso cuya duración depende de la duración de su relación contractual. Después de un año de contrato, el plazo del preaviso no puede ser inferior a un mes; después de dos años de contrato, no puede ser inferior a dos meses; después de tres años y más, no puede ser inferior a tres meses. Cuando el contrato de duración indeterminada sigue un contrato de duración determinada, la duración de éste se toma en cuenta para el cálculo del preaviso²⁹¹. La ley obliga a las partes a hacer coincidir el fin del plazo del preaviso con el fin del mes²⁹². Las partes pueden acordar un plazo de preaviso más largo que el plazo previsto por la ley.

En caso de fuerza mayor o de falta grave de una de las partes, las disposiciones de la ley sobre el preaviso no se aplican²⁹³. Según la jurisprudencia, la falta del agente se consideraría como grave en los casos siguientes: en caso de vender productos de empresas competidoras cuando el contrato se lo prohíbe²⁹⁴, o sin el consentimiento del mandante²⁹⁵, en caso de aplicar sus propios métodos de venta sin tomar en cuenta los métodos impuestos por el mandante²⁹⁶.

El contrato de agencia comercial generalmente obliga al agente a realizar cuotas de venta. El problema es saber si el hecho de no cumplir con las cuotas es una falta grave que justifica la ruptura del contrato de agencia por parte del mandante sin tener

²⁹⁰ D. Ferrier, op. cit., p.95

²⁹¹ Ley del 25 junio 1991, art. 11-2

²⁹² Ley del 25 junio 1991, art. 11-3

²⁹³ Ley del 25 junio 1991, art. 11-5

²⁹⁴ Com., 21 juin 1967: Bull. Civ., III, n° 259

²⁹⁵ Com., 7 juil. 1993: Bull. Civ. IV, n° 209

²⁹⁶ Com., 29 nov. 1971: Bull. Civ., IV, n° 269

que respetar el plazo del preaviso. La jurisprudencia considera que el agente que no cumple con las cuotas no comete una falta grave cuando aplica la política comercial del mandante²⁹⁷. Sin embargo, el agente comercial que dispone de una total libertad de acción en materia de prospección del mercado, comete una falta grave si no realiza las cuotas²⁹⁸. El mandante debe probar la existencia de la falta grave cometida por el agente²⁹⁹. Los tribunales son más bien favorables al agente; aceptan difícilmente que el no cumplimiento de esta obligación por parte del agente pueda ser calificado de falta grave y provocar una ruptura inmediata del contrato de agencia y la pérdida de la indemnización³⁰⁰.

2.3.1.1.2. Los efectos de la terminación voluntaria

El mandatario civil actúa por cuenta y en nombre del mandante; los contratos que celebra se consideran celebrados directamente entre el mandante y el cliente; o sea que la clientela pertenece jurídicamente al mandante y después de la terminación del contrato de mandato, el mandante sólo podrá continuar a explotarla. En consecuencia, el mandatario se encuentra en una situación de debilidad financiera, puesto que el fin del contrato de mandato significa para él la pérdida de los ingresos relacionados con la explotación de la clientela. Antes de la ley de 1991, los mandatarios trataron de imponer a los mandantes una cláusula contractual reconociendo su derecho a recibir una indemnización en caso de revocación del mandato, de manera abusiva o no. La Corte de Casación ha juzgado que tal cláusula de indemnización era lícita³⁰¹, aunque no prevista por el artículo 2004 del Código Civil. Sin embargo, los mandantes generalmente no aceptaron la integración de cláusulas de indemnización en los contratos de mandato.

En contradicción con las disposiciones del Código Civil sobre el mandato, la jurisprudencia ha considerado que el contrato de mandato no se celebra en el interés exclusivo del mandante sino en el interés común de las dos partes cuando las dos partes

²⁹⁷ Com., 6 janv. 1981 : JCP, 1982, II, 13904, note J. Hémar

²⁹⁸ Com., 6 janv. 1975 : RTD com., 1976, p. 185, obs, J. Hémar

²⁹⁹ Com., 20 mai 1969 : JCP 1970, II, 16169 bis

³⁰⁰ Com., 9 fevr. 1971 : JCP 1972, II, 17064, note J. Hémar

³⁰¹ Civ., 8 avril 1857, DP 1858, I, p. 134

tienen como finalidad el desarrollo de la clientela³⁰². El interés común o convergencia de interés debe manifestarse a lo largo del tiempo³⁰³, puesto que es sólo con el tiempo que es posible crear y desarrollar una clientela. El mandato de interés común no puede ser revocado por voluntad de una sola parte sino sólo por consentimiento mutuo o por una causa legítima reconocida por el tribunal, y en conformidad con las cláusulas del contrato³⁰⁴.

En caso de revocación del mandato de interés común, por el mandante, sin causa legítima, el mandatario tiene derecho a una indemnización compensatoria del perjuicio sufrido³⁰⁵. El daño sufrido corresponde a la pérdida de las comisiones que el mandatario hubiera normalmente continuado de percibir en ausencia de revocación. La jurisprudencia precisa que las partes pueden acordar en el contrato que en caso de ruptura del contrato no se pagará ninguna indemnización, a condición de respetar el preaviso³⁰⁶. Por otra parte, la jurisprudencia considera que en el marco del contrato de interés común existe una obligación del mandatario de no competir con el mandante³⁰⁷.

La ley del 25 de junio 1991 ha integrado el concepto de interés común creado por la

jurisprudencia, para aplicarlo a los agentes comerciales. En consecuencia considera que la ruptura de las relaciones entre el mandante y el agente causa un perjuicio al agente y que este perjuicio se debe reparar por medio del pago de una indemnización³⁰⁸. Sin embargo, el artículo 13 de la ley precisa que la reparación del perjuicio no tendrá lugar cuando una falta grave del agente causó la terminación del contrato de agencia³⁰⁹,

³⁰² Civ., 13 mai 1885, S. 1887, I, p. 220

³⁰³ D. Ferrier, op. cit., p. 81

³⁰⁴ Civ., 13 mai 1885, S. 1887, I, p. 270; Paris 8 janv. 1985 : Gaz. Pal., 1985, I, somm. p. 169

³⁰⁵ Paris, 6 nov. 1975 : D. 1976, p. 344, note J. Hemard

³⁰⁶ Com., 7 juill. 1983 : Bull. Civ., IV, n° 209

³⁰⁷ Com., 16 mars 1993 : D. 1994, p. 224, note Y. Picod

³⁰⁸ Ley del 25 junio 1991, art. 12-1

³⁰⁹ Ley del 25 junio 1991, art. 13-a

cuando, con el consentimiento del mandante, el agente comercial cede a un tercero los derechos y obligaciones que detiene en virtud del contrato³¹⁰, y cuando el agente toma la iniciativa de la ruptura de la relación, o sea cuando renuncia al mandato; sin embargo, el agente tiene derecho a la indemnización si su renuncia resulta de una provocación del mandante, de su edad, o de su enfermedad³¹¹. La renuncia del agente sería provocada por el mandante, si éste modificara el contrato de manera unilateral³¹², no ejecutara sus obligaciones, o cometiera una falta grave³¹³.

La doctrina se ha preguntado si el agente tiene derecho a indemnización en caso de no renovación de un contrato de agencia comercial de duración determinada. Conociendo la fecha de terminación del contrato, el agente no puede sostener que la no renovación del contrato le causa un perjuicio anormal. Tal perjuicio sólo podría resultar de una ruptura imprevista. Entonces hay que admitir que en este caso el agente no tiene derecho a ninguna indemnización³¹⁴, cuando la ruptura no es abusiva³¹⁵, y en la medida en que el agente ha tenido el tiempo de amortizar los gastos que ha realizado a solicitud del mandante para la ejecución del contrato³¹⁶.

La ley de 1991 da un año al agente, calculado a partir de la terminación del contrato de agencia, para reclamar la indemnización debida. De no hacer su reclamación en el plazo de un año, perdería su derecho a la indemnización por el perjuicio sufrido³¹⁷.

La directriz europea de 1986 y la ley de 1991 no dan ninguna indicación sobre la manera de calcular la indemnización. Según la jurisprudencia, la indemnización debe

³¹⁰ Ley del 25 junio, art. 13-c

³¹¹ Ley del 25 junio, art.13-b

³¹² Com., 2 juil. 1979 : Bull. IV, n° 222

³¹³ Com., 9 févr. 1971 : JCP, 1972, II, 17064, note J. Hémar

³¹⁴ D. Ferrier, op. cit., p. 98

³¹⁵ Com., 20 févr. 1996 : D. affaires, 1996-15, p. 456

³¹⁶ Directriz europea de 1986, art. 17-3

³¹⁷ Ley del 25 junio 1991, art. 12-2

tomar en cuenta la totalidad del perjuicio sufrido³¹⁸. Se puede concluir que las partes son libres de determinar el monto de la indemnización en la medida en que esta indemnización cubre la totalidad del perjuicio. A falta de acuerdo entre las partes, el tribunal tendría que fijar el monto de la indemnización³¹⁹. Generalmente, los tribunales fijan el monto de la indemnización a dos años de comisiones, calculadas sobre la media de los tres últimos años de ejecución del contrato³²⁰.

Un segundo efecto de la terminación del contrato de agencia es la prohibición hecha

al agente de competir con el mandante, después de la terminación. Sin embargo, para la validez de la cláusula de no competencia pos contractual, la ley de 1991 impone ciertas condiciones: La cláusula debe ser escrita; hay competencia sólo cuando el agente comercializa los mismos productos o servicios que el mandante, en el mismo sector geográfico o con la misma clientela. Además, la validez de la cláusula de no competencia no puede exceder 2 años, después de la terminación del contrato de agencia³²¹.

2.3.1.2 En México

2.3.1.2.1 Las causas de la terminación voluntaria

El artículo 328 del código de Comercio distingue los contratos de tiempo indeterminado de los contratos de tiempo determinado, dice “Si el contrato entre los principales y sus dependientes no tuviere tiempo señalado, cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido avisando con un mes de anticipación. Si se hubiere celebrado por tiempo fijo, ninguna de las partes contratantes, sin el consentimiento de la otra, podrá separarse antes del plazo convenido, bajo pena de indemnización de daños y perjuicios”.

³¹⁸ Com., 14 oct. 1974 : Bull. Civ., IV, n° 244

³¹⁹ Com., 20 mars 1972 : JCP, 1973, II, 17297

³²⁰ D. Ferrier, *ibid.*

³²¹ Ley del 25 junio 1991, art. 14

Sin embargo hay circunstancias que permiten a las partes terminar con el contrato antes del plazo convenido. Dispone el artículo 330 que “Los principales podrán despedir a sus dependientes antes del plazo convenido: por fraude o abuso de confianza en los encargos que les hubieren confiado; por hacer alguna operación de comercio sin autorización de su principal, por cuenta propia; por faltar gravemente al respeto y consideración debidos a su principal o personas de su familia o dependencia”

Por su parte, el dependiente viajante podría terminar el contrato antes del plazo fijado “Por falta de cumplimiento, por parte del principal, de cualquiera de las condiciones concertadas en beneficio del dependiente; por malos tratamientos u ofensas graves, por parte del principal”³²².

2.3.1.2.2 Los efectos de la terminación voluntaria

El derecho mexicano no conoce el concepto de mandato de interés común y en consecuencia no prevé el pago de una indemnización al dependiente viajante, en fin de contrato, para reparar el perjuicio que le causa la ruptura de las relaciones contractuales. Sólo en caso de ruptura abusiva, la parte responsable de la ruptura tendría que pagar daños y perjuicios a la otra; como lo dispone el artículo 328 del Código de Comercio.

2.3.2 La terminación involuntaria del contrato

2.3.2.1 En Francia

Conviene analizar, en el mismo tiempo, las causas y efectos de la terminación involuntaria del contrato de agente comercial.

La muerte y la quiebra son las principales causas de terminación involuntaria del contrato de mandato.

El contrato de mandato, celebrado “intuitu personae”, termina con la muerte natural del mandante o del mandatario³²³. La muerte del mandatario crea algunas obligaciones a cargo de sus herederos, tales como la obligación de avisar al mandante

³²² Código de Comercio, art. 331

³²³ Código Civil, art. 2003

de la muerte del mandatario³²⁴, la obligación de rendir cuenta y de restituir al mandante lo que se le debe. En caso de muerte del mandante, el mandatario tiene la obligación de terminar la misión en curso, en caso de urgencia³²⁵. Puede suceder que el mandatario no sea avisado inmediatamente de la muerte del mandante. Los actos que realizó, ignorando la muerte del mandante, son válidos³²⁶. Comprometen a los herederos del mandante, frente a terceros de buena fe³²⁷. El mandatario deberá probar que ignoraba la muerte del mandante³²⁸. La terminación del mandato en caso de muerte del mandante no es imperativa; o sea, una cláusula del contrato podría dejar los herederos del mandante libres de decidir si conviene o no seguir con la misión³²⁹.

“El mandato termina por la quiebra del mandante o del mandatario”³³⁰. Sin embargo la ley del 25 de enero de 1985, relativa a la “Recuperación y liquidación judicial de las empresas” dispone que el administrador tiene la facultad de exigir la ejecución de los contratos en curso, designando a la persona que se sustituirá al deudor en quiebra³³¹.

La ley del 25 junio 1991 dispone que en caso de muerte del agente comercial, sus herederos tienen derecho a la indemnización. Deben reclamar el pago de la indemnización dentro de un plazo de un año, calculado a partir de la muerte del agente³³².

2.3.2.2 En México

³²⁴ Código Civil, art. 2010

³²⁵ Código Civil, art. 1991-2

³²⁶ Código Civil, art. 2008

³²⁷ Código Civil, art. 2009

³²⁸ Soc., 22 juin 1978, Bull. Civ., V, n° 511

³²⁹ Soc., 2 avril 1992, Bull. Civ., V, n° 243

³³⁰ Código Civil, art. 2003

³³¹ Ley del 25 janv. 1985, art. 37

³³² Ley del 25 junio 1991, art. 13-b

Analizaremos, en el mismo tiempo, las causas y efectos de la terminación involuntaria del contrato del dependiente viajante.

Las principales causas de terminación involuntaria son la muerte y la quiebra de las partes.

El Código de Comercio no contiene ninguna disposición relativa a la muerte del dependiente viajante; entonces hay que aplicar el Código Civil Federal, de manera supletoria. Dispone el Código Civil que “Si el mandato termina por muerte del mandatario, deben sus herederos dar aviso al mandante y practicar, mientras éste resuelva, solamente las diligencias que sean indispensables para evitar cualquier perjuicio”³³³. En caso de muerte del mandante, dice el artículo 2600 del Código Civil “debe el mandatario continuar en la administración, entretanto los herederos proveen por si mismos a los negocios, siempre que de lo contrario pueda resultar algún perjuicio”. El artículo siguiente da al mandatario el derecho de solicitar al juez que “señale un término corto a los herederos, a fin de que se presenten a encargarse de sus negocios”³³⁴.

En caso de aplicación del artículo 318 del Código de comercio y de creación de una asociación en participación, la Ley General de Sociedades Mercantiles determina que “en el contrato social podrá pactarse que a la muerte de cualquiera de los socios continúe la sociedad con sus herederos”³³⁵

En caso de quiebra de las partes, la Ley de Concursos Mercantiles dispone que “Los contratos de depósito, de comisión y de mandato, no quedarán resueltos por el concurso mercantil de una de las partes, salvo que el conciliador considere que deban darse por terminados”³³⁶.

³³³ Código de Comercio, art. 2602

³³⁴ Código de Comercio, art. 2601

³³⁵ Ley General de Sociedades Mercantiles, art. 259 y art. 32

³³⁶ Ley de concursos mercantiles, art. 100

BIBLIOGRAFIA

FRANCIA

Ferrier (D.), Droit de la Distribution, Litec, 2000

Petel (Ph.), Les Obligations du Mandataire, Thèse, Université de Montpellier, 1987

Rippert et Roblot par Delebecque et Germain, Traité de Droit Commercial, Tome II, LGDJ, 2000

MEXICO

R. de Pina Vara, Derecho Mercantil Mexicano, Editorial Porrúa, 2005

R. Sánchez Medal, De los Contratos Civiles, Editorial Porrúa, 2011

F. de J. Tena, Derecho Mercantil Mexicano, Editorial Porrúa, 1996

R. Treviño García, Los Contratos Civiles y sus Generalidades, Mc Graw Hill, Serie Jurídica, 1999

Políticas Editoriales:

- a) Los trabajos deberán referirse al Derecho de la empresa y tener un contenido sobre temas relevantes y de actualidad.
- b) Podrán publicarse colaboraciones sobre otras disciplinas siempre y cuando el artículo las vincule con el Derecho de la empresa.
- c) Podrán publicarse diversos temas de Derecho sobre tópicos de actualidad.
- d) El trabajo se remitirá en medio electrónico en Word 2007 para Windows.
- e) Serán en hojas tamaño carta por un solo lado con un interlineado de 1.5 y letra Times New Roman de 12 puntos, los títulos y subtítulos en 14 pts. y numerados.
- f) Las palabras en idioma extranjero deberán subrayarse o escribirse en letra cursiva.
- g) Las notas, fuentes de citas deberán aparecer al final de cada hoja.
- h) Se deberá incluir título, autor, sumario, introducción, contenido, conclusiones y bibliografía.
- i) En la introducción el autor sintetizará en no más de una cuartilla las ideas centrales y conclusión de su trabajo.
- j) El sumario contendrá en números arábigos los subtítulos.
- k) El artículo deberá contener cinco palabras claves o *key words* a juicio de autor que permitan la clasificación del contenido de la colaboración..
- l) Las referencias bibliográficas deberán anotarse al final del artículo, consignando con exactitud sus elementos: nombre del autor o autores. título completo, país, editorial, año de publicación y números de páginas.
- m) Las siglas en el texto o en los cuadros o gráficas irán acompañadas de su equivalencia completa.
- n) La extensión de los trabajos será de 10 a 40 cuartillas (páginas) y estarán corregidos gramaticalmente por el autor para facilitar su edición.
- o) Las reseñas deberán tener una extensión de 2 a 4 cuartillas (páginas)
- p) Las reseñas bibliográficas deben ser de 3 a 7 por página.
- q) Cada colaboración vendrá precedida de una hoja que contenga:
 - a. Título del trabajo, de preferencia breve, centrado y sin sacrificio de la claridad.

- b. Seguimiento del nombre del autor, alineado a la derecha de la hoja referenciado con un asterisco cuya reseña curricular deberá constar en la parte inferior de la hoja en no más de cinco renglones.
- c. Indicación de domicilio, teléfonos u otros datos que permitan a la redacción de la revista localizar fácilmente al autor o autores con el objeto de aclarar ocasionalmente dudas sobre el contenido del artículo.
- r) El Consejo Editorial informará al autor del trabajo el número de la revista en que se publicará el mismo.
- s) Los artículos deberán enviarse al Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández, a la siguiente dirección electrónica: felipemiguel.carrasco@upaep.mx