

REVISTA DE
Derecho de la Empresa

OTOÑO 2013

NÚMERO SEIS



U UPAEP

FACULTAD DE DERECHO

Contenido

| | |
|--|-----|
| CONSEJO EDITORIAL | 4 |
| PRESENTACIÓN..... | 5 |
| COLABORACIONES INTERNACIONALES | 7 |
| EL PENSAMIENTO JURÍDICO ANTE LA INCERTIDUMBRE DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO | 8 |
| PROBLEMÁTICA DE LA INTRODUCCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL <i>FRESH START</i> EN UN ORDENAMIENTO JURÍDICO..... | 27 |
| ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA: LA RSC EN EL SECTOR MINERO EN EL PERÚ | 53 |
| TOPICOS DE DERECHO | 94 |
| LOS SERVICIOS PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE PUEBLA Y SU RELACION CON EL PLAN MUNICIPAL DE DESARROLLO. | 95 |
| TEMAS DE DERECHO DE LA EMPRESA | 123 |
| LA SOCIEDAD MERCANTIL EN EL ENTORNO DE LOS GRUPOS FINANCIEROS. | 124 |
| LAS SOCIEDADES MERCANTILES. SU FUSION Y SUS EFECTOS ANTE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA SUSTITUCIÓN PATRONAL | 131 |
| DIRECTORIO..... | 149 |
| POLITICAS EDITORIALES: | 150 |
| CINTILLO LEGAL | 152 |

CONSEJO EDITORIAL

Dr. José De Jesús Ledesma Uribe.

Dr. Oscar Cruz Barney.

Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández.

Dr. Eugenio Hernández Aliste.
(Chile)

Dr. Ulises Montoya Alberti.
(Perú)

PRESENTACIÓN.

La Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, a través del Departamento de Ciencias Sociales y de la Facultad de Derecho, se complace en poner a disposición de usted el presente ejemplar que constituye el sexto número de la Revista de Derecho de la Empresa, con lo cual se cumplen tres años desde la aparición ininterrumpida del primer número.

En este número contamos con la colaboración internacional de tres autores; el primero es el Dr. Javier Pérez Duarte, de Bilbao, España, de la Universidad de Deusto, quien ha titulado su artículo: “El Pensamiento Jurídico ante la Incertidumbre de la Sociedad del Riesgo”. En su capítulo el autor nos invita a una reflexión de lo que algunos llaman la crisis del derecho y otros consideran que sólo se trata de una justicia privada en la sociedad contemporánea.

Por su parte la Dra. Mariela Casanova Claros, Presidente del Centro de Investigación en Derecho Corporativo y catedrática en universidades de Perú, aborda la relación entre el derecho y la economía así como su importancia ante el derecho minero. Este tema reviste gran importancia en varios países de Iberoamérica debido al desarrollo del derecho minero y a su vez nos permite analizar esta rama del derecho en virtud del marco jurídico regulatorio en México respecto de las concesiones mineras a empresas mexicanas y extranjeras; su artículo lo ha titulado: “Entre el Derecho y la Economía: La RSC en el Sector Minero en el Perú”

Por su parte el Dr. Iker Cabezuelo Adame, ha titulado su colaboración: “Problemática de la Introducción y Funcionamiento del Fresh Start en un Ordenamiento Jurídico”. Es indudable que en época de crisis en diversos países se presenta la liberación de deuda como un instrumento para salvar la economía, pero dicha institución ha recibido tanto críticas como apoyos. El análisis de esta institución cada vez más presente en la actualidad en países de Iberoamérica nos permite cuestionarnos su justificación desde el punto de vista jurídico.

Con los anteriores tres aportes cerramos la sesión de colaboraciones internacionales en este número.

En la sección de Tópicos de Derecho, contamos con la colaboración del investigador José Luis Ramírez Pérez, quien aborda la importancia del derecho municipal y derecho administrativo y su interrelación a un municipio específico; su artículo la ha titulado: “Los Servicios Públicos del Municipio de Puebla y su relación con el Plan Municipal de Desarrollo”.

En relación a la sección de Temas de Derecho de la Empresa contamos con la colaboración del Mtro. Alfonso Solís Techachal, quien analiza a la sociedad mercantil ante la globalización y en

forma específica respecto de los grupos financieros, lo cual constituye un tema de actualidad ante la economía globalizada que se vive hoy en día y la importancia del marco jurídico para dichos grupos; quien ha titulado su artículo: "La Sociedad Mercantil en el entorno de los Grupos Financieros".

Por último, el Mtro. Alfonso Pérez Martínez, aborda un tema poco analizado que es la figura de la sustitución patronal y su vinculación con el derecho societario en forma específica ante la fusión de sociedades mercantiles, realmente existe una interrelación entre estas dos ramas del derecho para esta temática plateada por el autor; por tal motivo su artículo se titula: "Las Sociedades Mercantiles. Su Fusión y sus efectos ante la Institución Jurídica de la Sustitución Patronal"

La diversidad temática abordada por los autores en el presente numero son de vanguardia y permiten una reflexión respecto de la globalización económica, de las transformaciones del derecho y de la interrelación entre sus diversas ramas.

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

COLABORACIONES INTERNACIONALES

EL PENSAMIENTO JURÍDICO ANTE LA INCERTIDUMBRE DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO

Javier Pérez Duarte¹
Profesor de Filosofía del Derecho y
de Ética Cívica y Profesional
Universidad de Deusto
Bilbao. España

Sumario: 1.- La persona como ser de derecho. 2.- El derecho como constructor de realidad. 3.- El riesgo en la sociedad contemporánea. 4.- Justicia privada y justicia pública. 5.- Abstracción y complejidad de la vida humana. 6.- El derecho entre la confianza y la desconfianza. 7.- La crisis del derecho. 8.- El imperio de nadie. 9.- La objetividad frente a la tragedia de la competencia. 10.- Seguridad y riesgo. Bibliografía.

Palabras Clave: Conocimiento, Derecho Constructor, Producción Social de Riesgo, Sociedad industrial, Crisis del Derecho.

“De lo que llaman los hombres
virtud, justicia y bondad,
una mitad es envidia,
y la otra no es caridad”².

1. La persona como ser de derecho

La perspectiva que ofrecía el Antiguo Régimen era la de ser el tiempo del riesgo, de la inseguridad. Esta visión se extendía en general a todo tiempo anterior a la aparición de la revolución industrial, incluía, por tanto, una buena parte de lo que se denomina la modernidad³. El riesgo parecía haber desaparecido de Occidente, sobre todo desde la

¹ Licenciado en Derecho (Premio Extraordinario de Licenciatura) en la Universidad de León en 1999. Doctorado cum laude en la Universidad de León en 2003. Profesor titular de Derecho del Trabajo desde el año 2007. Miembro del equipo de investigación del Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de León, donde ha participado en más de 20 proyectos de investigación. Es autor de casi un centenar publicaciones jurídico-laborales y ha intervenido en cerca de 20 congresos nacionales e internacionales.

²MACHADO, Antonio. *Poesías completas*. Madrid: Ed. Espasa-Calpe, 1978, p. 219.

³El presente ensayo fue presentado como ponencia en el Congreso de UNIJES celebrado entre los días 1 y 3 de julio de 2013 en la Universidad de Ramón Llull (ESADE) de Barcelona (España) “Las medidas

terminación de la II Guerra Mundial, aunque permanecía en una buena parte del resto del mundo. Esta contemplación se encontraba velada por una de las causas de la crisis actual, la ausencia de pensamiento. El hombre actual, vacío de sí mismo, se encuentra enajenado ante su contorno social, ahí se le plantean los problemas más urgentes, y de ese escenario lo espera casi todo. Sólo mira ese inmediato mundo circundante, no ve la densidad de la perspectiva que se le ofrece más allá. La perplejidad y la desorientación ocultan la auténtica visión de los asuntos que más aparentemente le interesan, los políticos, sociales y económicos. No obstante, para resolverlos habrá que dar razón de la vida, de la vida de cada uno⁴.

Desde este punto de vista surge una intuición primera que puede formularse con la proposición de que “*yo soy ser de Derecho*”, punto de partida de la ciencia jurídica, vinculada a la cuestión esencial de la dignidad de la persona. El derecho aparece como un testimonio inmediato de la conciencia, si se despliega esta realidad se descubre que el derecho incide como una forma intelectual en el fondo del pensamiento. Esta idea, dada con cierto carácter de necesidad, no debe confundirse con meras opiniones subjetivas, más o menos reflexivas y variables. Giner de los Ríos incide en esta idea, todo el mundo usa con el mismo sentido la palabra “justicia”, se pone la misma idea en ella, sin embargo, sus definiciones difieren.

La razón se aplica al análisis dialéctico, distingue los elementos de una idea y atribuye a cada uno el valor que le corresponde, aporta luz sobre una noción. La razón llega forzosamente en un proceso de formación en el espíritu, “con tal que atienda al testimonio irrecusable de su propio pensamiento”. Se puede afirmar que el derecho se descubre imbricado en una de las realidades que caracteriza a la modernidad como es la autonomía de la persona, verdad esencial a la hora de plantear medidas preventivas de conflictos jurídicos en escenarios económicos de riesgo. No obstante, la autonomía personal ha de situarse, para que adquiera plena realidad, en la circunstancia social. El análisis experimental contribuye a la comprensión del derecho, tanto desde el punto de vista “de los fenómenos de nuestra propia vida interior y exterior como de la ajena y de las relaciones y organismos sociales”.

preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables” y está prevista su inclusión en una próxima publicación.

⁴MARÍAS, Julián. *Introducción a la Filosofía*. Madrid: Ed. Alianza, 1995, p. 80.

Se plantean, por tanto, problemas en la aplicación de medidas preventivas en situaciones de conflicto. Por una parte si las llamadas medidas preventivas están ausentes del derecho y, por otra parte, si el conflicto jurídico es, en todo caso, un conflicto. El derecho aparece no sólo en la relación del conocimiento, sino también en la plenitud de la conciencia. Giner de los Ríos distingue, en este sentido, el derecho como investigación y ciencia, el derecho como sentimiento en cuanto deseo de justicia, que existe siempre en el fondo del ser del individuo y, por último, el propósito y voluntad firme de cumplir el derecho, “atemperando a ello nuestra conducta en todo el curso de la vida”. El “espíritu de justicia” representa la plenitud de relaciones del derecho en lo profundo del ser humano que es la conciencia.

La complejidad de la persona obliga, en ocasiones, a estudiarla en sus diversas propiedades y aparece el derecho como desligado de la vida entera, sin embargo, derecho y vida no pueden permanecer separados. La separación entre el derecho y el hecho provoca opiniones controvertidas. Si se considera a la pena como una institución jurídica que tiene sólo un fin en sí misma, se olvida, entonces del criminal, de la víctima, “fuera de las cuales no hay delito, ni pena, ni reparación, ni Derecho”. El derecho pertenece, de acuerdo con Giner de los Ríos, a las propiedades de relación, “el cual no se concibe sino dándose siempre para algo y respecto de alguien (derecho de un sujeto contra tal otro y para tal cosa, obligación de aquél, etcétera)”.

La libertad es imprescindible para que exista relación de derecho. El fundador de la Institución Libre de Enseñanza es contundente cuando afirma que “no hay utilidad, no hay medio alguno, sin la menor excepción, que no se convierta en objeto jurídico”. Al mismo tiempo, los actos que constituyen el derecho “han de ser forzosamente buenos, útiles y libres. La conducta, sólo en cuanto reúne estas cualidades, es el objeto jurídico”, bien se trate de actos propios, bien de otros seres libres que puedan prestar algún servicio⁵.

2. El derecho como constructor de realidad

El derecho aparece como un poderoso ejemplo de imaginación, de construcción de mundo. El derecho, en su inquietante realidad, no pretende responder a la pregunta de si

⁵GINER DE LOS RÍOS, Francisco. *Resumen de Filosofía del Derecho*. Tomo I. Madrid: Ed. Espasa-Calpe, 1926, p. 40 ss.

todos los actos del hombre se encuentran bajo su influencia. Conocer es construir, interpretar e intentar ordenar la complejidad del mundo. Para Jesús Ignacio Martínez, “el pensamiento no crea sus leyes partiendo de la naturaleza sino que se las impone”. Es más, “cualquier filosofía no es una interpretación de la realidad: construye un concepto propio de realidad”, desde este punto de vista “el derecho no se limita a regular la realidad: construye una particular realidad jurídica. En definitiva, el pensamiento es productor y no meramente reproductor o reordenador”.

El conocimiento no se para en una realidad objetiva y surge la gran paradoja, “el conocimiento accede a la realidad por su irrealidad”. El derecho es llamado a participar en esta aventura de relación con la realidad, “la peculiar integración jurídica de realidad e irrealidad por medio de procedimientos recursivos”. El derecho es un constructor de realidad⁶. No se olvide que la persona está integrada por una alta dosis de irrealidad, la vida humanan es, en su forma esencial, argumento.

3. El riesgo en la sociedad contemporánea

Las épocas de crisis provocan las grandes interrogantes, en ocasiones parece que se vuelve al comienzo de la historia, no es así, la continuidad es real y de ella se aprende para llevar a cabo de nuevo el planteamiento de los problemas. En medio del caos, en medio del campo de ruinas, se hace necesario ponerse a pensar al estilo de Descartes. El gran período histórico posterior a la II Guerra Mundial ha visto crecer, junto al desarrollo económico, el mito de la seguridad en Occidente. El bienestar se había hecho aparente y surgía, de nuevo, el convencimiento de la prosperidad. No obstante, la realidad ha vuelto a reinstaurar la figura del hombre auténtico o de la autenticidad de la persona.

El riesgo es protagonista en la sociedad contemporánea y, una vez más, se pone en cuestión la verdad de la mundialización. El mundo no es todavía uno, existen mundos en presencia y el riesgo adquiere jerarquías, la incertidumbre va por barrios, en unos lugares más y en otros menos. Los mundos representan a las personas y sus inquietudes. En cada mundo unas personas viven con más temor que otras y la realidad se presenta en todas sus vertientes y perspectivas, en toda su diversidad de justicia e injusticia, de solidaridad e

⁶MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. *La imaginación jurídica*. Madrid: Ed. Debate, 1992, p. 23 ss.

insolidaridad. Surgen las situaciones de peligro, “en la modernidad avanzada, la producción social de *riqueza* va acompañada sistemáticamente por la producción social de *riesgos*”.

La modernidad se ha fracturado, en el sentido de que se han desdibujado los contornos de la sociedad industrial clásica y surge una nueva sociedad industrial caracterizada por el riesgo. La idea de continuidad ha sido sustituida por la de la cesura, la máquina del progreso constante encuentra paréntesis y obstáculos en su funcionamiento. De forma similar a como la revolución industrial terminó con la economía agraria del Antiguo Régimen, la economía del riesgo da por terminada la revolución industrial clásica.

Esta revolución industrial se enfrentó a una naturaleza que había que conocer y dominar. “*La modernización disuelve hoy los contornos de la sociedad industrial, y en la continuidad de la modernidad surge otra figura social*”. Se trata de una continuidad accidentada en la que una modernidad sucede a otra modernidad. La nueva sociedad de la incertidumbre se encuentra ante la paradoja de que “*ha consumido su opuesto, lo ha perdido y da consigo misma en sus premisas y principios funcionales de sociedad industrial*”⁷.

4. Justicia privada y justicia pública

El des-concierto se apodera de los personajes que viven la nueva época que amanece con el siglo XXI. La inquietud se concreta en un enemigo desconocido y que se resiste a identificarse. Esta sociedad del riesgo necesita imaginar un enemigo y se desdobra a sí misma reflejada como en un espejo en otra sociedad del riesgo. “La lógica del miedo desemboca en un infinito juego de espejos; cada cual debe temer que el otro tome precauciones precisamente por temor a una agresión e intentar así anticiparse para tomar la delantera”.

El resultado debería ser el refugio tras las murallas del derecho, sin embargo, los individuos de esta modernidad inquietante buscan que cada cual determine “lo que sea el bien en relación con su particular *suum*. Lo justo no estriba en su comportamiento, sino en la opción tomada en caso de litigio para con un correlativo *suum*”⁸. Este planteamiento, que

⁷BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ed. Paidós, 2006, p. 29 ss.

⁸BRANDT, Reinhard. “Observaciones crítico-históricas al escrito de Kant sobre la paz”. En ARAMAYO, Roberto R., MUGUERZA, Javier, ROLDÁN, Concha (Editores). *La paz y el ideal cosmopolita de la*

podría derivar en un derecho basado en la fuerza al estilo de Hobbes, desemboca, por el contrario, en un campo de acuerdos más basados en la desconfianza que en la confianza. Los acuerdos, en medio del riesgo, no son entre iguales, son entre fuertes y débiles, entre intereses y necesidades.

El ideal de la teoría del discurso se rompe, no existe auténtico discurso, “las partes mediante amenazas y promesas, introducen en la interacción un poder de negociación” que priva al lenguaje de su poder de vínculo y el juego se convierte en estrategia, “el poder de negociación no deriva del ‘poder del mejor argumento’, sino de recursos materiales, de la potencia física, etc.”⁹.

La verdad surgida tras esta ficción es una sociedad en la que todos los individuos representan el riesgo de todos. El derecho había intentado concertar la modernidad, al estilo de un tercero, en la que los diferentes personajes habían puesto en sus manos el símbolo de la justicia. Ahora son los individuos los que, paradójicamente, pretenden los acuerdos y observan al derecho con desconfianza, la utilidad parece suplantar a la justicia. Ya no vale la distinción entre justicia material y justicia formal, y aparece la justicia privada frente a la justicia pública.

En el Estado de derecho la legislación política constituye la función central. Los tres poderes clásicos están llamados a ser los protagonistas en la producción normativa. Una parte, sin embargo, de las funciones jurídicas es delegada por el poder del Estado en “cuerpos semipúblicos o privados”. Habermas lleva a cabo un análisis en la frontera del derecho cuando se refiere al derecho en sentido lato. Se entiende por tal el conjunto de “sistemas de acción jurídicamente normados”, dentro de un subsistema social atento a expectativas de comportamiento y de comunicaciones sociales. Su núcleo está integrado por actos jurídicos de génesis “privado-autónoma” en términos de derecho reflexivo, que se distinguen, a su vez, de “los decursos de acción gobernados por normas jurídicas materiales”.

El derecho presenta, por tanto, diversas tonalidades, diferentes intensidades de color. “Se da una estratificación entre los ámbitos de interacción formalmente

Ilustración. A propósito del bicentenario de Hacia la paz perpetua de Kant. Madrid: Ed. Tecnos, 1996, pp. 36-63.

⁹HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Ed. Trotta, 1998, p. 234.

organizados”, los constituidos por medio del derecho propiamente, que sería el derecho en sentido estricto, con sus interacciones de producción y reproducción jurídicas, y “aquellos a los que el derecho sólo presta una suerte de envoltura, pero que primariamente vienen regulados por instituciones extrajurídicas”.

En ámbitos como la economía o la Administración, formalmente organizados, todas las relaciones se encuentran regidas por el derecho, el actor tiene como referencia el sistema jurídico. En otros ámbitos como la familia o la enseñanza, afirma Habermas, “sólo en caso de conflicto abandona el derecho su difusa presencia de fondo y llega a la conciencia de los actores”. Antes de que estalle el conflicto no existe una conciencia jurídica suficientemente clara en lo que se refiere a la protección de los intereses que están en juego¹⁰.

Es el derecho el que ofrece una conciencia jurídica acerca de los intereses. La cuestión se plantea, por tanto, en una doble vertiente, por una parte, la existencia de medidas preventivas cuando el conflicto jurídico aún no ha surgido y, por otra parte, el intento de solución cuando el conflicto ya se ha planteado y se pretende hacer un uso alternativo del derecho y de la mediación para evitar llegar a los tribunales. El derecho está sometido a interpretación, sin embargo, el juez está sujeto a la ley como cualquier otro miembro de la comunidad jurídica. “la tarea de interpretación consiste en *concretar la ley* en cada caso, esto es, en su *aplicación*”¹¹.

5. Abstracción y complejidad de la vida humana

La complejidad acerca de la presencia del derecho se complica en épocas de crisis, en las que se hace más patente la diferencia entre fuertes y débiles. En esta nueva sociedad “el proceso de modernización se vuelve *reflexivo*, se toma a sí mismo como tema y problema”. Aumenta la contradicción, “la promesa de seguridad crece con los riesgos y ha de ser ratificada una y otra vez frente a una opinión pública alerta y crítica mediante intervenciones cosméticas o reales en el desarrollo técnico-económico”. No obstante, la paradoja se consolida, “en el proceso de modernización quedan liberadas cada vez más fuerzas *destructivas*, y esto en una medida ante la que la inteligencia humana queda

¹⁰*Ibidem*, pp. 264-265.

¹¹GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Ed. Ediciones Sígueme, 2007, p. 401 s.

perpleja”. Esta sociedad “repartidora de riqueza” se convierte, al mismo tiempo, en una sociedad “repartidora de riesgos”¹².

La modernidad sólo es concebible como una modernización permanente que se convierte en obsesiva. Los problemas que se plantean quedan maquillados de una forma abreviada por medio de la “construcción de desvíos siempre nuevos y cada vez más largos”, pretendidamente solucionados por la vía del atajo. Muchos de los problemas se convierten en tragedias por su mal planteamiento, por el alejamiento de la verdad que, frecuentemente, puede ser una verdad imaginada.

En la nueva modernidad, Bauman incide en la idea de que los obstáculos se plantean con una pretensión efímera, “como mucho, les confiere el estatus de limitaciones provisionales, toleradas durante un tiempo, pero que serán inefablemente desguazadas, sorteadas o apartadas del camino tras un esfuerzo más (o solamente unos pocos) de la ciencia (el reflejo pensante y depósito de inteligencia de la tecnología) y de la tecnología (el brazo práctico de la ciencia)”. Se confía en que la ciencia resuelva los problemas, esta sociedad tecnológica espera de la ciencia lo que honradamente no puede ofrecer.

Para Bauman, los obstáculos, incluso aquellos que llegan al límite, son “problemas, y los problemas, como bien sabemos los modernos, son retos que plantean tareas o deberes que, por definición, tienen solución”¹³. No obstante, la inseguridad y la incertidumbre, propias de la vida humana, recuerdan que hay problemas que no ofrecen solución. Es oportuna, desde este punto de vista la matización de Julián Marías, “la última razón de la *inseguridad* de la vida humana estriba en la condición *intrínsecamente problemática* de la persona”.

Si no se acepta la doble condición de continuidad y permanencia de la persona se renuncia a comprenderla. En la actualidad se está lejos de reconocer el fracaso que se ha producido en la contemplación del ser humano. “Se intenta forzar a la realidad humana a ajustarse al sistema conceptual forjado, con justificado éxito, para pensar la naturaleza, es decir, la otra forma de realidad a la que es enteramente irreductible la del hombre como

¹²BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo...op. cit.*, p. 30 s.

¹³BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*. Barcelona: Ed. Paidós, 2007, p. 101 s.

persona”¹⁴. Se olvida que la otra gran realidad de la persona es su irrealidad, su condición de vida con argumento, de vida imaginada.

Bauman insiste en el carácter de inmediatez y de aceleración de la sociedad moderna, “ocupada en la resolución de problemas sucesivos”. La consecuencia es que “no dispone del tiempo ni del impulso interno necesarios para reflexionar sobre la oscuridad que se augura al otro extremo del largo túnel”. Los desastres se convierten en sorpresas cuando el modo en que la sociedad “aborda tales desastres responde a la pauta de cerrar la puerta del establo después de que el caballo se haya desbocado y haya salido corriendo demasiado lejos para atraparlo”.

El problema se agrava cuando la modernización se encarga de que haya siempre un número creciente de puertas de establo que tengan que ser cerradas, las puertas se multiplican por sí mismas, y el caballo continúa al galope. El mundo actual no ha comprendido que el problema está en el caballo, no en las puertas. Queda, casi siempre, oculta una tercera dimensión de los conflictos, “del mismo modo que sospechamos, y con razón, que un gusano bidimensional imaginario sería incapaz de visualizar un desplazamiento a través de una tercera dimensión”¹⁵.

Ante los efectos perjudiciales de un desvío se intenta solucionar con otro desvío, ante los efectos secundarios de un problema se aplican métodos a corto plazo, de mira estrecha. Los límites del ser humano han estado ausentes durante mucho tiempo de la vida de los contemporáneos. Se ha producido un fenómeno de abstracción de la complejidad de la vida humana, de la contemplación de sus diversas perspectivas y vertientes. La solución de los problemas, así como su método reduccionista, no tiene en cuenta que la persona es irreductible, no se la simplifica con facilidad.

Heidegger acude al fondo del problema cuando afirma que “estamos muy lejos de pensar la esencia del actuar de modo suficientemente decisivo. Sólo se conoce el actuar como la producción de un efecto, cuya realidad se estima en función de su utilidad. Pero la esencia del actuar es el llevar a cabo”. Sólo se puede llevar a cabo algo cuando “ya es”, consecuentemente “el pensar lleva a cabo la relación del ser con la esencia del hombre”. El pensamiento adquiere valor en sí mismo, el pensar “no hace ni produce esta relación. El

¹⁴MARÍAS, Julián. *Persona*. Madrid: Ed. Alianza, 1996, p. 63 s.

¹⁵BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido...op. cit.*, p. 102 s.

pensar se limita a ofrecérsela al ser como aquello que a él mismo le ha sido dado por el ser”.

El intento de solución de los problemas se contempla, desde la perspectiva del pensamiento, no en la mera producción utilitaria de un efecto, sino en llevar a cabo. “El pensar no se convierte en acción porque salga de él un efecto o porque pueda ser utilizado. El pensar sólo actúa en la medida en que piensa”, y concluye Heidegger, “este actuar es, seguramente, el más simple, pero también el más elevado, porque atañe a la relación del ser con el hombre”¹⁶. En la época actual se camina desbocadamente hacia la negación del planteamiento de los problemas. Se hace la falsa ficción de la eficacia en la búsqueda de soluciones que sólo postergan u ocultan los conflictos. La realidad adquiere los colores y los dibujos de un arte naif que, por su inmediatez, adquiere, sin embargo, dramatismo en épocas de crisis.

Agustín Luna eleva las medidas preventivas y de solución de conflictos a la categoría de pensamiento jurídico cuando las define como “funciones sociales esenciales del derecho, consistentes en la protección de la persona en su dignidad y libre desarrollo y en la predisposición en la pluralidad de la cooperación social”. El derecho se encuentra presente con su poder de atracción y de garantía, así se refleja en la ley de arbitraje de 2003 con su tendencia procesalista frente a la más privatista o civilista. Desde este punto de vista se establece que el árbitro debe sujetarse “a lo dispuesto en esta ley” o que “el laudo firme produce efectos de cosa juzgada”, así como que los árbitros han de poseer “la condición de abogados en ejercicio”, aunque es cierto que se prevé también que tal exigencia profesional puede ceder por “acuerdo expreso en contrario”¹⁷.

6. El derecho entre la confianza y la desconfianza

Para Luhmann el derecho adquiere protagonismo en la tensión entre la dimensión temporal y la dimensión social. El derecho adquiere especial relevancia cuando soporta esa tensión a medida que se incrementa la complejidad social. El derecho se enlaza con los costes sociales que se relacionan con el tiempo, desde un punto de vista más concreto, con

¹⁶HEIDEGGER, Martin. *Hitos*. Madrid: Ed. Alianza Editorial, 2000, p. 259.

¹⁷LUNA SERRANO, Agustín. “Sobre la prevención de los conflictos y el sometimiento a arbitraje de la superación de la controversia”. En GARCÍA VILLALUENGA, Leticia. (Directora). *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*. Madrid: Ed. Reus, 2010, pp. 17-28.

las expectativas que se plantean en la relación entre conflicto social y tiempo. “El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los desengaños de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado con relación a sus expectativas”. Aunque Luhmann plantee una interpretación hasta cierto punto de vista generosa del derecho, sin embargo, pretende recordar que, la sociedad, ámbito en el que se mueve el derecho, encuentra una seguridad o, cuando menos una ficción de seguridad, cuando el derecho representa el equilibrio entre las dos labilidades de sociedad y tiempo.

El derecho pretende situarse frente al albur de cualquiera de las dos, de la complejidad de la sociedad, sobre todo en épocas de crisis, y de la voracidad del tiempo. Los protagonistas del conflicto o de la previsión del conflicto saben a qué atenerse ante la complejidad social y lo perentorio del tiempo. No obstante, se debe recordar que el derecho no es la piedra filosofal ni la panacea que puede dar solución a todos los problemas, sin embargo, “uno se permite un mayor grado de confianza (hasta la imprudencia) o de desconfianza, cuando se puede confiar en el derecho”.

La confianza y la desconfianza tienen cabida en la misma morada jurídica. Luhmann apunta una cuestión clave, “esto significa que es posible vivir en una sociedad más compleja en la que ya no bastan los mecanismos personalizados o de interacción para obtener la seguridad de la confianza”. Sin embargo, no se debe olvidar, debido a ese equilibrio entre conflicto social y tiempo, que “el derecho tiene también propensión a las crisis de confianza que se transmiten simbólicamente”.

Luhmann advierte acerca de las consecuencias que surgen de la propia naturaleza jurídica, “cuando ya no se respeta el derecho o cuando, hasta donde es posible, ya no se impone, las consecuencias rebasan por mucho lo que de inmediato se presenta como violación de la ley”. Aparece un mundo al margen del derecho, la alegalidad frente a la ilegalidad, “entonces el sistema tiene que recurrir a formas más naturales para restaurar, de nuevo, la confianza”¹⁸.

¹⁸LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Ed. Herder, 2005, p. 188 ss.

7. La crisis del derecho

Si se quiere conceder un valor al derecho habrá de tenerse en cuenta un breve análisis crítico de su situación. Se habla, en términos de Ferrajoli, de una “*crisis de la legalidad*” por diversos motivos. En primer lugar, debido a la ausencia o a la ineficacia de los controles y, por tanto, debido a “la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder”. Se han degradado los límites de las reglas del juego institucional que han provocado, incluso, una crisis constitucional. Las injerencias en los territorios entre los tres poderes clásicos, sin el respeto a las fronteras correspondientes, es un ejemplo de esta crisis que afecta al derecho.

En segundo lugar, la crisis se manifiesta en la falta de adecuación “estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del *Welfare State*, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva de la *crisis del Estado social*”. Esta inadecuación está provocada por la contradicción entre el paradigma del Estado liberal de derecho, construido sobre los límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos por un lado, y el Estado social como promotor de la satisfacción de derechos sociales por otro. La consecuencia es la existencia de una maraña de normas surgidas de la inmediatez que ha provocado una desconfianza hacia el derecho, por ejemplo, “el deterioro de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada a causa de la incoherencia y la inflación normativa y, sobre todo, la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparables, por su capacidad de regulación y control, al sistema de garantías tradicionalmente predispuestas para la propiedad y la libertad”.

El derecho pierde su forma, se ha deformado y esta deformación afecta a su contenido, a su ámbito material. La consecuencia es que se ponen en juego no sólo la garantía sino también la existencia de los derechos sociales y económicos. El problema no termina aquí, esta ineficacia del derecho da lugar a un terreno fecundo para la corrupción y la arbitrariedad.

El tercer motivo que apunta Ferrajoli es la crisis del Estado nacional. Han cambiado los lugares de la soberanía, se ha alterado el sistema de fuentes y, por tanto, se ha debilitado el constitucionalismo. El proceso paulatino de mundialización y, sobre todo, el caso de la Unión Europea, son un ejemplo de esta realidad que se sustraen a los controles

parlamentarios “y, al mismo tiempo, a vínculos constitucionales, tanto nacionales como supra-nacionales”.

Esta triple dimensión de la crisis del derecho pone en riesgo a la misma democracia porque “equivale a una crisis del principio de legalidad” del Estado de derecho. Se reproducen “formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos”. El derecho pierde su capacidad regulativa debido a la alta complejidad de las sociedades actuales. Se ha producido el debilitamiento de la función normativa y “en particular, la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y el mercado y, por tanto, de garantía de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales”.

Ferrajoli plantea una cuestión esencial, es peligroso caer en un determinismo que admita al derecho como algo que es así porque no puede ser de otra forma. Se puede caer en un paso irreflexivo del ser al deber ser, tanto desde un punto de vista determinista, como desde un punto de vista apologético, es el peligro que “parece está presente en muchas actuales teorizaciones de la descodificación, la deslegislación o de desregulación”. El derecho es una realidad artificial construida por personas, especialmente por juristas, consecuentemente la responsabilidad no está ausente en la configuración del derecho.

No hay nada de inevitable, de determinista y de irremediable en el caos normativo. “El peligro para el futuro de los derechos fundamentales y de sus garantías depende hoy no sólo de la crisis del derecho, sino también de la crisis de la razón jurídica”. Se produce una falta de confianza en el artificio de la razón, la “*artificial reason*” que supone la razón jurídica moderna que dio lugar al Estado de derecho.

La imaginación y la razón de ser del mundo por ella elaborada se imbrican en una armoniosa simbiosis de la clásica dicotomía “ser” y “deber ser”, desde la que el derecho se piensa y se proyecta “mediante el establecimiento de los valores ético-políticos –igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales- por los que se acuerda” que las normas deben ser informadas¹⁹.

El planteamiento de Ferrajoli adquiere especial relevancia en la presente sociedad del riesgo, la crisis del derecho abre un escenario inquietante dentro del caos de las profundas, complejas e incomprensibles depresiones económicas y sociales. En palabras de

¹⁹FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Ed. Trotta, 2009, p. 15 ss.

Ulrich Beck “*el progreso sustituye al consenso*”. Las innovaciones tecnológicas incrementan el bienestar social, sin embargo, este supuesto nivel de vida implica efectos negativos como descualificación profesional, riesgos en cuanto a ocupación laboral, perjuicios para la salud o destrucciones de la naturaleza.

El cambio se desplaza hacia decisiones de tipo científico-técnico y económico y en el mercado sólo rige la ley de la ganancia y el máximo beneficio. Todo queda preprogramado bajo la excusa del progreso técnico y económico que entra en contradicción con normas elementales de la democracia que piden “conocer los fines del cambio social, discusión, aceptación y consenso”.

8. El imperio de nadie

Para Beck, la impresión de tranquilidad política es engañosa. La insatisfacción por la política surge por la “desproporción” entre la autoridad oficial, representante de la política, caracterizada por su impotencia, y la transformación de la sociedad que pierde capacidad de decisión y “se encuentra relegada al terreno de lo no político”. Al mismo tiempo que surge una nueva cultura política, el desarrollo científico-técnico deja de ser un ámbito no político debido a su poder de transformación y a la capacidad de producir daños.

En la nueva sociedad el debate parlamentario o las decisiones del poder ejecutivo comienzan a no ser representativos y son suplantados por la microelectrónica, la tecnología nuclear o la genética humana. Las instancias que han controlado el proceso de modernización van perdiendo vigencia y el proceso técnico-económico se queda al margen de la legitimación parlamentaria, al mismo tiempo que se sitúa en un terreno intermedio entre lo político y lo no-político. Aparece una tercera dimensión que Beck denomina como lo “*subpolítico*”.

La consecuencia es que “el diablo de la economía se ha de santiguar con el agua bendita de la moral pública y adoptar una apariencia de santo en relación a la previsión social y a la naturaleza”. Nace una extraña metamorfosis de lo político en lo no político y lo no político en lo político. “Se produce una *revolución disfrazada de normalidad* que recorta posibilidades democráticas de intervención”. Cuando el Estado del bienestar parecía que había alcanzado un grado de autonomía con relación al sistema técnico y económico, ahora, “en cambio, el sistema político está ante la amenaza de ser *desposeído* de su

constitución democrática”. El desarrollo de la ciencia tiene como característica la ignorancia de las consecuencias y la ausencia de responsabilidad. “Lo que *no* vemos *ni* queremos siempre cambia el mundo clara y amenazadoramente”. El “imperio de nadie”, de consecuencias imprevisibles, se adueña de la democracia occidental²⁰.

9. La objetividad frente a la tragedia de la competencia

Georg Simmel, con la perspicacia que le caracteriza, lleva a cabo una interesante relación entre lo que es la norma jurídica y el dinero. “Se dan situaciones prejurídicas absolutas o relativas, en las cuales se establece un derecho empírico, basado sobre la violencia o sobre otros fundamentos. Pero este derecho no se establece jurídicamente; tiene vigencia legal en la medida que existe, pero su existencia no es un hecho legal”, para Simmel aquí se encuentra lo esencial, “le falta la dignidad de todo lo que se apoya en la ley”.

Toda ley basada en la violencia o en otra circunstancia que la convierte en injusta no es un hecho legal, no adquiere la categoría de verdad y, por tanto, de realidad jurídica. “Así, la preocupación de todo poder que establece un derecho ilegal es buscar o fingir cualquier legitimación del mismo, esto es, derivarlo de un derecho previamente existente, lo que, al mismo tiempo”, de forma paradójica, “constituye un homenaje a aquel derecho absoluto, que se encuentra más allá de todo derecho relativo”.

El derecho no se agota en este derecho relativo, “sino que encuentra su símbolo para nosotros, en la forma de una deducción continuada por la que toda ordenación jurídica real se deriva de otra existente con anterioridad”. Simmel describe el derecho como un resultado de la imaginación que adquiere la categoría de verdad y que carece de arbitrariedad, se trata de un derecho que se convierte en derecho previamente existente, al que se acude para legitimar de forma fraudulenta el derecho ilegal. El carácter imaginativo y simbólico del derecho se extiende también en una “deducción continuada” que da lugar al ordenamiento jurídico jerarquizado.

Es importante destacar el valor que Simmel concede al derecho, la ley es ya presunción de dignidad²¹. Este análisis del derecho se sitúa en los albores del siglo XX,

²⁰BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo...op. cit.*, p. 304 ss.

²¹SIMMEL, Georg. *Filosofía del dinero*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1977, p. 83 s.

cuando se acerca la tragedia de la I Guerra Mundial y Simmel observa las imágenes de la contemporaneidad. “El ser humano es el animal objetivo”, la objetividad de la persona le permite “la observación y manipulación de las cosas que se sitúan más allá del sentimiento y la voluntad subjetivos”. Esta objetividad “dulcifica la tragedia humana de la competencia”.

La objetividad adquiere el valor de elemento ético, “la única moralización posible se da a través del proceso cultural que cada vez objetiva más contenidos vitales en formas transindividuales”. Así, por ejemplo, “los libros, el arte, las construcciones ideales como la patria, la cultura universal, la configuración de la vida en imágenes conceptuales y estéticas, el conocimiento de miles de cosas interesantes y significativas, todo esto se puede disfrutar sin que uno haya de quitárselo al otro”. Esta constelación de objetividades humaniza las relaciones sociales.

Simmel se sitúa en el umbral de lo que no debe ser objeto de conflicto, “cuanto más claramente los valores adquieren esta forma objetiva, tanto más sitio hay en ellos para cada alma, como en la casa de Dios”. Los límites entre la generosidad de lo objetivo y la competencia que implica lo subjetivo están claros, “seguramente la desolación y la amargura de la competencia moderna no serían soportables, si, paralela a ella no se diera esta objetivación creciente de contenidos existenciales, tan ajenos a todo *ôte-toi que je m’y mette*”, característica de la sociedad del riesgo. La objetividad implica “prescindir del Yo” para que el proceso histórico se encamine a un “resultado, posiblemente más noble, a la construcción de un mundo, que es apropiable sin lucha y sin opresión mutua, a la formulación de valores, cuya consecución y disfrute por parte de una persona no excluye a la otra, sino que, antes bien, abre el camino al otro”.

Simmel vincula, al estilo de Aristóteles, una vertiente de la justicia con el cambio de propiedad. “La justicia estricta que ocasiona el intercambio es, solamente, algo formal y relativo: el uno no tiene que recibir ni menos ni más que el otro”. No obstante, el resultado es el “aumento de la suma absoluta de los valores”. Georg Simmel no evita un tema que incita a la reflexión. La objetividad adquiere relevancia cuando se relaciona el dinero con el derecho.

La norma jurídica necesita claridad y “ha llevado a esta limitación asombrosa de considerar como valores personales que se han de proteger contra el fraude aquellos que se

pueden expresar en dinero y de reducir, por tanto, los otros a *quantités négligeables*". No obstante, hay que marcar la frontera, la consecuencia ha sido "la ficción de su predominio indiscutible", el problema se plantea "frente a valores que no se pueden expresar en dinero y que, sin embargo, teóricamente son los más elevados"²². Al derecho se le exige velar por todos los valores que se encuentran en juego, de lo contrario se podría llegar a su propio reduccionismo y el de la justicia, de acuerdo a criterios meramente crematísticos.

10. Seguridad y riesgo

En épocas de crisis el tema de la seguridad en relación con la justicia adquiere especial relevancia. Para Pérez-Luño la seguridad se conecta con bienes jurídicos básicos que se estiman social y políticamente necesarios. La justicia abandona su dimensión ideal y abstracta para incorporar las exigencias igualitarias y democratizadoras del Estado social y democrático de derecho. Las medidas de seguridad han de estar conformes con los valores y derechos fundamentales constitucionalmente consagrados por el Estado de Derecho, y se deben aplicar con las garantías procesales y penales propias de su ordenamiento jurídico²³.

Se puede concluir con una reflexión inquietante, para Jesús Ignacio Martínez "cada vez que procuramos la seguridad asistimos a una revancha del riesgo. Así, cuanto más prevención más riesgo. La búsqueda de la seguridad lleva a tomar precauciones". Se da la paradoja de que "la prevención influye en la disposición al riesgo", por ejemplo, "un banco estará más dispuesto a otorgar crédito si podemos ofrecer garantías". No obstante, "los peligros vienen ahora en gran medida del derecho mismo, de acciones realizadas al amparo de la legalidad", puede ser más terrible la quiebra de un banco, el despido de un puesto de trabajo que un problema de seguridad ciudadana²⁴.

"¿Dónde está la utilidad
de nuestras utilidades?
Volvamos a la verdad:
vanidad de vanidades"²⁵.

²²*Ibidem*, p. 455 s.

²³PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ed. Ariel, 1991, p. 51 ss.

²⁴MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. "Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann". En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. 2010, nº 21, pp. 133-160.

²⁵MACHADO, Antonio. *Poesías completas...op. cit.*, p. 223.

Bibliografía.

- BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*. Barcelona: Ed. Paidós, 2007
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ed. Paidós, 2006
- BRANDT, Reinhard. “Observaciones crítico-históricas al escrito de Kant sobre la paz”. En ARAMAYO, Roberto R., MUGUERZA, Javier, ROLDÁN, Concha (Editores). *La paz y el ideal cosmopolita de la Ilustración. A propósito del bicentenario de Hacia la paz perpetua de Kant*. Madrid: Ed. Tecnos, 1996
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Ed. Trotta, 2009
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Ed. Ediciones Sígueme, 2007
- GINER DE LOS RÍOS, Francisco. *Resumen de Filosofía del Derecho*. Tomo I. Madrid: Ed. Espasa-Calpe, 1926
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Ed. Trotta, 1998
- HEIDEGGER, Martin. *Hitos*. Madrid: Ed. Alianza Editorial, 2000
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Ed. Herder, 2005
- LUNA SERRANO, Agustín. “Sobre la prevención de los conflictos y el sometimiento a arbitraje de la superación de la controversia”. En GARCÍA VILLALUENGA, Leticia. (Directora). *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*. Madrid: Ed. Reus, 2010
- MACHADO, Antonio. *Poesías completas*. Madrid: Ed. Espasa-Calpe, 1978
- MARÍAS, Julián. *Introducción a la Filosofía*. Madrid: Ed. Alianza, 1995
- MARÍAS, Julián. *Persona*. Madrid: Ed. Alianza, 1996
- MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. *La imaginación jurídica*. Madrid: Ed. Debate, 1992

- MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. “Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann”. En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. 2010, nº 21
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ed. Ariel, 1991
- SIMMEL, Georg. *Filosofía del dinero*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1977

PROBLEMÁTICA DE LA INTRODUCCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL *FRESH START* EN UN ORDENAMIENTO JURÍDICO

Iker Cabezuelo Adame*
icabezuelo@cgcabogados.net

Sumario.- Resumen. Palabras clave. 1.- Previo. 2.- Del contexto socioeconómico actual. 3.- Planteamiento de la problemática: la responsabilidad universal de los deudores. 4.- Concepto y contenido de la figura de *fresh start*. 5.- Control de los abusos en la aplicación y funcionamiento del *fresh start*. 6.- Concepto y filosofía del *fresh start*. 7.- Críticas a la introducción de la institución del *fresh start*. 8.- Conclusiones. 9.- Bibliografía.

Palabras Clave: *fresh start*, liberación de deudas, concurso de acreedores, persona física, insolvencia, endeudamiento, crisis económica, medidas solutorias, emprendedores, iniciativa privada, *lege ferenda*

Resumen.

El presente trabajo tiene por objeto tratar la problemática que ofrece tanto la introducción como la aplicación de la institución de la liberación de deudas en un ordenamiento jurídico carente de la misma. Para ello, se avanza previamente cuál es el contexto socioeconómico y jurídico en que dicha institución se implementaría para, posteriormente, describir los fundamentos que la inspiran, así como las críticas tanto a favor como en contra que desde la doctrina se han vertido sobre ella.

A la vista de lo estudiado y una vez contempladas las distintas visiones que existen respecto a esta figura, la conclusión a la que se llega es que la liberación de deudas no solo constituye una salida para la rehabilitación de los individuos insolventes particularmente considerados, sino una importante herramienta para la reactivación de economías en situaciones de crisis, así como medio

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Deusto y Diploma en la especialidad Jurídico-Económica. Culmina su formación tanto jurídica como económica con un curso académico en la Katholieke Universiteit Leuven, en Bélgica. Habiendo ejercido anteriormente la abogacía en Bilbao, de donde es originario, en la actualidad presta sus servicios como letrado en Barcelona, formando parte, como socio, de la Firma CGC Abogados. En el ámbito académico, participa habitualmente en Congresos y Jornadas Jurídicas.

preventivo para evitar que las mismas se produzcan. De forma paralela, para los acreedores, la implantación del *fresh start* no supone un empeoramiento, al menos relevante, de su posición jurídica.

Abstract

The present article aims to deal with the issues that arise with the introduction and the implementation of the *fresh start* in a legal system. To that goal, it starts by covering the socio-economic and legal context in which such institution would be introduced. Then, it describes its underpinnings and the positive and negative criticism that it has received.

As a result of reviewing existing studies and after considering the different views that exist around the *fresh start*, the article concludes that not only it provides a solution for rehabilitation of those who are bankrupt, but it constitutes a powerful tool for reactivation of economic systems in crisis, and a preventive means to avoid that they occur. In parallel, the implementation of the *fresh start* doesn't imply a deterioration, at least not relevant, of the legal position of the creditors.

1.- Previo

Desde luego, la situación crítica en que se encuentra la economía del planeta y, como consecuencia de ello, la realidad cada vez más quebradiza de la sociedad (y el estado) del bienestar es conocida por todos, no ya por la abundante literatura que se ha escrito al respecto –que también-, sino porque, desgraciadamente –o de forma afortunada aunque solo sea por lo enriquecedor que resulta toda época de cambio-, nos está tocando vivir y formar parte de este periodo tan extraordinario de la historia. Por ello, procuraré no extenderme en exceso para esbozar, muy brevemente, los contornos de la realidad de la que emerge el problema respecto al cual me agradecería traer a este foro algunas de las ideas que se discuten en la doctrina española como vías de solución.

Previamente, sí me gustaría advertir que la realidad que conoce este autor es únicamente la española, careciendo de conocimientos que le permitan establecer unas semejanzas y diferencias con la mejicana. No obstante, aunque la realidad de la que parto es en todo caso la española, esto, a mi entender, no resulta óbice para que, si estas líneas son de algún interés, lo sean para cualquier lector con independencia de la legislación nacional de la que sea conocedor, puesto que la intención no es plantear un análisis del desarrollo legal que dicha institución ha experimentado -o debiera experimentar- en España, sino de un modo mucho más genérico y, desde luego, menos ambicioso, avanzar someramente al lector que se adentra de forma iniciática en este tema, cuáles son los puntos

más espinosos que genera dicho debate, cuáles serían, en su caso, las posible vías de escape de los problemas que se plantearan y, en último término, describir cuál es la filosofía que late detrás de todas estas cuestiones.

Por tanto, sin perjuicio de que a continuación se expongan unos rasgos genéricos del contexto socioeconómico global –que no por conocido puede obviarse en el presente escrito- y de que, además, en ciertos momentos de la exposición se caiga en lo que podría aparentar ser un vicio de exceso de localismo, el objeto de tales notas introductorias únicamente reside en hacer ver al lector cuál es el exacto contexto en el que se escriben estas palabras, el cual puede provocar que el autor de las mismas haya interpretado ciertas realidades de una manera y no de otra.

2.- Del contexto socioeconómico actual

Desde mediados de la década de 1990 hasta finales del año 2007 se desarrolló en España –en línea con lo que sucedía en Europa y en buena parte del resto del mundo, siendo el caso particular más conocido el de los Estados Unidos de América- una política de crédito calificable como blanda (o “alegría del crédito”, según algunos autores²⁶) que condujo a un endeudamiento desmesurado del ciudadano medio, que se vio seducido por todas las facilidades que el mercado financiero le concedía para vivir en un nivel de consumo que su economía real verdaderamente no le permitía²⁷.

Dicha situación de progresivo endeudamiento de la sociedad sin un soporte en la economía real avocó inexcusablemente a lo que se conoció como crisis de las *subprime*, siendo estas unas hipotecas basura concedidas a personas cuyas posibilidades de hacer frente al pago de las mismas resultaban francamente reducidas. Los “inesperados” incumplimientos de estos deudores trajeron consigo en cascada el impago de otros créditos y así mediante esta cadena de acontecimientos se alcanzó una situación de colapso de la economía en la que la puerta de acceso al crédito se cerró a cal y canto; y con ello las posibilidades de innumerables deudores de hacer frente a sus cuotas hipotecarias y otras deudas se evaporaron.

En España en particular, el impacto de la crisis resultó especialmente virulento debido a las particularidades de una economía que había experimentado un sonado *boom* en los años anteriores, la cual se había caracterizado por un crecimiento vertiginoso basado en la construcción y en la

26 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 20

27 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 22

especulación inmobiliaria que facilitó enormemente el mayor nivel de consumo de los españoles a costa de un elevado endeudamiento auspiciado por las entidades bancarias que, con la salvaguarda del ininterrumpido crecimiento del precio de las viviendas, desarrollaron una política de crédito en la que se desligó la concesión del mismo de la solvencia futura del deudor para vincularse más a la existencia de una garantía real que asegurara la recuperación por parte del banco del dinero prestado.

A este respecto, debe tenerse presente que sobreendeudamiento y morosidad no fueron necesariamente de la mano²⁸. De hecho, en los años precedentes al estallido de la crisis, los españoles fueron cayendo cada vez más en una situación de sobreendeudamiento, sin que el mismo estuviera significando por aquel entonces un incumplimiento de las obligaciones de pago. Sin embargo, la caída de los primeros deudores entrañó irremediabilmente la de los acreedores de estos, que a su vez eran deudores de otros acreedores, al encontrarse sustentado el funcionamiento de su microeconomía en el funcionamiento del sistema macroeconómico de endeudamiento. Así, la falta de liquidez de los primeros arrastró a los segundos y estos a los terceros y así sucesivamente, arrastrando la situación de endeudamiento de la mayor parte de la sociedad a un incumplimiento de las obligaciones de pago generalizado, al encontrarse basada la capacidad de los deudores para pagar a sus acreedores principal e incluso exclusivamente en la expectativa de cobro de las cantidades a su vez a ellos adeudadas.

Por tanto, podemos hablar de que la abusiva concesión de crédito comporta un perjuicio pluriofensivo, pues afecta tanto al patrimonio de aquellos que fueron financiados de forma “injustificada” por las entidades bancarias, como la de aquellos otros, en muchos casos particulares, que contrataron con estos y que sobrevinida la insolvencia de sus deudores, carecen tanto de unos ingresos con los que contaban para pagar sus deudas, como de un patrimonio del deudor contra el que dirigirse y que, en la mayoría de los casos, se encuentra totalmente gravado como garantía para los créditos concedidos por los bancos, quienes desde su posición privilegiada cuentan con una protección más eficaz para sus derechos. No obstante lo dicho, la crisis ha adquirido tales dimensiones que incluso las propias entidades financieras han terminado por sufrir los efectos de una crisis²⁹, al menos en parte, por ellas provocada, viendo afectada su solvencia por los

28 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 23

29 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 123

acumulados impagos y por la nula salida en el mercado inmobiliario de los inmuebles que constituían las garantías de sus créditos y préstamos. Esta situación a su vez hace peligrar la economía de aquellos con los que los bancos han contratado, a los que debe dinero y, a su vez, la de la propia sociedad, de ahí que el problema haya adquirido tal magnitud que la intervención del estado en la economía tradicionalmente privada (como, por ejemplo, mediante la nacionalización de bancos) haya sido vista no con malos ojos por sectores del espectro político tradicionalmente reacios a tales medidas.

Por tanto, como decimos, si bien el sobreendeudamiento consiste en la asunción de tal número de compromisos de pago (o compromisos de tal cuantía) que puede amenazar con una potencial imposibilidad de atender ordenada y adecuadamente las obligaciones de pago ante una “leve” variación de las circunstancias en las que se contrata, la insolvencia constituye la materialización de dicho perjuicio, esto es, la imposibilidad de cumplir con las obligaciones de pago en su día contraídas³⁰.

En el presente artículo se tratará de esbozar alguna idea relativa a la posibilidad de frenar este endeudamiento excesivo con el fin de avanzar hacia lo que cabría calificar como un endeudamiento responsable, pero, sobre todo, nos centraremos en plantear y debatir las posibilidades que ofrece la institución del *fresh start*, que se encuentra focalizada ya en el potencial perjuicio del sobreendeudamiento ya materializado, esto es, en las situaciones de insolvencia y en la forma de evitar que tales situaciones generadas a nivel privado desemboquen en un colapso global de la sociedad a niveles macroeconómicos.

3.- Planteamiento de la problemática: la responsabilidad universal de los deudores

El ordenamiento jurídico español, como la mayor parte de los ordenamientos actuales de todo el globo, se caracteriza por la procelosa y pormenorizada regulación de la inmensidad de problemáticas reales o hipotéticas que se disgregan en los más diversos ámbitos de las relaciones sociales humanas a través de una legislación de dimensiones al menos tan elefantiásicas como la de los problemas que trata de solucionar. A pesar de ello, cualquier jurista que desarrolle su profesión en el contexto del ordenamiento jurídico español es conocedor del principio general que se recoge

30 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pp. 28-29

en el artículo 1911 del Código Civil y que constituye, sin duda, un fundamento sobre el que se asienta buena parte del desarrollo legislativo posterior. En dicho artículo se establece el principio de responsabilidad universal de los deudores, que responderán ante sus acreedores “*con todos sus bienes, presentes y futuros*”.

Este principio de responsabilidad universal ha comenzado a ser cuestionado por importantes sectores de la doctrina, así como por la jurisprudencia más innovadora³¹, que han llegado incluso a calificarlo como anacrónico, atendidas las nuevas circunstancias del contexto socioeconómico en que se mueve la sociedad del siglo XXI, que se ha alejado de forma importante de aquel otro que inspiró los principios jurídicos que se contuvieron en un código del siglo XIX³².

Así, estas Resoluciones Judiciales³³ contradicen este principio tradicional, unas aparentemente sin base legal para ello, otras realizando una interpretación valiente de la ley concursal, pero también racional, interpretando en muchos de los casos que el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil se refieren únicamente a ejecuciones singulares, pero no a las colectivas, que son reguladas, por el principio de especialidad, por la Ley Concursal cuya normativa, según sostienen algunas teorías, no se encuentra sujeta al principio de responsabilidad universal del deudor³⁴.

De hecho, si atendemos exclusivamente a la regulación de la insolvencia que se realiza a través de la Ley Concursal, encontraremos una importante contradicción entre la regulación de la insolvencia de la persona física y la jurídica, provocada, seguramente, por la evidente desatención que ha mantenido el legislador español hacia el insolvente persona física³⁵ cuyos problemas, como a

31 Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010; Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2010; Auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 16 de septiembre de 2011

32 BACHES OPI, Sergio et al.: “*Algunas reflexiones en torno al concurso de persona física*” en Dret Concursall. Revista Jurídica de Catalunya nº 4-2012. P. 167

33 Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010; Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2010; Auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 16 de septiembre de 2011

34 ÁLVAREZ VEGA, M^a Isabel: “*La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*”. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 188

35 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 42

continuación se comentará, reciben en numerosas ocasiones no una mala solución por parte del legislador, sino la más absoluta de las desatenciones³⁶.

Así, por ejemplo, el deudor concursado no goza de la posibilidad de detener con la declaración de concurso las ejecuciones individuales que se estén llevando a cabo de las garantías reales en su día concedidas salvo que las mismas se encuentren afectas a la actividad profesional o empresarial del deudor³⁷. Evidentemente, dicha regulación genera un perjuicio únicamente al deudor persona física, ya que en el deudor persona jurídica, por lo general, coincidirá su domicilio con el lugar donde desarrolla su actividad empresarial; por el contrario, en el caso del deudor persona física, no se producirá dicha coincidencia, por lo que con la declaración de concurso no se podrá detener la ejecución de su vivienda particular, lo cual entraña un problema indirecto para la viabilidad de la actividad profesional de esta persona, cuyas necesidades vitales básicas comienzan a tambalearse con la potencial pérdida del inmueble que constituye su hogar³⁸.

Por otra parte, nos encontramos también con que la persona jurídica, en caso de finalizar el procedimiento concursal mediante liquidación, quedará automáticamente extinguida y, por tanto, se extinguirá también la parte de la deuda que no haya podido ser pagada mediante el dinero obtenido de la liquidación³⁹. Por el contrario, el deudor persona física, en virtud del artículo 1911 del código civil, que según la doctrina claramente mayoritaria continúa siendo de aplicación en situaciones concursales, continuará adeudando aquellas cantidades que no hayan sido satisfechas mediante la liquidación de su patrimonio realizada en sede concursal, lo cual, en numerosos casos, arrastrará al deudor concursado a un “endeudamiento a perpetuidad”⁴⁰ claramente desincentivador de la actividad empresarial o laboral del concursado⁴¹ que será conocedor de que todos aquellos ingresos

36 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 33

37 TAMAYO HAYA, Silvia.: *“El sobreendeudamiento de los consumidores”* en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio.: *“La insolvencia de las familias”*. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008. P. 368

38 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 50

39 SERRANO GÓMEZ, Eduardo et al.: *“Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física”*, en CUENA CASAS, Matilde: *“Familia y concurso de acreedores”*. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 37

40 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 59

41 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 205

futuros que pudiera obtener (salvando un mínimo considerado patrimonio inembargable) irán a parar a manos de sus acreedores⁴².

Por tanto, la declaración de concurso no presenta ningún atractivo para el insolvente persona física. Por un lado, no le resuelve apenas ningún problema a corto plazo, ya que el más acuciante acostumbra ser el de la ejecución de su vivienda, la cual, como decimos, no se detendrá por la declaración de concurso. Por otro lado, a largo plazo tampoco le reporta ningún beneficio al concursado, quien, a pesar de ver liquidado todo su patrimonio, continuará adeudando por aquellas cantidades que no alcance a satisfacer con sus bienes presentes. Esto provoca a su vez que el interés de sus acreedores por alcanzar un convenio con quitas o esperas sea prácticamente nulo⁴³, conscientes de que lo que no obtengan mediante la liquidación del deudor teóricamente podrían obtenerlo en el futuro⁴⁴.

En consecuencia, con estos caracteres, la declaración de concurso de persona física en modo alguno proporciona solución válida alguna, convirtiéndose su declaración únicamente en una obligación legal y no en un remedio que la ley disponga para auxiliar al insolvente⁴⁵. El destino de la práctica totalidad de los concursos de persona física será la liquidación y el endeudamiento a perpetuidad con la consiguiente consecuencia de que, en la práctica, los “insolventes” se ven abocados a funcionar en la economía sumergida o mediante testafierros⁴⁶.

4.- Concepto y contenido de la figura del *fresh start*

En vista de lo expuesto emerge entre algunos autores la idea de que la institución conocida como *fresh start* que en mayor o menor medida funciona en la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno debía implantarse en el ordenamiento jurídico español como solución a las situaciones en las que se encuentran, tras la finalización del procedimiento, las personas físicas que se han declarado en concurso. Consecuencia de esta presión por parte de la doctrina ha sido la

42 TOMILLO URBINA, Jorge et al.: “*El futuro de la protección jurídica de los consumidores*” en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio.: “*La insolvencia de las familias*”. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008. P. 208

43 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 150

44 TAMAYO HAYA, Silvia.: “*El sobreendeudamiento de los consumidores*” en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio.: “*La insolvencia de las familias*”. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008. P. 369

45 TAMAYO HAYA, Silvia.: “*El sobreendeudamiento de los consumidores*” en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio.: “*La insolvencia de las familias*”. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008. P. 371

46 CUENA CASAS, Matilde. “*Fresh start y mercado crediticio*”. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. P. 8

reciente (y tímida) introducción en la Ley Concursal española de la institución del *fresh start* mediante la reforma que introdujo la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de Emprendedores⁴⁷.

Como ya se avanzó, el propósito de este artículo no es el de analizar profusamente la reforma de la legislación concursal española operada por la Ley de Emprendedores, por lo que a continuación se expondrá muy sintéticamente cuáles son las características de esta institución a nivel general y de manera práctica sin entrar todavía en la filosofía o los principios que laten tras ella, sin perjuicio de que en algún momento particularicemos sobre el caso español; todo ello con el simple propósito de que el lector no avezado en la materia cuente con unas nociones básicas de la institución cuya conveniencia se pretende discutir en el presente escrito.

El *fresh start*, que literalmente significa “nuevo comienzo”⁴⁸, es una institución jurídica por medio de la cual, una vez finalizado el concurso de persona física mediante la liquidación de su patrimonio, excluidos algunos bienes que se declaran como inembargables (suele ser habitual el establecimiento de la vivienda como bien inembargable, tal y como se ha hecho en España con la Ley de Emprendedores con la creación del “Emprendedor de Responsabilidad Limitada”⁴⁹), el deudor queda exonerado del pago de la parte restante del crédito que no ha sido satisfecho mediante lo obtenido a través de la liquidación.

Esta solución jurídica es condicionada en muchos ordenamientos a la obligación de pago por parte del deudor liberado de cierto porcentaje de las ganancias que obtenga durante cierto periodo de tiempo, quedando totalmente liberado de cualquier atadura una vez transcurrido dicho periodo de tiempo siempre y cuando haya cumplido escrupulosamente con la obligación que pesa sobre él. Por

47 Artículo 178.2 de la Ley Concursal: “La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, salvo las deudas de derecho público a que se refiere el artículo 91.4º de esta Ley, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y al menos el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes, con la salvedad de los créditos de derecho público, si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados”.

48 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 123

49 Artículo 7 de la Ley de Emprendedores: “El emprendedor persona física, cualquiera que sea su actividad, podrá limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional mediante la asunción de la condición de “Emprendedores de Responsabilidad Limitada”, una vez cumplidos los requisitos y en los términos establecidos en este capítulo”.

tanto, la institución del *fresh start* devendría en un periodo “de pruebas” durante el cual la persona que pretende beneficiarse de dicha liberación aún debe continuar pagando a sus acreedores, finalizando definitivamente el citado procedimiento por el cumplimiento del deudor de sus obligaciones de pago durante el periodo estipulado⁵⁰; por el incumplimiento, en cuyo caso el beneficio de la liberación de deudas desaparecería⁵¹; o por cumplimiento anticipado, esto es, es posible incentivar al deudor para obtener un mayor número de ingresos mediante la reducción correlativa del periodo de tiempo durante el cual una parte de lo que obtenga se

destina al pago de sus deudas anteriores a la aplicación del *fresh start*⁵².

Para controlar el correcto funcionamiento del deudor liberado durante el periodo de tiempo en que se le obligue a destinar parte de sus ingresos al pago de las deudas aún pendientes, la mayoría de las legislaciones introducen la figura de un fiduciario⁵³ –que parece recomendable que coincida con la persona del administrador concursal, tanto por las similitudes de una ocupación y otra, como por su conocimiento de los antecedentes del caso concreto- que administra el patrimonio –la parte embargable- del deudor liberado en aras de obtener la satisfacción de los deudores durante el comúnmente denominado periodo “de buena conducta”⁵⁴.

No obstante lo dicho, a pesar de que, en principio, transcurrido ese periodo de buena conducta, el deudor quedaría definitivamente liberado, esta afirmación debe puntualizarse para señalar que, por lo general existe una serie de deudas cuya exoneración definitiva no suele admitirse⁵⁵, como suelen ser las obligaciones de pago derivadas de la comisión de algún ilícito

50 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 213

51 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 127

52 ÁLVAREZ VEGA, M^ª Isabel: “*La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*”. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 103

53 ÁLVAREZ VEGA, M^ª Isabel: “*La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*”. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 556

54 SERRANO GÓMEZ, Eduardo et al.: “*Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física*”, en CUENA CASAS, Matilde: “*Familia y concurso de acreedores*”. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. Pp. 86-87

55 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pp. 222-223

doloso o aquellas otras relacionadas con los derechos personalísimos de terceros, tales como pueden ser las obligaciones de alimentos entre familiares, pensiones compensatorias, etc.⁵⁶.

Así mismo, también habrá de puntualizarse que si bien el deudor en cuestión queda liberado del pago de la deuda a través del *fresh start*, esto no significa que la deuda quede automáticamente extinguida, sino que la misma persiste y únicamente no le será exigible su pago al deudor liberado. Esto tiene evidentes repercusiones en aquellas deudas en las que existan otros codeudores, los cuales continuarán obligados al pago, razón por la cual se puede dar el caso –y se da– de que deudores exonerados de sus obligaciones de pago acaben abonando lo adeudado para proteger a los otros codeudores o, simplemente, porque a quien se adeuda es un familiar o un amigo a quien voluntariamente se quiere pagar. Así mismo, habrá de advertirse que la liberación de deudas no constituye una condonación, ya que mientras que una condonación se produce por voluntad del acreedor, la liberación se caracteriza precisamente por operar de espaldas al acreedor, por ministerio de la ley y de forma independiente a los deseos del acreedor⁵⁷, si bien es cierto que el efecto final será el mismo: la no exigibilidad del pago de la deuda al deudor liberado/condonado⁵⁸.

Para terminar con esta sucinta descripción de los caracteres propios de la figura del *fresh start*, resulta imprescindible exponer, siquiera brevemente, los requisitos de acceso a dicha institución que suelen emplearse con el fin de controlar y limitar los abusos en su aplicación y funcionamiento, para lo cual se empleará el siguiente epígrafe.

56 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 137-138

57 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 138-139

58 SERRANO GÓMEZ, Eduardo et al.: “*Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física*”, en CUENA CASAS, Matilde: “*Familia y concurso de acreedores*”. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. Pp. 45-46

5.- Control de los abusos en la aplicación y funcionamiento del *fresh start*

Prácticamente todos los ordenamientos jurídicos europeos⁵⁹ coinciden en subordinar la figura de la liberación de deudas al cumplimiento de unos determinados requisitos⁶⁰, que a su vez pueden sintetizarse todos ellos en la comprobación de la existencia de una actitud, por parte de quien pretende beneficiarse de ella, tendente a la satisfacción de los acreedores. En los ordenamientos en los que la institución de la liberación de deudas se encuentra más consolidada, los citados condicionantes o requisitos se aplican con carácter previo a que entre en funcionamiento la liberación. Así, básicamente, se tratará de comprobar cuál ha sido el comportamiento del deudor a lo largo de toda su trayectoria pasada y, muy especialmente, en los momentos circundantes a la declaración de concurso, para estimar si es aceptable, por legítima, la aplicación de la institución del *fresh start*.

Por otra parte, resulta propio de ordenamientos en los cuales la liberación de deudas se admite con ciertas cautelas la subordinación de la consumación de dicha liberación al perfecto cumplimiento de un plan de pagos de lo que aún queda adeudado durante un determinado periodo de tiempo, al cabo del cual, el deudor definitivamente quedará liberado. Se busca así evitar una brusca introducción de este sistema en nuestro ordenamiento, controlando la buena fe del deudor incluso durante el periodo de “ejecución” de la liberación. Puesto que este control, posterior a la declaración de liberación de deudas ya ha sido comentado en el anterior epígrafe, pasaremos a tratar brevemente los mecanismos de control previo a la declaración de liberación que más habitualmente se aprecian en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Esencialmente, el sistema de control previo al acceso al beneficio de la liberación de deudas no difiere demasiado del régimen de calificación de los concursos que existe en el ordenamiento jurídico español. Así, en líneas generales puede afirmarse que en aquellos concursos que reciban la calificación de culpables, el concursado carecerá de acceso a la institución de liberación de deudas, mientras que en aquellos otros casos en los que se califique como fortuito se permitirá la liberación.

59 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 202

60 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 136

Así, por ejemplo, se excluirá del acceso a la liberación de deudas a todos aquellos que con su conducta hayan ocasionado o agravado la situación de insolvencia⁶¹, o para aquellos que hayan sustraído u ocultado parte del patrimonio, o para aquellos otros que hayan ocultado información, o para los que no hayan solicitado el concurso de forma

tempestiva⁶².

A estos criterios de acceso debemos añadir uno particular de la institución del *fresh start* como es que el deudor que pretende acceder al mismo no se haya beneficiado del mismo en un periodo determinado de años⁶³, entendiéndose que la reiteración del acceso a la liberación de deudas en un periodo breve de tiempo implica un uso abusivo del mismo o, al menos, revela una actitud en cierta forma negligente en la manera de gestionar la economía particular.

6.- Naturaleza y filosofía del *fresh start*

Una vez descrito tanto el marco del problema al que se pretende dar solución a través del *fresh start* y descritas someramente también las características esenciales de dicha institución jurídica, podemos adentrarnos sin mayores preámbulos en lo que pretende ser el núcleo de la presente exposición, esto es, tratar de describir, desde el punto de vista subjetivo de quien escribe estas palabras, la naturaleza de los fundamentos filosófico-jurídicos que fundamentan esta institución.

Actualmente, los ordenamientos jurídicos occidentales se dividen en esta materia entre aquellos –fundamentalmente los anglosajones⁶⁴- que contemplan el endeudamiento y la potencial insolvencia no como un fracaso, sino como un riesgo de la actividad económica de unos individuos en los que una sociedad que confíe en la iniciativa individual y en los emprendedores como motores de su economía debe confiar; y aquellos otros que, todavía marcados por ciertos tabúes morales del

61 SERRANO GÓMEZ, Eduardo et al.: “*Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física*”, en CUENA CASAS, Matilde: “*Familia y concurso de acreedores*”. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 35

62 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pp. 214-218

63 SERRANO GÓMEZ, Eduardo et al.: “*Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física*”, en CUENA CASAS, Matilde: “*Familia y concurso de acreedores*”. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 35

64 TOMILLO URBINA, Jorge et al.: “*El futuro de la protección jurídica de los consumidores*” en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio.: “*La insolvencia de las familias*”. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008. P. 208

pasado, continúan viendo la insolvencia no como una contingencia del tráfico económico, sino como una situación reprobable desde un punto de vista moral⁶⁵, siendo esta perspectiva más propia de los sistemas continentales del norte de Europa que, paradójicamente, se están adaptando de una forma más ágil y dinámica que por ejemplo el derecho español a las corrientes del derecho anglosajón que parecen imponerse en los últimos tiempos⁶⁶.

Desde la primera de estas perspectivas, se entiende como lógico que el mercado, la comunidad, debe socializar el riesgo que asume el emprendedor, siendo esta la única manera de que la iniciativa individual continúe siendo fuerte y operante como motor de la economía⁶⁷. El denominado “fracaso” económico constituye un fenómeno natural y humanamente comprensible, que puede acontecer a cualquiera y no únicamente a los que con su conducta imprudente se abocan irremediamente a él⁶⁸. Por ello, la regulación de esta sociedad no debe desincentivar el espíritu y la capacidad productiva de los emprendedores, ni por el miedo a contraer unas deudas que aten el futuro del deudor para toda la vida, miedo que puede surgir antes de la declaración e inicio de una actividad, como por el efecto de que, una vez consumado el fracaso económico y declarado el concurso, este deudor persona física quede totalmente inválido para desarrollar cualquier actividad económica productiva al saber que los rendimientos que de dicha actividad obtenga le serán apropiados por los acreedores que aún le persigan del pasado. Por el contrario, una sociedad de este tipo tiene claro que debe ofrecer una nueva oportunidad a todos estos emprendedores que fracasan para que puedan volver a intentar iniciar una nueva actividad empresarial, enriquecedora para ellos mismos y enriquecedora así mismo para su sociedad⁶⁹.

Por el contrario, los partidarios de la segunda postura continúan dotando a la insolvencia de un cierto cariz moral, identificando de forma, si se me permite la expresión, un tanto arcaica, la insolvencia económica con una actitud derrochadora y descuidada de quien incurre en tal

65 ÁLVAREZ VEGA, M^a Isabel: *“La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”*. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 104

66 CUENA CASAS, Matilde. *“Fresh start y mercado crediticio”*. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. Pp 5-6

67 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 168

68 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 204

69 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 26

situación y que, por tanto, tal comportamiento resulta merecedor de un castigo como puede ser la pérdida del patrimonio y la posterior situación de “indigencia” económica, como puede calificarse la situación de quien se ve privado de realizar cualquier actividad empresarial-laboral en el futuro.

A mi juicio, esta segunda visión descrita es la que aún colea en algunos ordenamientos que apuestan por conceder el beneficio del *fresh start* únicamente a las personas físicas que, como consumidores, han quedado en una situación de insolvencia, pero no a aquellas personas físicas que han caído en tal situación producto de su actividad empresarial o profesional⁷⁰. En mi opinión, se cae en un, desde mi punto de vista, injusto paternalismo al conceder a los primeros tal beneficio, como si se tratara de “ovejas descarriadas” que fruto de las desinformaciones y las influencias externas han sido conducidas a tal situación, no admitiéndose tal beneficio para los profesionales que, con una mayor formación, han de ser conscientes de cuáles son los riesgos a los que se enfrentan en el tráfico mercantil⁷¹. Por tanto, no hay realmente una confianza en la actividad empresarial ni en la iniciativa privada que merezca ser tutelada, sino, en todo caso, un fuerte componente de desaprobación moral hacia el endeudamiento y sus consecuencias que recibirá su “justo castigo” y que únicamente podrá modularse en el caso de los consumidores, quienes, fruto de factores externos a su voluntad, han podido ser conducidos a una situación no querida de endeudamiento.

Desde mi punto de vista, la filosofía del *fresh start* no trata de implementar medidas paternalistas de protección a ciertas personas, sino de incentivar unas conductas que socialmente se han aceptado como positivas para el desarrollo de una sociedad. Para ello, será necesario permitir que quien no ha gozado de prosperidad en su negocio, bien por mala suerte, bien por su propia torpeza, tenga la oportunidad de comenzar de cero nuevamente. De hecho, esta filosofía es la que teóricamente opera en la Ley Concursal española cuando se prioriza –al menos en la Exposición de Motivos- la continuidad empresarial de la empresa⁷², como motor económico de la sociedad, y, al menos como un brindis de buenas intenciones antepone la viabilidad futura de la empresa a la satisfacción íntegra de los acreedores. Así mismo, en el caso de la finalización de un concurso de persona jurídica por medio de liquidación se acepta sin problemas que la misma se extinga y que

70 TOMILLO URBINA, Jorge et al.: “*El futuro de la protección jurídica de los consumidores*” en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio.: “*La insolvencia de las familias*”. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008. P. 296

71 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 147

72 BACHES OPI, Sergio et al.: “*Algunas reflexiones en torno al concurso de persona física*” en Dret Concursall. Revista Jurídica de Catalunya nº 4-2012. P. 163

sus socios puedan iniciar una nueva aventura empresarial bajo el manto de una nueva sociedad, sin verse atados por las deudas que la antigua sociedad hubiera contraído y no satisfecho.

Esta tesis que en este escrito se pretende defender se nutre de la manifiesta ineficiencia que ha demostrado la Ley Concursal española –al menos hasta la reciente reforma- para procurar una salida digna al deudor persona física. Se ha hecho evidente en España que sin liberación de deudas no hay estímulo real para que una persona física declare voluntariamente el concurso de acreedores. Esta ausencia de incentivos, a su vez produce un efecto pernicioso para la economía al retrasarse una declaración que resulta inevitable aumentando la bola del endeudamiento a costa de implicar a familiares y amigos, cuya economía es puesta en riesgo, y a costa también de beneficiar la posición de los acreedores más fuertes –los bancos- que aumentarán sus créditos o sus garantías con la correlativa disminución de la del resto de acreedores de menor tamaño⁷³.

Si tenemos en cuenta que para el deudor el concurso solo tiene sentido si concluye mediante convenio, pues de lo contrario, con la liquidación, ningún beneficio obtendría al continuar obligado al pago del resto de lo adeudado; y que la culminación del concurso mediante convenio es prácticamente una utopía, dado que los acreedores no estarán dispuestos a renunciar al cobro de la totalidad de su crédito, si tienen la oportunidad de no hacerlo mediante la liquidación del patrimonio y mantenimiento indefinido del crédito por la cantidad que no se alcance a cubrir, observamos que la regulación del concurso de persona física sin *fresh start* resulta totalmente ineficiente.

No obstante la realidad teórica expuesta, debe matizarse la apariencia de que los acreedores disponen de todo el patrimonio futuro que el deudor pueda generar, pues en la práctica las entidades crediticias son concededoras que tras la declaración de concurso de la persona física, en adelante muchas de ellas funcionarán mediante testaferreros o en la economía sumergida, por lo que ellas también serán reacias a solicitar el concurso necesario. Si a todo esto sumamos los importantes costes económicos que entraña un procedimiento concursal, entenderemos el fracaso de la figura del concurso para resolver la insolvencia de la persona física sin liberación de deudas. Se hace evidente que debe regularse un incentivo como es el *fresh start* que permita una solución tempestiva y así beneficiar a los acreedores al encontrar un patrimonio menos deteriorado y aminorado⁷⁴.

73 ÁLVAREZ VEGA, M^a Isabel: “La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 552

74 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 203

7.- Críticas a la introducción de la institución del *fresh start*

Al margen de la visión que se ha calificado como “paternalista”⁷⁵ y cuyo efecto principal es el de tratar de limitar los efectos del *fresh start* a ciertos destinatarios, en este caso, a los consumidores, existen también otras líneas de pensamiento crítico hacia tal figura jurídica que obedecen a razones más de índole práctico⁷⁶.

Así, se ha escrito abundante literatura sobre los perniciosos efectos que puede tener la liberación de deudas sobre los tipos de interés, argumentando ciertos autores que, obviamente, las entidades financieras ante el aumento de posibilidades de no recuperar las cantidades prestadas en ciertos casos, corregirán esa disminución de la rentabilidad de su negocio elevando los tipos de la totalidad de los créditos que concedan con el fin de que la mayor remuneración para el banco de los créditos que son devueltos compense la pérdida que supone la no devolución de los concedidos a concursados con activos insuficientes para satisfacerlos. Visto desde el punto de vista de la ciudadanía, se produciría una socialización del riesgo de impago de unos, cuyo coste sería asumido por el conjunto de ciudadanos que acceden al crédito, quienes verían incrementado el precio que habrían de pagar por el dinero que se les presta⁷⁷. Otra posible consecuencia derivada de la introducción del *fresh start* en un ordenamiento y claramente ligada a la anterior es la posible restricción del crédito únicamente a aquellos que puedan ofrecer una garantía real a la entidad prestamista o, en casos excepcionales, a aquellos otros sobre los que la entidad financiera pueda realizar una previsión de su solvencia muy clara.

Las anteriores críticas si bien pueden entenderse desde la lógica como correctas, solo lo son parcialmente, puesto que omiten una parte de verdad que complementa dichas afirmaciones críticas y que si no las anula y voltea completamente, sí las mitiga sobremanera. Así, si bien los críticos del *fresh start* acogen los parámetros de la oferta y demanda propios de la economía liberal para estimar una subida de los tipos de interés, omiten o evitan hacer referencia a que la propia competencia generada por ese libre juego de la oferta y la demanda deparará una mayor lucha por parte de los oferentes -los bancos- por acaparar ciertos nichos de mercado, de forma que, si bien el análisis de cada consumidor por parte de las entidades financieras será mucho más exhaustivo y minucioso a la

75 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 147

76 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 153

77 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 149

hora de concederle un crédito, a buen seguro algunos de ellos tratarán de copar aquellos sectores del mercado que en un principio pueden ser despreciados por la mayoría de los oferentes por una mayor o menor inseguridad respecto a su solvencia futura, pero que con un estudio de mercado más ajustado -en el afán de captar ciertos clientes despreciados pero no despreciables- puedan ser asumidos como clientes por ciertas entidades menos conservadoras y con mayor capacidad para asumir ciertos riesgos, siempre, eso sí, sin caer en el crédito desmedido y despreocupado que se ha vivido estos últimos años. Por tanto, sin negar la posibilidad de que, al menos en un primer momento, los créditos se restrinjan a personas con una solvencia sobradamente acreditada o a aquellos que ofrezcan un inmueble en garantía del crédito, en nuestra opinión, el propio mercado dispondrá la aparición de ciertas entidades más dispuestas a realizar un tratamiento individualizado de cada cliente que conduzca a la concesión de créditos a aquellos no que tengan almacenado previamente un patrimonio que ofrecer en garantía⁷⁸, sino que cuenten con un proyecto cuya perspectiva a ojos del avezado analista del banco resulte viable⁷⁹.

Además, quizá sería interesante importar el sistema de *credit score* norteamericano⁸⁰, como base de datos -al estilo de la que en España se conoce como CIRBE- en la que se recojan no solo los créditos fallidos o impagados de cada individuo, sino también aquellos que haya solicitado y haya devuelto. Este sistema permite tener una información más global de cada potencial deudor que la que actualmente se tiene en España, facilitando la concesión de los créditos a tipos de interés personalizados en función de la solvencia que a través de, entre otros medios, la base de datos de *credit score*, haya logrado acreditar cada solicitante de crédito. Así, el precio del dinero dependerá del riesgo de cada solicitante, atenuándose o eliminándose de esta manera la mutualización del riesgo anteriormente aludida que, por ciertos sectores ideológicos, pudiera ser desaprobada⁸¹. Es cierto, como han señalado algunos autores, que este registro puede suponer una intromisión hasta cierto punto ilegítima en el derecho a la privacidad, el honor y la intimidad de los individuos, pero siempre que el registro se use como un medio para proteger al consumidor, se contengan en él solo los datos determinantes para enjuiciar su solvencia económica, el acceso a dichos datos solo sea

78 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 119

79 CUENA CASAS, Matilde. *“Fresh start y mercado crediticio”*. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. P. 33

80 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pp. 133-141

81 CUENA CASAS, Matilde. *“Fresh start y mercado crediticio”*. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. P. 48

posible para aquellos terceros que acrediten una justa causa para conocer la solvencia de la persona en cuestión, dichos datos sean veraces y puedan ser corregidos en su caso por el deudor en cuestión, dicha intromisión, que es cierto que se producirá y que será mayor que si solo se registraran los créditos impagados, se podrá considerar proporcionada⁸².

En último lugar respecto a las críticas hasta ahora señaladas, no resulta baladí cuestionarse si la introducción del *fresh start* en nuestro sistema realmente produciría una reducción de las cantidades recobradas por los bancos, máxime si atendemos a que en la actualidad aquellas cantidades que no se recuperan mediante la liquidación concursal en contadas ocasiones les son reintegradas con posterioridad⁸³. Esto nos lleva a pensar que la nueva regulación con la introducción de la liberación de deudas no hará disminuir las cantidades que recuperen las entidades bancarias y sí, por el contrario, reducir los costes que la realización de ciertas maniobras de recobro infructuosas para ellos suponía. En esta tesitura, resulta cuanto menos cuestionable defender como insalvable la subida de los tipos de interés para el supuesto de introducción del *fresh start* en un ordenamiento y plantearnos si este no es más un pretexto que desde ahora están difundiendo las entidades bancarias a fin de justificar una futura subida de los tipos de interés. De hecho, en Estados Unidos, las entidades bancarias presionaron enormemente con el propósito de modificar el sistema imperante en el sentido de reducir la aplicación del *fresh start*⁸⁴ y en España, así mismo, también han presionado al máximo para limitar la aplicación de dicha figura⁸⁵. Los bancos critican la irresponsabilidad de los consumidores al contraer deuda, pero ocultan la alta rentabilidad que ellos han obtenido de ese sobreendeudamiento.

Por otra parte, se ha comentado también la posible comisión de abusos por parte de los deudores en los impagos de los créditos recibidos al amparo de una normativa que les permite eximirse del pago de unas deudas y comenzar de cero sin ningún pasivo aun no habiendo pagado la mayor parte de lo adeudado.

A este respecto, las estadísticas existentes en los países en los que ya se ha implantado el *fresh start* demuestran que dicha institución no provoca que aumenten las situaciones de

82 CUENA CASAS, Matilde. “*Fresh start y mercado crediticio*”. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. Pp 34-35

83 CUENA CASAS, Matilde. “*Fresh start y mercado crediticio*”. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. Pp. 29-30

84 ÁLVAREZ VEGA, M^a Isabel: “*La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*”. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 111

85 CUENA CASAS, Matilde. “*Fresh start y mercado crediticio*”. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. P. 27

insolvencia, sino que simplemente aumentará el número de concursos de persona física porque dichos concursos con *fresh start* constituirán un remedio válido para solucionar las situaciones de insolvencia, lo cual antes no sucedía, por lo que, debido a este motivo, las declaraciones de concurso aumentarán, pero no porque aumenten las situaciones de insolvencia, sino porque habrá más situaciones de insolvencia cuya solución se encauce a través de la declaración de concurso⁸⁶. Además, por regla general y sin perjuicio de que puedan darse excepcionales casos de abusos, la situación de insolvencia proviene de una dificultad financiera generada, al menos en el caso de la crisis actual, por las políticas de un mercado crediticio “generoso” y no tanto por una actitud temeraria de quien solicita el crédito⁸⁷. No olvidemos, la terminación del concurso por liquidación le aboca a la pérdida de todo lo ganado hasta ese momento, lo cual en modo alguno se puede entender que cause indiferencia a aquel que cae en la insolvencia. En otras palabras, las entidades financieras son responsables principales de unas políticas de incentivación del crédito que han conducido a un consumo desmesurado. El sobreendeudamiento irresponsable es consecuencia de una concesión irresponsable de crédito⁸⁸.

En cualquier caso, a pesar de lo dicho, no se obvia que, efectivamente, existen y existirán casos excepcionales de mala praxis por parte de los particulares que haciendo un uso abusivo de la institución que analizamos se aprovechen de su existencia en el tráfico ordinario con fines espurios. En estos casos, no hemos de olvidar, como ya se ha expuesto, que el acceso a la liberación de deudas no es automática, sino que exige un control previo a la declaración de liberación que en algunos casos puede prolongarse incluso con posterioridad a dicha declaración. Así, de la misma manera que se controla y califica un concurso como fortuito o culpable, se distinguirá entre el endeudamiento activo, asimilable al doloso e incluso al negligente; y el endeudamiento pasivo que ha tenido lugar por causas ajenas a la voluntad del deudor, condicionándose el acceso al *fresh start* a que el endeudamiento haya sido del segundo tipo⁸⁹. Ello no obstante, no debe excluirse *a priori* una eventual protección de situaciones de sobreendeudamiento no directamente provocadas por una fatalidad sobrevenida a la asunción de créditos, sino a una no estrictamente diligente previsión y organización del presupuesto familiar o personal, entroncado esta tesis con lo que ya se expuso

86 CUENA CASAS, Matilde. “*Fresh start y mercado crediticio*”. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. P. 31

87 CUENA CASAS, Matilde. “*Fresh start y mercado crediticio*”. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. P. 26

88 CUENA CASAS, Matilde. “*Fresh start y mercado crediticio*”. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. P. 16

89 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pp. 31-32

respecto a la filosofía de proteger no solo al “consumidor desamparado”, sino también al emprendedor que adopta una iniciativa y que, por circunstancias no siempre controlables por él, fracasa en el plano económico.

Por otra parte, también critica un sector de la doctrina el efecto expropiatorio⁹⁰ que tiene sobre los derechos de crédito el *fresh start* con el consiguiente debilitamiento de la posición jurídica de los deudores, contradiciéndose el principal objetivo del derecho concursal en España que es la satisfacción de los acreedores⁹¹. Es más, algunos comparan esta liberación de deudas con una suerte de sanción⁹² frente al acreedor por no haber sido diligente al estudiar con más cuidado a quién concede un crédito, siendo visto en consecuencia el *fresh start* ya como sanción ya como expropiación, como una figura totalmente ilegítima⁹³.

Frente a esta crítica, el sector de la doctrina opuesto desarrolla una labor argumentativa apoyada en el espíritu social que co-preside el denominado Estado del Bienestar. Así, se argumenta que la condonación forzosa de ciertos créditos, por los motivos ya expuestos, se produciría igualmente si la misma se institucionaliza legalmente o no (liquidado el patrimonio del deudor, este no generará nuevo patrimonio acreditable por sus acreedores), por lo que, en consecuencia, el *fresh start* carecería de una repercusión relevante para los acreedores, mientras que para los deudores contaría con un efecto trascendental al ser estos reactivados para el tráfico mercantil, derivando de esto un beneficio para la economía en general⁹⁴. Por otra parte, “desahuciado”, el deudor en nada beneficia los acreedores, que de esta manera no van a recuperar su crédito, mientras que rehabilitado puede que al menos alguna cantidad les sea satisfecha finalmente a los acreedores, o al menos, el no hundimiento de la sociedad de consumo les reportará un beneficio indirecto⁹⁵. Al mismo tiempo el *fresh start* constituiría una medida disuasoria de políticas de fomento e incremento

90 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 207

91 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 146

92 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: “*El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*”. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 139

93 SERRANO GÓMEZ, Eduardo et al.: “*Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física*”, en CUENA CASAS, Matilde: “*Familia y concurso de acreedores*”. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 61

94 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: “*El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*”. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 206

95 CUENA CASAS, Matilde. “*Fresh start y mercado crediticio*”. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011. P. 14

irreflexivo del nivel de crédito y endeudamiento, implicando a los propios acreedores en la consecución de una solución convencional conveniente a la crisis, evitando retrasos a la declaración del concurso convirtiéndolo en algo poco atractivo e ineficaz.

La rehabilitación del deudor como miembro productivo para la sociedad constituye sin duda un valor a considerar en términos de beneficio para la comunidad con independencia de que por sí sola considerada su recuperación *per se* ya constituiría a mi juicio un valor deseable. De la misma manera que en su día se consideró desproporcionada la prisión por deudas, quizá también haya llegado el momento de dar un paso más y considerar que la situación de marginación en la que quedaría una persona que adeuda para el resto de su vida es igualmente desproporcionada. En palabras de algún autor, se puede considerar que tal situación constituye la “muerte social” del individuo que se ve obligado a vivir en una situación de semiclandestinidad, con recursos obtenidos de la economía sumergida y a través de testaferros⁹⁶.

Es cierto que el *fresh start* ha tenido tradicionalmente especial difusión en aquellos

países con un Estado Social débil, como ha podido suceder con los Estados Unidos, que, careciendo de un sistema social público que se haga cargo de estas personas “inválidas” para el tráfico económico y mercantil, ha dispuesto en su ordenamiento jurídico de recursos supuestamente suficientes para que la propia sociedad desde el ámbito privado conceda la oportunidad a los individuos de rehabilitarse para seguir siendo activos para la vida económica de su sociedad. Esta realidad ha llevado a algunos autores a excluir la aplicación del *fresh start* en aquellos Estados en los que el sistema público ya ampara al colectivo del que hablamos.

A mi modo de entender, la respuesta a este planteamiento debe ser que, indudablemente, el estado social no puede ni debe excluir la posibilidad de que la sociedad se autorregule y corrija las desviaciones que se produzcan sin intervención directa del Estado. En primer lugar, porque para bien o para mal los países occidentales se basan en economías liberales, por lo que, existiendo en las mismas sus propios mecanismos de autocorrección de las desviaciones que en su seno se produzcan, no hay motivo alguno para evitar que los mismos entren en funcionamiento. En otras palabras, si la propia economía liberal dispone de un potencial remedio para corregir la crisis que se produce en su funcionamiento, el primer recurso al que se debe acudir es este, entendiéndose siempre que la segunda oportunidad y la facilidad para emprender constituyen los motores

96 BACHES OPI, Sergio et al.: “*Algunas reflexiones en torno al concurso de persona física*” en Dret Concursall. Revista Jurídica de Catalunya nº 4-2012. P. 166

fundamentales de tal modelo de economía. Y en segundo lugar, porque los Estados del Bienestar son al mismo tiempo capitalistas y sociales, lo cual implica que la existencia de un remedio “liberal” no tiene por qué excluir su complementación con un remedio “social”. Y viceversa. El Estado Social debe velar por proporcionar el mayor nivel de bienestar a sus ciudadanos, por lo que si dispone de un primer remedio, el liberal, y un segundo, el social, para el caso de que el primero no sea suficiente, se estará dotando de una respuesta más satisfactoria a la demanda social que realiza la ciudadanía.

En el fondo , si dejamos a un lado los intereses de las grandes corporaciones bancarias, parece evidente que analizando la problemática tanto desde la perspectiva del afectado individualmente, como desde la perspectiva del beneficio para el conjunto de la sociedad, la conclusión a la que se llega es que la no liberación de deudas no entraña ningún beneficio para ningún operador, mientras que la rehabilitación del deudor genera beneficios tanto a nivel microeconómico como en términos macroeconómicos.

8.- Conclusiones

A la vista de lo expuesto, cabe concluir, en primer lugar, que la introducción de la institución del *fresh start* en un ordenamiento jurídico entraña indudables beneficios para el deudor insolvente en particular, que dichos beneficios se extienden también a la sociedad en la que se integra dicho deudor y que en modo alguno las consecuencias para los acreedores son tan nefastas como en algunos casos ciertos autores contrarios a la doctrina de la liberación de deudas mantienen.

Desde la perspectiva del estado social y de bienestar, ha de considerarse positiva una política que abunde aún más en la protección de los ciudadanos ante situaciones de crisis económicas individuales o colectivas y que complemente los mecanismos de protección ya existentes en tales estados. Igualmente, desde la perspectiva del estado liberal y capitalista, una política que permite a un individuo que por causas diversas ha experimentado un fracaso económico en su aventura empresarial rehabilitarse y constituirse nuevamente en un elemento productivo para su sociedad debe ser celebrada tanto por el incentivo que resulta para que surjan nuevos emprendedores, como por el efecto reactivador que puede surtir en una economía que experimenta tendencias recesivas.

Por otro lado, la concreta solución que ha sido planteada a lo largo del presente escrito, la institución de la liberación de deudas, en modo alguno puede ser exclusiva o excluyente de otras muchas con las que debe ser combinada, no solo las políticas sociales que ya han sido aludidas, sino

también -y más vinculado con la temática que analizamos- una correcta política preventiva en el ámbito financiero en el que tanto el banco, desde su posición de preeminencia de conocimientos jurídicos, económicos y culturales⁹⁷, como el consumidor, desde su mayor conocimiento de sus circunstancias personales, desarrollen una labor de intercambio de informaciones totalmente honesta⁹⁸ que conlleve, en su caso, la concesión de un crédito solo en circunstancias viables, pudiendo imputarse la responsabilidad de una concesión “equivocada” a aquella parte que no haya sido plenamente honesta en su función informativa. Cada una de las partes debe asumir las consecuencias desfavorables del incumplimiento de sus obligaciones en esta fase preventiva y ello tendrá una repercusión en su responsabilidad en caso de que el deudor sea declarado en concurso⁹⁹. De forma paralela, el desarrollo de registros de *credit score* puede facilitar en mucho esta tarea de análisis de la viabilidad de un crédito.

Así mismo, habrá de potenciarse también la figura de los mediadores¹⁰⁰ como promotores de la solución amistosa de conflictos derivados de impagos de cantidades adeudadas¹⁰¹. En Francia, por ejemplo, se han creado comisiones públicas gratuitas cuya misión es la de coadyuvar para tratar de alcanzar acuerdos entre deudores y acreedores¹⁰². No ha sido el propósito de este artículo analizar la mayor conveniencia de que los institutos de mediación que pudieran crearse sean de ámbito público (no olvidemos que existe un interés público que preservar como es la continuidad no solo de la empresa, sino de una persona que aun individualmente considerada continúa constituyendo un motor de la economía) o privado, contando ambas variantes con sus propias ventajas e inconvenientes. Lo que está claro es que esta potencial salida al conflicto sobrevenido entraña un sustancioso ahorro en el coste respecto al que representa la tramitación de un

97 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 141

98 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pp. 118-119

99 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 120

100 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pp. 155, 163 y ss

101 ÁLVAREZ VEGA, M^a Isabel: *“La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”*. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 103

102 FERNÁNDEZ CARRON, Clara: *“El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas”*. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008. P. 128 y ss.

procedimiento concursal¹⁰³ a la par que las alternativas que se podrán encontrar para solventar el conflicto a buen seguro serán más abiertas y menos encorsetadas que las planteables en sede concursal. La figura del mediador es óptima por cuanto evita que una de las partes, generalmente el acreedor, desde su posición de preeminencia económica utilice la negociación para reforzar aún más su posición¹⁰⁴ a costa del deudor o de otros posibles acreedores aprovechando la situación de necesidad en que en numerosas ocasiones se encuentra la parte deudora¹⁰⁵.

A modo de conclusión final, me gustaría acabar haciendo hincapié en el aspecto social que late tras la institución del *fresh start*, pues a pesar de que estoy convencido de que los argumentos que han de llevar a su adopción o no por parte de cada Estado son los de marcado carácter técnico-económico, esto es, si resulta conveniente para su economía y especialmente para evitar que las posibles crisis coyunturales devengan en estructurales la introducción de tal figura, pienso que también es legítimo -y necesario- plantearse un juicio ético-moral respecto a las difíciles, cuando no trágicas, situaciones que atraviesan numerosas familias consecuencia de la crisis que nos azota desde hace ya más de un lustro. Si en el siglo XX aprendimos que es Justo que el Estado ampare a personas enfermas o desempleadas, ¿no debe servirnos el momento de cambio que vivimos para mostrarnos que también aquellas personas a las que el sistema ha impulsado a desarrollar actividades empresariales bajo su iniciativa individual para mayor gloria del propio sistema han de ser protegidas cuando no su conducta temeraria sino las propias circunstancias generadas por el propio sistema les dan la espalda?¹⁰⁶

Desde mi punto de vista, caminamos cada vez más hacia un sistema de organización social en el que, si bien las grandes corporaciones son criticadas o aplaudidas, dependiendo del prisma ideológico de cada uno, la pequeña empresa se admite cada vez más como un medio ideal para generar riqueza para el colectivo y como tal, constituye un motor básico del sistema, lo cual nos debe llevar no solo a la conclusión de que el sistema económico-jurídico debe preservarla para

103 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 181

104 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 157

105 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009. P. 121

106 ÁLVAREZ VEGA, M^a Isabel: *“La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”*. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010. P. 103

lograr su propia subsistencia, sino que, desde un punto de vista ético, el sistema (la sociedad, el estado) debe asumir como responsable las consecuencias negativas que pueda contener para sus miembros (los ciudadanos) el funcionamiento de unas actividades empresariales que la propia sociedad, en un momento dado, le ha pedido (exigido) que desarrolle.

9.- Bibliografía

ÁLVAREZ VEGA, M^a Isabel: *“La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”*. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010

BACHES OPI, Sergio et al.: *“Algunas reflexiones en torno al concurso de persona física”* en Dret Concursall. Revista Jurídica de Catalunya nº 4-2012

CUENA CASAS, Matilde. *“Fresh start y mercado crediticio”*. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2011

FERNÁNDEZ CARRON, Clara: *“El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas”*. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y GARCÍA DELGADO, José Luis: *“El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución”*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2009

SERRANO GÓMEZ, Eduardo et al.: *“Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física”*, en CUENA CASAS, Matilde: *“Familia y concurso de acreedores”*. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2010

TAMAYO HAYA, Silvia.: *“El sobreendeudamiento de los consumidores”* en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio.: *“La insolvencia de las familias”*. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008

TOMILLO URBINA, Jorge et al.: *“El futuro de la protección jurídica de los consumidores”* en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio.: *“La insolvencia de las familias”*. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008

ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA: LA RSC EN EL SECTOR MINERO EN EL PERÚ

**Mariela Casanova Claros¹⁰⁷*

Sumario: I.- Antecedentes. II.- La Responsabilidad Social Corporativa. 2.1.- Antecedentes. 2.2.- Desarrollo Internacional de la RSC. 2.3.- Desarrollo de la RSC en América Latina. 2.4.- Desarrollo de la RSC en el Perú. III.- Marco Estructural en el que se desarrolla la RSC en el Sector Minero. 3.1.- Antecedentes. 3.2.- Contexto en el que se desarrolla la RSC en el Perú: Problemática Social. 3.3.- Empresas Peruanas de Propiedad de Empresas Transnacionales. 3.4.- Situación Jurídica e Indicadores Económicos. 3.5.- Marco Regulatorio. 3.5.1.- Marco Regulatorio Internacional. 3.5.2.- Marco Regulatorio Nacional. IV.- Práctica de la Responsabilidad Social en el Sector Minero. V.- Situaciones Emblemáticas Opuestas. 5.1.- Caso Tintaya. 5.2.- Caso Yanacocha. VI.- La RSC como instrumento del Gobierno para regular la Conducta Empresarial. VII.- Conclusiones. VIII.- Algunas consideraciones. Bibliografía.

Palabras Clave: Responsabilidad social corporativa; responsabilidad social empresarial; ciudadanía corporativa; inversión social responsable; responsabilidad; derecho corporativo, sector minero; actividad minera en el Perú; compromiso de los stakeholders; desarrollo sustentable; Perú.

Key Words: corporate social responsibility; social responsibility; corporate citizenship; social responsibility investment; accountability; corporate law; mining sector; Peru mining activity; stakeholder engagement; sustainable development; Peru .

¹⁰⁷ Catedrática de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad San Martín de Porres, Abogado, Máster en Derecho de los Negocios por la Universidad Francisco de Vitoria – España, Máster en Administración Internacional de Empresas por la Universidad Politécnica de Madrid – España, Estudios de Máster en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Estudios de Postgrado en Derecho Mercantil y Civil por la Universidad de Salamanca – España y estudiante investigador en la Universidad de Glasgow, Escocia. Fue Coordinador de la Especialidad Corporativa de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, Lima-Perú así como Presidente del Centro de Estudios de Derecho Corporativo de la misma Facultad y últimamente Asistente del Director de la Sección de Posgrado de la USMP. Actualmente Presidente del Centro de Investigación en Derecho Corporativo. Gerente de Asesoría Legal de La Caja Rural Los Libertadores de Ayacucho.

Resumen

El incremento de conflictos sociales generados por el “boom minero” en América Latina y específicamente en el Perú revelan la nueva conciencia social y ambiental que está despertando en los ciudadanos peruanos, particularmente en los pobladores que se encuentran en torno a los proyectos mineros, y su derecho a exigir ser considerados dentro de los alcances que el impacto de la inversión minera genera y por tanto dentro de los posibles efectos adversos que la empresa debe preocuparse por minimizar cuando decide hacer su proyecto de inversión.

Estamos hablando esencialmente de un cambio en el modo de enfocarse en hacer empresa que se está demandando, de solo responsabilizarse en maximizar beneficios para los accionistas dentro de las obligaciones legales¹⁰⁸ hacia una responsabilidad más amplia que incluye a los demás actores que forman parte de la sociedad y tienen alcance dentro de sus efectos, los stakeholders así como, tener en cuenta el respecto al medio ambiente y al desarrollo social, lo que envuelve la denominada Responsabilidad Social Corporativa (en adelante RSC).¹⁰⁹

El propósito del presente artículo es explorar la opción de la RSC como una herramienta del gobierno, específicamente en el sector minero en el Perú, para regular la conducta empresarial y resaltar el costo que representa la falta de formulación por parte del gobierno de una política pública clara en RSC, que incluya a la ciudadanía dentro de la zona de influencia, los organismos gubernamentales y no gubernamentales y a la sociedad en su conjunto.

Abstract

The increase of social conflicts generated by the "mining boom" in Latin America and specifically in Peru reveals the new social and environmental awareness that is awakening in people, particularly in people who are around mining projects, and their rights to demand be considered within the scope that the impact of mining investment generates and hence within the possible adverse effects that the company must worry about to minimize when they decide to go on their investment project.

¹⁰⁸ M. Friedman, “The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits”, *New York Times Magazine*, 13 September 1970. Citado en McBanet D. (2007). *Corporate social responsibility beyond law, through law, for law: the new corporate accountability*. En McBarnet D. *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the law* (pág. 9). New York: Cambridge University Press.

¹⁰⁹ Ibid.

We are essentially talking about a shift in the way of focusing on making enterprise, from just profit maximization for shareholders within the legal obligations¹¹⁰ to a broader range of stakeholders as well as, respect to the environment and social development, which involves the so-called Corporate Social Responsibility (CSR hereafter).¹¹¹

The purpose of the present article is to explore the option of the RSC like a tool of government, specifically in the mining sector in Peru, to regulate the enterprise conduct in a country that by its economic situation needs the investments of the great companies but for that reason, it must not sacrifice social and environmental concerns that society demands; and to highlight the cost of the lack of formulation of a clear public policy in RSC, that includes citizenship within the zone of influence, governmental and nongovernmental organisms and the societal as a whole.

I. Introducción

Las empresas en su afán de expansión en busca de un crecimiento económico se han convertido en actores principales dentro de la economía mundial y nacional teniendo su actuación empresarial un impacto innegable dentro de la sociedad en donde desarrolla su actividad. Las transnacionales a través de la inversión que requieren los países en desarrollo no se escapan a ello, convirtiéndose en una fuente principal en economías como la peruana.¹¹²

De allí que, el papel de las empresas en el mundo económico se ha incrementado progresivamente, particularmente, el papel de las empresas transnacionales. Al iniciarse el siglo XX, el conjunto de las ventas de las 200 principales empresas superaba la suma de los ingresos de todos los países menos los 10 más grandes y más de 50 de las 100 principales economías mundiales eran empresas multinacionales y no países.¹¹³

¹¹⁰ M. Friedman, "The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits", *New York Times Magazine*, 13 September 1970. Citado en McBanet D. (2007). *Corporate social responsibility beyond law, through law, for law: the new corporate accountability*. En McBanet D. *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the law* (pág. 9). New York: Cambridge University Press.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Otoyá Calle, Johan y Mendivil Rivas, Eduardo (2003). Informe Anual sobre Responsabilidad Social Empresarial en Perú. Plades – Programa Laboral de Desarrollo. Pag. 8.

¹¹³ Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOUSL). Una Guía Sindical sobre la mundialización. Bruselas: 2001, p. 35. <http://www.uqt.es/globalizacion/quiamundializacion.pdf> del 30/01/2012. 8.50 p.m.

Está claro que la empresa tiene un rol estratégico en nuestras vidas, cuando decide si produce o no un nuevo producto o servicio, está ayudando a decidir la variedad de productos disponibles al consumidor; cuando decide invertir o no en una nueva planta y equipo, ayuda a determinar la tasa de progreso económico que influenciará en el empleo y precios; cuando decide cerrar una planta y mudarse a otro lugar, puede influenciar en la economía futura; cuando decide aumentar o reducir inventarios puede estar colaborando con la inflación o recesión acelerada; entre otros.¹¹⁴ Esta situación que advierte Bowen (1953), es en virtud a esa posición estratégica de las empresas y el poder en la toma de decisiones, y por ello, sostenía que, los empresarios u hombres de negocio están obligados a considerar las consecuencias sociales en sus decisiones y por tanto asumir su responsabilidad social (en adelante, responsabilidad social corporativa o RSC), el que dependerá del conocimiento técnico, económico y social pero además, también de los valores fundamentales u objetivos que se establece para ese orden económico, político y social.¹¹⁵

En consecuencia, la responsabilidad social asociada a las empresas no es algo nuevo, pero los vuelve a traer al tapete hechos como los de *Enron* a finales del año 2001, o *WorldCom* a mediados de 2002, en los que el problema del fracaso no estaba asociado al negocio mismo como es el de la energía o el de telecomunicaciones sino a fallas en el sistema contable de la compañía derivado de un manejo fraudulento con el fin de darle una condición financiera a la empresa que no tenía y a la falta de independencia en el sistema de auditoría para detectarlo o informarlo, entre otros; y luego, a la falta de reglas claras en esa materia para poder sancionar debidamente a los involucrados por lo sucedido que además fue reconocido, de alguna manera, por el gobierno de los Estados Unidos con la posterior emisión de la Ley *Sarbanes Oxley*.

Asimismo, casos como el reportado por *Christian Aid*¹¹⁶, en los que grandes compañías conocidas como la *British American Tobacco* o la *Coca-Cola* se jactaban, por un lado, de estar cumpliendo con su rol social responsable en su país de origen con cierto grado de desarrollo en responsabilidad social y supervisión de cumplimiento; y por otro, dentro del contexto de la

La CIOSL representa a 158 millones de trabajadores y trabajadoras de 231 organizaciones afiliadas, repartidas en 150 países y territorios. La CIOSL es asimismo miembro de la agrupación Global Unions (Sindicatos Mundiales): <http://www.global-unions.org>.

¹¹⁴ Bowen, Howard, "Responsabilidad Social en la empresa" (1953), pág. 4

¹¹⁵ Ibid, pág. 5

¹¹⁶ (Christian Aid (2004), Behind the Mask: *The real face of corporate social responsibility*, disponible en <http://www.christianaid.org.uk>. Rimmer, L. (2005) *BAT in its own words 2005*, ASH, disponible en <http://www.foe.co.uk/resource/reports/bat2005.pdf>.

globalización, su transnacionalidad hacia lugares de menor desarrollo y supervisión en responsabilidad social, aparentemente, les permitía ser laxos en su actuación social responsable.¹¹⁷ En el caso de *La British American Tobacco*, mientras se resaltaba la importancia de los altos estándares de salud y seguridad entre sus trabajadores, en Kenya y Brazil no pasaba así. La Coca-Cola por su parte, enfatizaba su responsabilidad en el uso de recursos naturales mientras que, en India, una subsidiaria suya era acusada de dejar sin agua a los del lugar, el que ya era un recurso escaso.

Igualmente, otro caso emblemático relacionado con la biodiversidad es el de *Nestle*, denunciado por Greenpeace, por utilizar como consumo de sus chocolates, principalmente del *Kit Kat*, aceite de palma extraído de la deforestación de los bosques tropicales de Indonesia por una empresa transnacional (Sinar Mas) que no se preocupada por el deterioro del medio ambiente de las comunidades locales y la destrucción del hábitat del orangután. Y así, varios otros casos que se han venido y se vienen dando en los diferentes ámbitos de actuación empresarial.

En América Latina, específicamente en el sector minero, lo trae a colación el surgimiento de conflictos sociales entre empresa y comunidades locales ante los grandes proyectos de inversión en la zona por parte de los primeros y el desarrollo de una identidad con derecho a ser consultado por parte de los pobladores que se encuentran en torno a dichos proyectos. Así, tenemos el caso de Esquel en Argentina o Sipacapa en Guatemala o también, específicamente en el Perú, los caso de Tambogrande, Rio Blanco y actualmente,

el proyecto Conga de la empresa Yanacocha.

Los casos expuestos revelan situaciones que se presentan durante la vida empresarial en las que la ley encontrará sus limitaciones para regularlas o sancionarlas al igual que en el caso las conductas humanas, que se hacen prácticamente imposible la regulación de todas. La ley no es la única herramienta del gobierno ni las regulaciones son la única manera de controlar las actuaciones de las empresas a través de la ley¹¹⁸, existen otros mecanismos para restringirlas o canalizarlas. La Responsabilidad Social Corporativa (en adelante RSC), se puede convertir y despuntar como ese instrumento que permite acortar la brecha que se origina entre las conductas empresariales

¹¹⁷ Disponible en <http://www.greenpeace.org/espana/es/Trabajamos-en/Bosques/Indonesia/El-cultivo-de-aceite-de-palma/>

¹¹⁸ McBarnet, D. (2007). *Corporate social responsibility beyond law, through law, for law: the new corporate accountability*. En D. McBarnet, *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the law* (pág. 55). New York: Cambridge University Press.

perfectamente reguladas por ley y las que no se encuentra sujetas a él, en pos de la maximización de los beneficios económicos pero con consideraciones éticas, sociales y medioambientales.

Puntualmente, considero que el sector minero es un área propicia para la sensibilización de la RSC por las características especiales que la actividad desarrolla¹¹⁹ y por la magnitud que sus efectos económicos trae en el país huésped. Ahora bien, el nivel de desarrollo que alcance la RSC dependerá a su vez, del grado de desarrollo, cultura, costumbre de cada sociedad que decida incorporarla.

El propósito del presente artículo es explorar la opción de la RSC como una herramienta del gobierno, específicamente en el sector minero, para regular la conducta empresarial en un país que por su situación económica necesita de las inversiones de las grandes empresas pero no por ello, tiene que sacrificar consideraciones sociales y medioambientales que la sociedad demanda; y resaltar el costo que representa la falta de formulación en el Perú de una política pública clara en RSC, que incluya a la ciudadanía dentro de la zona de influencia, los organismos gubernamentales y no gubernamentales y a la sociedad en su conjunto, como actores con participación activa convergiendo en una relación armónicamente articulada, dentro de un modelo de gobernanza en el que las exigencias económicas van de la mano con las sociales y medio ambientales que demanda el siglo XXI.

Empezamos el presente artículo haciendo una visión general de la RSC para luego situarla en el Perú, específicamente en el sector minero, en el marco estructural y práctica en la que se desarrolla. A continuación, se exponen dos ejemplos de implementación de RSC pero con resultados opuestos, el caso de la empresa Antamina y luego el de la empresa Yanacocha y se revisa las lecciones que ellos nos dejan a efectos de revelar los vacíos del marco jurídico existente versus la presión de un mercado económico más dinámico, para luego sugerir la promoción de la RSC como una herramienta que puede llegar a acortar esa brecha que se da entre la regulaciones y las conductas empresariales derivadas del dinamismo económico que no llegan a ser cubiertas por la ley, permitiendo la reducción de los costos de transacción derivados de su falta de fomento.

¹¹⁹ Int. J. Liability and Scientific Enquiry, Vol 4, No. 1, 2011, Casanova-Claros, Mariela

II. La Responsabilidad Social Corporativa

2.1. Antecedentes

Si bien la naturaleza interdisciplinaria de la RSC¹²⁰ no permite alcanzar un consenso en su definición, existen muchos trabajos haciendo referencia a ella en el que se pueden encontrar atributos comunes relacionados a preocupaciones sociales, medioambientales así como de derechos humanos; y, sin duda, el consenso de que se trata de compromisos voluntarios.¹²¹

La Unión Europea entiende la responsabilidad social corporativa como “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”¹²², extendiendo ampliamente su concepto al de “la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad”.¹²³

El Pacto Mundial de las Naciones Unidas, creada a iniciativa del Secretario General

Kofi Annan (1999), no obstante no define el concepto de RSC, los principios en que se basa, de alguna manera, delinea los compromisos que deben asumir las empresas y se agrupan en cuatro áreas que guían la RSC, Derechos Humanos, preocupaciones laborales y medioambientales así como, anticorrupción. Todos ellos, derivados de la Declaración de Derechos Humanos, Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.¹²⁴

La ISO 26000, la define como la responsabilidad de una organización por los impactos de sus decisiones y actividades en la sociedad y el medio ambiente, a través de una conducta transparente y ética que contribuye al desarrollo sustentable, incluyendo salud y bienestar; toma en cuenta las expectativas de los *stakeholders*, cumple las leyes y es coherente con las normas de conducta internacionales, y, lo integra en toda la organización y sus prácticas con los demás.¹²⁵

¹²⁰ Tully, S. (2005), “Preface”, Research Handbook on Corporate Legal Responsibility, United Kingdom.

¹²¹ Gliniski, C. (2007). “Corporate codes of conduct: moral or legal obligation?”, in McBarnet, D. (Ed.): The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and The Law, Cambridge University Press, United Kingdom.

¹²² COM (2001) 366, item 8, 20.

¹²³ COM (2011) 681 final. comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social Europeo y al Comité de las Regiones sobre “Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. Bruselas 15.10.2011.

¹²⁴ Pacto Mundial

¹²⁵ ISO/FDIS 26000: 2010(E) International Standard. Guidance on Social responsibility. Pág. 3.

En el Perú, la Ley General del Ambiente, Ley No. 28611, hace referencia a la RSC en su capítulo sobre empresa y medio ambiente, estableciendo que “El Estado promueve, difunde y facilita la adopción voluntaria de políticas, prácticas y mecanismos de responsabilidad social de la empresa, entendiendo que ésta constituye un conjunto de acciones orientadas al establecimiento de un adecuado ambiente de trabajo, así como de relaciones de cooperación y buena vecindad impulsadas por el propio titular de operaciones.”¹²⁶

Los ejemplos mencionados evidencian que la RSC está envolviendo un cambio en el enfoque de la responsabilidad corporativa de solo lograr una maximización de beneficios para los accionistas hacia una responsabilidad más amplia que incluye su dimensión interna y externa hasta los *stakeholders*.¹²⁷ Asimismo que, estamos frente a un concepto evolutivo que viene siendo acuñado hasta hoy como resultado de una preocupación constante entre la relación de empresa y sociedad, por el impacto que la primera genera en la segunda y que no empieza en este siglo.

Según Smith, la RSC empieza en 1920 y por la Gran Depresión y la II Guerra Mundial no prospera, sin embargo, sale a la luz en 1971 cuando Frank Abrams, Presidente de Junta de *Standard Oil* de New Jersey, publica en un artículo del *Harvard Business Review* que “era una obligación del hombre de negocio conducir los asuntos de la empresa en una forma de mantener armoniosamente equilibrado los reclamos de los grupos de interés directos y los accionistas, empleados, clientes y público en general”.¹²⁸

Para Carrol, la construcción del concepto empieza en los 50’s con Howard Bowen y su libro *Responsabilidades Sociales del Empresario* (o el hombre de negocios), que marca el periodo de la era moderna de la Responsabilidad Social Corporativa y le valió la denominación del Padre de la Responsabilidad Social Corporativa.¹²⁹ Luego, el autor agrega que en los 60’s se produjo un desarrollo en la literatura, mayormente por académicos para seguir proliferando en los 70’s. Los

¹²⁶ Ley No. 28611, artículo 78

¹²⁷ McBarnet, D. (2007) ‘Corporate social responsibility beyond law, through law, for law: the new corporate accountability’, in McBarnet, D. (Ed.): *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge University Press, United Kingdom. Pag.

¹²⁸ Frederick, W. (2006). *Corporation, be good! The story of corporate social responsibility*. Indianapolis: Dog Ear Publishing. Citado en Smith, Richard E. *Defining Corporate Social Responsibility: A Systems Approach for Socially Responsible Capitalism*. University of Pennsylvania.

¹²⁹ Carroll, A. B. (1999). *Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional construct*. *Business & Society*, 38; 268. Capturado de <http://bas.sagepub.com> at Glasgow University Library on March 18, 2010

80's no significó mucho desarrollo en el concepto; no obstante, los 90's sí transitó entre la incorporación de la teoría de los *stakeholder*, ética en los negocios, desempeño social corporativo y ciudadanía corporativa.

En resumen, estamos frente a una toma de consciencia de participación de las empresas como ciudadanos, asumiendo consideraciones sociales y medioambientales más allá del simple cumplimiento de las obligaciones legales; pero también, aparece como contraparte, un reforzamiento de identidad ciudadana de los demás actores que forman parte de la comunidad donde se desarrolla la empresa a efectos de hacer respetar el cumplimiento de esas consideraciones sociales y medioambientales, dentro de un sistema social cambiante y con expectativas que también estarán sujetas a esos cambios y la RSC con él.¹³⁰

2.2. Desarrollo Internacional de la RSC.

En muchas dimensiones, los países europeos están más comprometidos con la RSC que sus contrapartes los americanos.¹³¹ La Unión Europea ha tomado consciencia del rol vital que desempeña la RSC para alcanzar un desarrollo sostenible y una economía social de mercado altamente competitiva, lo que encontramos plasmado en los objetivos del tratado de la Unión Europea y en los de la Estrategia Europea 2020¹³², lo cual le ha permitido plasmar en documentos de trabajo, a partir del denominado Libro Verde, pensamientos organizados de diferentes sectores de interés, líneas de comportamiento, directrices y desarrollos en responsabilidad social corporativa, así como la disponibilidad de la empresas europeas de involucrarse voluntariamente. Son documentos de trabajo con grandes alcances y desafíos que van complementándose con otros en las diferentes áreas de preocupación.¹³³

De manera general, Europa, a diferencia de Estados Unidos se caracteriza por un desarrollo y promoción a nivel de políticas públicas, con la decisión de ser el líder en promover el comportamiento de responsabilidad social en las empresas además de su

¹³⁰ ISO/FDIS 26000: 2010(E) *International Standard. Guidance on Social responsibility.* pag. 5.

¹³¹ Vogel, David. (Washington, 2006). *The Revival of CSR in The Market for Virtue: The Potential and Liits of CSR.* Pag. 8.

¹³² Com (2011) 681 final, pag 4.

¹³³ Los principales documentos son :

¹³³ COM (2002) 347

COM (2001) 366, ítem 8, 20. *European Commission, Green Paper, Promoting a European framework for corporate social responsibility.*

preocupación en enfatizar que la conducta responsable de las empresas conducirá hacia el éxito empresarial sostenible¹³⁴. En Estados Unidos, la coordinación es a nivel empresarial, se caracteriza por un desarrollo y promoción del tema con una visión más pragmática y más libre.

Dentro de los grandes avances hacia la unificación de criterios que se está alcanzando en Europa tenemos que, en su última comunicación sobre la RSC, denominada Estrategia renovada de la UE para 2011-2014, resalta al Pacto Mundial de las Naciones Unidas¹³⁵, a las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo - OCDE para las empresas multinacionales¹³⁶ y a la Norma Guía ISO 26000¹³⁷, como los conjuntos de principios y directrices más reconocidos a nivel internacional.¹³⁸ Asimismo, en esta comunicación se invita a los Estados miembros a revisar para mediados de 2012, sus planes nacionales de acciones prioritarias para promover la en apoyo de la estrategia 2020.

Estos principios son particularmente importantes cuando de transnacionales se trata. El objetivo es que donde quiera que vaya la transnacional se lleve consigo las buenas prácticas y

¹³⁴ COM (2002) 347.

¹³⁵ El Pacto Mundial (Global Compact) es una iniciativa de la Organización de las Naciones Unidas que tiene como objetivo que las empresas se comprometan con diez principios de desarrollo sustentable basados en cuatro ámbitos: los derechos humanos, el trabajo, el medio ambiente y la erradicación de la corrupción. Creado en enero de 1999 a iniciativa de Kofi Annan, Secretario General de Naciones Unidas, quien propuso por primera vez la idea ante el Foro Económico Mundial de Davos, con el objetivo de impulsar la “adopción de principios y valores compartidos que den un rostro humano al mercado mundial”, promoviendo la construcción de los pilares social y ambiental necesarios para mantener la nueva economía global. Estos desafíos tienen su origen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de la organización Internacional de Trabajo, la Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

<http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/index.html>

¹³⁶ Son Directrices para empresas multinacionales que representa las expectativas de los gobiernos de países en los que están las sedes de las empresas multinacionales más grandes del mundo a seguir los lineamientos que allí se señalan. Las líneas directrices de la OCDE -elaboradas en 1976 y revisadas en el año 2000- para empresas multinacionales, contienen recomendaciones sobre aspectos sociales y ambientales realizadas por 33 gobiernos a compañías internacionales procedentes de países miembros o con operaciones en sus territorios.

¹³⁷ ISO 26000 –Propuesta por la Organización Internacional para la Estandarización que provea una guía para la Responsabilidad Social.

¹³⁸ COM (2011) 681, pág. 16

políticas en RSC de su matriz aún los países huésped tengan normas laxas o su grado de madurez en RSC no esté desarrollado.

2.3. Desarrollo de la RSC en América Latina

En América Latina, poco se ha escrito sobre la responsabilidad social corporativa¹³⁹, sin embargo, se han realizado estudios sobre su grado de implementación en los diferentes sectores del país, como los de Centrum Católica¹⁴⁰, Plades¹⁴¹, Oxfam¹⁴², entre otros, los que están siendo tomados como referencia a lo largo del presente trabajo.

Un estudio reciente realizado por Centrum, buscando un diagnóstico de la RSC en el Perú, encuentra un resultado interesante, que “la sociedad civil aún no adquiere los suficientes conocimientos ni desarrolla capacidades y acciones que incidan en las empresas y sus organismos corporativos de forma que se guíen por una concepción en lo ético, financiero y ambiental”¹⁴³; sin embargo, menciona el estudio que, se encuentran organizaciones como la red EMPRESA¹⁴⁴ y la red regional del Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible: *World Business Council for Sustainable Development (WBCSD)*¹⁴⁵ que están presentes desarrollando el tema y a la fecha del estudio, 118 compañías de la región se habían adherido al Pacto Mundial (*Global Compact*).¹⁴⁶

¹³⁹ Goñi Avila, Niria, Marquina Feldman, Percy et al (2011). Diagnóstico de la Responsabilidad Social en Organizaciones Peruanas: Una Aproximación Interinstitucional y Multidisciplinaria. CENTRUM – Pontificia Universidad Católica del Perú. Pag. 27.

¹⁴⁰ El Centro de Estudios de Responsabilidad Social, Emprendimiento y Sostenibilidad es el centro responsable de promover, orientar y facilitar información relacionada con temas de Emprendimiento y las mejores prácticas de Responsabilidad Social. Creada en el 2005.

¹⁴¹ Plades, Programa Laboral de Desarrollo, es una ONG peruana fundada en 1991 para abordar la problemática laboral del país y la región andina.

¹⁴² Oxfam América forma parte de Oxfam Internacional, una confederación de 13 organizaciones que trabajan en conjunto con 3000 organizaciones locales en más de 100 países, para encontrar soluciones definitivas a la pobreza, el sufrimiento y la injusticia.

¹⁴³ Goñi Avila, Niria, Marquina Feldman, Percy et al (2011). Diagnóstico de la Responsabilidad Social en Organizaciones Peruanas: Una Aproximación Interinstitucional y Multidisciplinaria. CENTRUM – Pontificia Universidad Católica del Perú. Pag. 27.

¹⁴⁴ La Red se formó en 2003 y está dedica a “promover una cultura de responsabilidad social en la cual se suman esfuerzos para construir un Perú próspero, pacífico y justo.” El propósito de la red es compartir información entre los miembros del sector gobierno, sociedad civil y empresas privadas sobre la responsabilidad social y sus prácticas.

¹⁴⁵ El *World Business Council on Sustainable Development (WBCSD)* es un Consejo Mundial conformado por una red de 160 empresas internacionales ubicadas en más de 30 países e impulsado por el empresario suizo Stephan Schmidheiny. Define la como el “compromiso de las empresas de contribuir al desarrollo económico sostenible, trabajando con los empleados, sus familias, la comunidad local y la sociedad en general para mejorar su calidad de vida”.

El estudio antes mencionado revela también que, la comprensión de la RSC que se tiene en América Latina, tiene su origen en Europa y los Estados Unidos por lo tanto, advierte que la agenda no incluye aún los temas de interés local como el rol legítimo de la empresa frente a los Retos del Milenio o a la reducción de la pobreza ya que no tiene la prioridad que supone a la región¹⁴⁷, dato que es interesante ya que en el presente trabajo se sostiene que si una empresa que integra RSC en su actividad empresarial, lo articula armónicamente con los otros actores de su entorno promoverá una productividad efectiva, además, si éstos son armonizados con los objetivos gubernamentales para la sociedad en su conjunto, tal esfuerzo contribuirá con el desarrollo sostenible, entendiendo todos que ese desarrollo abarca tres dimensiones: la económica, social y la medioambiental, las mismas que son interdependientes.¹⁴⁸

2.4. Desarrollo de la RSC en el Perú

En el Perú, “desde la década de 1990 es posible rastrear las primeras reflexiones en torno a la noción y práctica de la responsabilidad social empresarial”.¹⁴⁹ Las iniciativas se han dado en el sector de ONG y academia siendo las más importantes PERU 2021, la Universidad Pacífico y la Red de Responsabilidad Social.¹⁵⁰

PERU 2021 inicia sus labores en 1994 por un grupo de empresarios, es miembro de la red EMPRESA, representante de WBSCD - *World Business Council for Sustainable Development*, afiliado al *Global Compact*, miembro del BSR- *Business for Social Responsibility* (USA)¹⁵¹ y tiene convenio con UNICEF¹⁵². La Universidad Pacífico participa a través de su Centro de Investigación de la Universidad. La Red de Responsabilidad Social¹⁵³, se dedica a promover una cultura de responsabilidad social compartiendo información y prácticas entre sus miembros del sector gobierno, sociedad civil y empresas privadas. Asimismo está el Centro de Responsabilidad Social y

¹⁴⁶ Correa, M., Flynn, S., & Amit, A. (2004). Responsabilidad Social Corporativa en América Latina: una visión empresarial. CEPAL.

¹⁴⁷ Correa et al (2004). Pag 49.

¹⁴⁸ ISO 26000 –Propuesta por la Organización Internacional para la Estandarización que provea una guía para la Responsabilidad Social. Pag. 9.

¹⁴⁹ Goñi Avila, Niria et all (2011) pag. Presentación.

¹⁵⁰ Correa et al (2004). Pag 44.

¹⁵¹ Organización mundial sin fines de lucro que ayuda a sus empresas miembros a manejar temas que involucren comportamientos éticos, personas, comunidades y el ambiente. Provee información, herramientas, capacitación y asesoría en Responsabilidad Social. (www.bsr.com)

¹⁵² Fondo de Naciones Unidas para la Infancia o Unicef. Fue creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946 para ayudar a los niños de Europa después de la Segunda Guerra Mundial.

¹⁵³ Creada en el 2003

Sostenibilidad (CRESS) de CENTRUM Católica que se enfoca en conocer el desarrollo en el ámbito de los diferentes sectores industriales y de las empresas en el país.¹⁵⁴Y, últimamente, la Universidad San Martín de Porres, a través de su Centro de Estudios de Derecho Corporativo (CEDEC), se encuentra realizando investigaciones desde el punto de vista del rol que puede cumplir el derecho en la promoción de la Responsabilidad Social Corporativa.

Como quiera que el Perú es un país minero, es éste el sector que más activamente comienza a introducir la práctica de la Responsabilidad Social porque las grandes inversiones mineras provienen, en su mayoría, de grandes transnacionales que recibieron una llamada de atención en la Cumbre de la Tierra en 1992, permitiendo que ese vínculo con el proceso de responsabilidad social que estaban pasando los grandes grupos mineros internacionales, se introduzca en el país. De este modo es que luego, la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía implementa su propio código de conducta, haciéndolo suscribir por las principales empresas del país.

III.- Marco estructural en el que se desarrolla la RSC en el Sector Minero

3.1. Antecedentes Históricos del Perú como país minero

Históricamente, la economía del Perú se ha basado en la industria extractiva: explotación, procesamiento y exportación de recursos naturales, principalmente mineros, agrícolas y pesqueros. Según el informe revelado por el Programa Laboral de Desarrollo – Plades,¹⁵⁵ en los últimos años, debido a los altos precios internacionales, la minería es la que ha reflejado el mayor crecimiento en el país¹⁵⁶, junto a su mejor momento de crecimiento económico sostenido que está viviendo.

¹⁵⁴ Goñi Avila, Niria et all (2011) pag. 25

¹⁵⁵ Informe 2008, “Empresas Transnacionales y Derechos Laborales en el Peru” Resumen Ejecutivo elaborado por el Programa Laboral de Desarrollo, Plades 2008, pag 37. El informe anual, el cuarto en su haber sobre el comportamiento de las empresas transnacionales en el Perú analiza las políticas y prácticas de un conjunto de empresas transnacionales que operan en los sectores económicos más importantes del país y de los que se viene haciendo seguimiento desde hace varios años. El Informe estudia un total de treintaidos (32) empresas que operan en el Perú y que son propiedad de transnacionales, la mayoría de las cuales están en el rango de las 100 empresas más importantes del país. Se encuentran en el Informe empresas líderes en sus respectivos sectores económicos siendo el caso en el sector minero de la empresa Cía. Minera Antamina S.A.. Fuente: <http://www.plades.org.pe/qsomos/presentacion.htm>.

¹⁵⁶ “El Perú se ha convertido en uno de los países de destino de la inversión minera en el mundo. Los altos precios internacionales de los metales y la generación de rentas para el país están llevando a que la economía gire en torno a este tipo de actividades motivadas por las industrias extractivas”, según un estudio

El Perú al 2008, era el primer productor de oro, plata, zinc, estaño, bismuto, teluro, plomo e indio en Latinoamérica; el primer productor mundial de plata y teluro, el segundo de zinc, tercero de cobre, estaño y bismuto; el cuarto de plomo y molibdeno; y el quinto en oro. Al 2009, volvió a ser el primer productor de oro, plata, zinc, estaño, bismuto, teluro, plomo e indio en Latinoamérica; así también, el primer productor mundial de plata, segundo de Zinc y cobre; tercero de bismuto y teluro; cuarto de plomo y molibdeno y sexto

de oro. Fuente INEI.

Cerca del 50% de las divisas que genera el país provienen de la minería, siendo la única actividad económica significativa en las zonas alto andinas¹⁵⁷ y la participación de los productos mineros en el total de las exportaciones nacionales, representa casi el 60%.¹⁵⁸ Asimismo, según el estudio sobre Responsabilidad Social Empresarial en el sector minero en el Perú, elaborado por la empresa *Social Capital Group*, en el Perú se encuentran operaciones mineras en veintiún de las veintiséis regiones del país¹⁵⁹.

Perú se ha convertido en uno de los principales centros de inversión minera del mundo con un régimen tributario atractivo con varios años de estabilidad regulatoria acumulada, según la Revista *Mining Intelligence Series*, una revista de difusión mensual que analiza las tendencias de las industrias más importantes en América Latina¹⁶⁰. Sin embargo, en contraposición a esas buenas tendencias del país, la revista refiere que la inversión tiene que lidiar con el obstáculo de las relaciones entre las empresas mineras y las comunidades que rodean las operaciones y proyectos, como ha sido el caso de los proyectos

sobre Responsabilidad Social Empresarial en el sector minero en el Perú de agosto de 2007 elaborado por Social Capital Group por encargo de Oxfam América. (pag. 5)

Conforme se establece en el propio documento de trabajo, el estudio aborda el tema de la Responsabilidad Social Empresarial de las empresas mineras que operan actualmente en el Perú con un enfoque esencialmente práctico, basado en el análisis del desempeño social de las empresas con respecto a su entorno habiéndose recurrido a fuentes de información secundaria y a la experiencia de trabajo de la empresa con el sector minero.

¹⁵⁷ Informe sobre la actividad extractiva de minerales en el Perú y en el mundo en el 2007 Ibid, pag. 147

¹⁵⁸ Boletín Mensual de Minería, Ministerio de Energía y Minas, Perú. 12 enero 2012.

¹⁵⁹ Estudio sobre Responsabilidad Social Empresarial en el sector minero en el Perú de agosto de 2007.

¹⁶⁰ *Business News América "Mining Intelligence Series"*. Abril 2010. Licencia social en Perú: Explorando el origen de la discordia.

Tambogrande, Río Blanco y Tía María¹⁶¹ y hoy, Conga. Para los analistas de la revista, los conflictos mineros empezaron cuando la actividad minera entra en auge en los años 90 y el mercado peruano empieza abrirse a las corrientes privatizadoras venidas con la globalización y el papel acentuado de las ONGs en orientar a las comunidades civiles sobre los derechos que deben ser respetados, entre ellos, los del medio ambiente y en algunos casos, de una participación en los beneficios económicos.

3.2. Problemática social.

Junto al auge de las inversiones en el Perú, se encuentran los altos grados de pobreza, y exclusión social que revela el sector. La problemática social de la pobreza en el Perú es todavía muy aguda aunque debemos reconocer que su incidencia ha ido mejorando paulatinamente desde el 2005. Así, en el 2005 la pobreza representaba el 48.7% de la población de los cuales el 17.4% estaba en situación de pobreza extrema; en el 2006 era del 44.5% de la población y el 16.1% se encontraba en extrema pobreza; en el 2007 era el 39.3% y el 13.7% se situaba en pobreza extrema; en el 2008 de 36.2 % de la población el 12.6% estaba en pobreza extrema;¹⁶² y en el 2009 la situación de pobreza de 34.8%, siendo los últimos datos oficiales del INEI.

Por otro lado, en el año 2008 según la misma fuente INEI, del 100 por ciento de personas en situación de pobreza, el 58.2% se encontraba en la actividad agrícola, pesca o minería y en el caso de personas en situación de extrema pobreza, el 80.4% de personas en dicho sector. En el 2009 era el 61.4% en situación de pobreza y el 81.2% en extrema pobreza. Lo cierto es que, estamos frente a una realidad social de grados de pobreza que típicamente se encuentran en áreas donde se ubica la actividad minera. Además que junto a la situación de pobreza se da otros círculos viciosos resultados de la exclusión social que sufren como son, la falta de acceso a la formación educativa, de infraestructura de servicios básicos como el agua, luz, salud, vivienda, denotando una falta de presencia del Estado para paliarlo. Lo expuesto explica por qué considero que el sector minero constituye un sector importante y sensible para el estudio de la Responsabilidad Social Corporativa en el Perú.

¹⁶¹ *Business News América "Mining Intelligence Series"*. Abril 2010. Licencia social en Perú: Explorando el origen de la discordia.

¹⁶² Según el INEI son 9'132,013 millones de personas.

Fuente: <http://www1.inei.gob.pe/perucifrasHTM/inf-dem/cuadro.asp?cod=3818&name=po01&ext=gif>
(fecha de descarga: 23 de marzo de 2010, hora: 9.53 a.m.)

3.3. Peso de las empresas transnacionales en la economía del país y en la minería.

En el Perú, de 32 empresas que operan en el país, 29 son de propiedad de empresas transnacionales y 11 de ellas son entidades mineras que en su mayoría pertenecen a la gran minería¹⁶³, según un informe elaborado por el Programa Laboral de Desarrollo - Plades sobre Empresas Transnacionales y Derechos Laborales en el Perú. Además, la producción de esas mineras en el Perú representan más del 90% de la producción de los minerales como el cobre (99.84%), el plomo (95.57%), el zinc (98.28%), el oro (el 91.22%) y la plata (el 96.77%).¹⁶⁴ Figura No. 1.

Cuadro de Empresas Transnacionales en el sector minero

| | | | |
|----|---|------------------------|-----------------------------|
| 1 | Minera Barrick Misquichilca | Canadá | Barrick Gold Corporation |
| 2 | Cia. Minera Antamina S.A. | Australia – Inglaterra | BHP Billiton Plc |
| 3 | Compañía Minera Los Quenuales | Suiza | Glencore International A.G. |
| 4 | Compañía Minera Santa Luisa S.A. | Japón | Grupo Mitsui |
| 5 | Volcán Compañía Minera S.A.A. | Perú – Suiza | Grupo Letts – Trafigura |
| 6 | Compañía Minera Yanacocha S.R.L. | Estados Unidos | Newmont Mining Corporation |
| 7 | Panamerican Silver Perú – Mina Quiruvilca | Canadá | Panamerican Silver Corp. |
| 8 | Empresa Siderúrgica del Perú S.A.A. | Brasil | Gerdau S.A. |
| 9 | Shougang Hierro Perú S.A.A. | China | Shougang Corporation |
| 10 | Votorantin Metais – Cajamarquilla S.A. | Brasil | Votorantin Metais |
| 11 | Xstrata Tintaya S.A. | Suiza | Xstrata |

Fuente: Informe Plades 2008, Empresas Transnacionales y Derechos Laborales en el Perú, pág. 9.

¹⁶³ La Gran Minería está compuesta por las empresas que producen niveles mayores a 5,000 TM diarias. Por lo general explotan sus depósitos con la modalidad de tajo abierto y obtienen minerales como cobre, zinc, oro. Producen concentrados y metales refinados. Son mayoritariamente de propiedad extranjera o consorcios de capitales mixtos.

¹⁶⁴ Fuente: Ministerio de Energía y Minas, 2006. Citado en Plades, 2008. Pág.178.

3.4. Situación jurídica e indicadores económicos.

Un estudio elaborado por Plades sobre la actividad extractiva de minerales en el Perú y en el mundo, da cuenta que el Perú ha alcanzado una estabilidad jurídica y libertad económica, total privatización y pacificación del país, así como existen garantías y promoción a las inversiones dentro de un marco legal adecuado y estable que define una posición internacional competitiva.¹⁶⁵

En ese mismo sentido, el estudio elaborado por la empresa *Social Capital Group*¹⁶⁶ revela además que los grandes inversionistas están aplicando los estándares internacionales socio-ambientales gracias a la globalización y además que empezaron a aplicar mejores prácticas corporativas; así como también que, las ONG tienen “un rol más activo buscando que las empresas asuman políticas consistentes con la promoción del desarrollo sostenible y la protección de derechos”, resaltando el estudio que “esta tendencia - que exige de las empresas un comportamiento más dinámico y responsable con respecto al desarrollo sostenible-, se intensifica en relación al sector minero.”¹⁶⁷ Situación que no ha variado a la fecha.

Dentro del Marco Estructural Económico actual del Perú, los siguientes datos relacionados al sector han de ser considerados a efectos del análisis:

- El PBI minero representa actualmente el 14.4% del PBI del Perú.
- La Minería representa casi el 60% (59.26%) de las exportaciones totales del Perú y más del 40 por ciento del Impuesto a la Renta recaudado de las empresas.
- El 58% de los proyectos de inversión en el Perú para el 2011 – 2013 corresponde al sector minería e hidrocarburos.
- Genera más de 128 mil empleos directos y 400 mil indirectos, y realiza compras anuales por USD 1,000 millones en el mercado nacional.
- Gobiernos Regionales recibieron USD 5,500 millones por concepto de canon minero en el período 2005 – 2009.
- En 21 de las 26 regiones del país se encuentran operación mineras (Oxfam, 2007).

¹⁶⁵ Informe 2007, La actividad extractiva de minerales en el Perú y en el mundo 2007 elaborado por Plades. Pág. 138.

¹⁶⁶ *Social Capital Group*, agosto 2007. Responsabilidad social empresarial en el sector minero en el Perú, elaborado por encargo de Oxfam América. Pág. 19.

¹⁶⁷ *Social Capital Group*, agosto 2007. Responsabilidad social empresarial en el sector minero en el Perú, elaborado por encargo de Oxfam América. Pág. 12- 16

- A nivel mundial: Primer productor de plata y segundo productor de cobre y zinc.
- En América Latina: Primer productor de oro, zinc, estaño, plomo.
- Inversiones proyectadas para los próximos años superan los USD 35,000 millones.

3.5. Marco Regulatorio

3.5.1. Marco Regulatorio Internacional

En el ámbito del marco regulatorio internacional, el estudio hecho por Social Capital Group, identifica los principales instrumentos internacionales relacionados a la Responsabilidad Social Empresarial en el sector minero en el Perú, que ayudan a difundir las buenas prácticas ambientales y sociales, a medir el desempeño social y a manejar adecuadamente aspectos vinculados al mismo.¹⁶⁸ Así, según el estudio tenemos: Los Principios Voluntarios en Seguridad y Derechos Humanos, Pacto Mundial (Global Compact), Iniciativa para el Reporte Global / Global Reporting Initiative- GRI, Principios ICMM para el Desarrollo Sustentable, Política y Estándares de Desempeño sobre la Sostenibilidad Social y Ambiental de la Corporación Financiera Internacional, Guías de Ambiente, Salud y Seguridad de la Corporación Financiera Internacional, Manual de Buenas Prácticas en Relaciones Comunitarias de la Corporación Financiera Internacional, Principios del Ecuador, Indicadores Ethos, E 3, EITI, AA1000, SA8000, ISO 26000 –, APELL, ISO14001.

3.5.2. Marco Regulatorio Nacional

En el Perú existen normas legales apropiadas que pueden permitir establecer e identificar prácticas de la RSC, específicamente en el sector minero. Tiene un marco legal dentro del cual las empresas operan, conformado por sus normas nacionales y los acuerdos internacionales ratificados en el Perú. No hay una norma legal que regule la RSC como tal, pero a lo largo de la legislación en materia laboral, medioambiental y de mercado económico, se hace mención a ella, siendo la más clara, la incluida en la Ley del Medio Ambiente y la referencia a su naturaleza voluntaria.¹⁶⁹ Sin embargo, no hay una voluntad política para incentivarla, que promueva su seguimiento o involucre

¹⁶⁸ Los instrumentos y sus referencias han sido tomados del estudio realizado por *Social Capital Group*, pag.12-16.

¹⁶⁹ *Int. J. Liability and Scientific Enquiry*, Vol 4, No. 1, 2011, Casanova-Claros, Mariela

a los interesados. Solamente ha habido un anuncio presidencial en el Foro Económico Mundial llevado a cabo en la ciudad Suiza de Davos llevado a cabo a finales del mes de enero de este año, cuyo impacto todavía está por verse.

No obstante, existen ejemplos interesantes que mencionar, como la Resolución del Tribunal Constitucional No. 0048-2004-PI-TC que se refieren al aspecto social de la actitud privada así como, las normas de gobernanza empresarial, las exigencias de información transparente en el caso de las empresas que listan en bolsa, la legislación laboral que recoge las recomendaciones ILO y el D.S. No. 042-2003-EM que regula dentro de los requisitos para la concesión minera, la declaración jurada de compromiso social previo, y que están referidos a un conjunto de actividades relacionadas a la RSC, entre otros. Sin embargo, en este último caso, no hay una coordinación para su efectiva implementación y no se sanciona su incumplimiento.

Por otro lado, existen también iniciativas de autoregulación por parte de las empresas mineras que “elaboran y aplican códigos de conducta privados que se comprometen a respetar y que constituyen guías claras de comportamiento (...) típicamente, establecen pautas en asuntos que incluyen desde el trabajo infantil, trabajo forzado, salarios, beneficios, horas de trabajo, libertad de asociación, hasta la salud y la seguridad pasando por prácticas ambientales e inversiones comunitarias.”¹⁷⁰ Asimismo, pueden incorporar a proveedores y prestadores de servicios de las empresas. Estas iniciativas voluntarias que se traducen en compromisos unilaterales pueden ser exigibles vía mecanismos legales. Sin embargo, no va acompañado de la existencia de una fortaleza institucional del Poder Judicial que incentive su uso o de mecanismos de reclamos ágiles. Por lo tanto, se revelan insuficientes.

Por último, existe un esquema de contribución voluntaria con las principales mineras del país basado en las ganancias mineras y reajustado en función a los precios de los metales, aceptada en parte para evitar alzas tributarias pero que la burocracia no la hace caminar bien; revelado por la Revista *Mining Intelligence Series*¹⁷¹ como una forma de contribución que aparentemente funcionarían como mecanismos de la actividad minera que contralarían las externalidades negativas del sector minero sin necesidad de la intervención legal.

¹⁷⁰ Tomado del estudio de *Social Capital Group*, pág. 17.

¹⁷¹ *Business News América “Mining Intelligence Series”*. Licencia social en Perú: Explorando el origen de la discordia, abril 2010. Pag 9.

Práctica de la Responsabilidad Social Empresarial en el Sector Minero

El informe de Plades sobre “Empresas Transnacionales y Derechos Laborales

Fundamentales en el Perú, evidencia que los principales instrumentos en Responsabilidad Social con que cuentan las empresas mineras estudiadas y a las que hemos hecho referencia anteriormente (acápites 3.3), son: el Código de Conducta, el Pacto Global de la ONU (*Global Compact*), SA 8,000 e Informe de Responsabilidad Social o más avanzado aún Balance Social”¹⁷², aunque en este último caso se menciona que el uso es poco frecuente.

Algo muy importante que también revela el estudio antes comentado es que “las empresas peruanas tienen un escaso desarrollo de la Responsabilidad Social Empresarial y a nivel global, las políticas de Responsabilidad de las empresas estudiadas no incorporan entre sus prioridades el componente laboral (...), el único instrumento específico que vela por los derechos laborales fundamentales, solo ha sido certificado por una empresa estudiada.”¹⁷³ Coincide con este resultado, el estudio realizado por Centrum Universidad Católica¹⁷⁴, advirtiendo el grado incipiente en RSC en que se encuentran las empresas evaluadas por ellos, dentro de las que se incluye las del sector minero.

Sin embargo, existen factores que pueden condicionar la aplicación y desarrollo de la RSC en el Perú, entre ellos, el Financiero porque el financiamiento en su mayoría proviene de la Corporación Financiera Internacional – IFC que condiciona su préstamo a la aplicación de sus principios en responsabilidad social y de acuerdo al informe ejecutivo, las empresas transnacionales ven que está en juego su imagen y reputación¹⁷⁵; y en el caso de la empresa Yanacocha, dicha entidad tiene un porcentaje de participación en la sociedad.

Es importante mencionar que, dentro de los diferentes sectores de la economía, el sector minero es el que más desarrollo tiene en RSC, gracias a que la mayoría de las empresas mineras son transnacionales que provienen de países con un nivel de desarrollo en RSC, por lo que bien podría ser aprovechada esta coyuntura para insistir que contribuyan al desarrollo de la RSC y bien podrían ser exigidas desde sus matrices a mantener dicho nivel en el país receptor al estar también

¹⁷² Informe 2008, Resumen Ejecutivo, pag 32-35.

¹⁷³ Ibid, pag 12

¹⁷⁴ Goñi Avila, Niria, Marquina Feldman, Percy et al (2011). Diagnóstico de la Responsabilidad Social en Organizaciones Peruanas: Una Aproximación Interinstitucional y Multidisciplinaria. CENTRUM – Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹⁷⁵ Informe 2008, Resumen Ejecutivo

participando en convenios y compromisos internacionales en la materia, como es el caso de Tintaya, Yanacocha, entre otras.

4.1. Contexto en el que se desarrolla las prácticas de RSC en el sector minero

La inversión minera, generalmente, se realiza en localidades remotas que se caracteriza por la pobreza, como ha sido expuesto en el acápite 3.2. La falta de los servicios básicos y sobre todo de educación en los lugares donde llegan las labores mineras y con ello, la falta de capacidad para manejar los derechos que la población tiene, evidencia la relación asimétrica que puede darse entre empresa y comunidad.

Por otro lado, se revela un estado ausente en procurar un mejor bienestar a las familias de ese entorno por temas económicos, políticos y/o culturales¹⁷⁶, así como, en proveer de las instituciones básicas que permitan el desarrollo de un clima básico de estado de derecho, a fin de disminuir esa relación asimétrica que se produce hoy en día entre las empresas inversionistas y la población, en la que el Estado ni siquiera actúa en su rol paternalista.

Así, algunas percepciones de los actores en la práctica de la RSC verdaderas o no, pueden ser expuestas:

4.1.1. La Población

La población que se encuentra alrededor de la actividad minera, en su mayoría se encuentra en situación de pobreza o pobreza extrema, falta de educación y por tanto en desigualdad de condiciones frente a la empresa inversora, por lo que, cifran sus expectativas en las empresas mineras que llegan a la localidad, viéndolas como un agente principal que solucionará sus problemas esperando muchas veces que la empresa sustituya al Estado ausente, en todo sentido, como proveedor de servicios públicos y obras de infraestructura social y productiva así como también como orientador o facilitador.

¹⁷⁶ *Business News América "Mining Intelligence Series"*. Licencia social en Perú: Explorando el origen de la discordia, abril 2010. Pag 11.

Estas expectativas y demandas locales crean para las empresas retos socio-económicos que no son sencillos de enfrentar¹⁷⁷, y que además, en principio, no les corresponde.¹⁷⁸ Se pide su contribución más no la sustitución del ejercicio efectivo de los deberes y obligaciones del Estado para sus ciudadanos¹⁷⁹ Pero en la práctica son a las empresas que la población recurre porque son los únicos que llegan al lugar.

Asimismo, la percepción que la población tiene de las empresas transnacionales es que por contar con amplísimas capacidades económicas y políticas, influyen en las decisiones de gobierno, en la aprobación de las leyes y reglamentos, en los fallos judiciales y administrativos, obtienen beneficios tributarios y financieros, etc. Todo lo cual las coloca en una posición de poder privilegiada como agente social y económico por encima de los demás actores sociales (asociaciones de productores agropecuarios, consumidores, pequeñas empresas, ONGs, comunidades campesinas y nativas, organizaciones sindicales, etc.) e incluso políticos (municipios, gobiernos regionales, organismos reguladores, entre otros).¹⁸⁰

Por otra parte, también existe la percepción de la población que el gobierno defiende una política pro minera y pro inversión y que no considera la opinión de las comunidades locales, lo que produce aún más, un mayor malestar en la población,¹⁸¹ opinión que nace como consecuencia de un Estado ausente, recrudeciendo un sentimiento de inseguridad previa para actuar en igualdad de condiciones con el inversor minero.

Así, estamos frente a dos realidades con posiciones aparentemente contrapuestas, de un lado, el de las empresas, inversión con los beneficios económicos sin tener que asumir obligaciones que están a cargo del estado; y del otro, el de los pobladores, el acceso a beneficios sociales para su desarrollo de quien aparentemente parecen ser la solución a sus problemas; debiéndose buscar un encuentro de intereses comunes y una nueva forma de convivencia social que beneficie no solo a ambas partes sino a la sociedad en su conjunto.

¹⁷⁷ Estudio sobre Responsabilidad Social Empresarial en el sector minero en el Perú de agosto de 2007 elaborado por Social Capital Group por encargo de Oxfam América. (pag.19).

¹⁷⁸ Ver Carrol

¹⁷⁹ ISO/FDIS 26000: 2010(E) *International Standard. Guidance on Social responsibility*. Pág. 10.

¹⁸⁰ Informe 2008, Resumen Ejecutivo (pag.3)

¹⁸¹ Business News América "*Mining Intelligence Series*". Abril 2010. Licencia social en Perú: Explorando el origen de la discordia. Pág. 12

Ahora bien, cuáles serían los incentivos que podrían animar a cada actor a involucrarse en RSC. Considero que para el poblador, el convencerlo que una minería responsable atraerá el bienestar que le falta alcanzar y, para el empresario minero, que ayudará a su futuro factor de mano de obra, buscando inclusive, la especialización de la formación continua que necesita.

Finalmente, hay algo que no se está tomando en cuenta muchas veces y que hace notar acertadamente el informe que revela la Revista *Mining Intelligence Series* y es que no debiera sorprender el hecho que las comunidades muchas veces se sientan vulnerables a cambios indeseados en sus formas de vida y temen que la minería ponga en riesgo su bienestar en vez de potenciarlo.¹⁸² De allí, el trabajo de largo plazo, pues no se puede cambiar toda una forma de vida de un día para el otro, situación que hace aún más sensible el tema.

4.1.2. Estado

El Estado no llega a esta población remota donde se instalan las empresas mineras y tampoco ha generado situaciones que permita la identificación de los pobladores como personas sujetas a tener el derecho a servicios públicos básicos o ser escuchados por el Estado, quien debiera ser su principal proveedor en ese sentido.

El ordenamiento legal peruano concede al Estado el derecho a otorgar a los particulares la posibilidad de explotar los recursos mineros a través del sistema de concesiones y no concede a la población el “derecho a veto”.¹⁸³ Sin embargo, si la población no está de acuerdo con la llegada de la empresa, lo cierto es que la empresa puede encontrarse con un medio hostil y la operatividad difícil e incluso inviable¹⁸⁴. Un nuevo ejemplo lo estamos viendo con el caso de Conga en el que la población está ejerciendo de facto un derecho a veto de hecho.

En esa ausencia de Estado en la localidad donde se desarrollan las actividades mineras, el gobierno deja en las empresas el trato y manejo de la licencia social sin una implementación adecuada de orientación o asistencia, permitiendo con su inacción la asimetría que aparece en la relación empresa – poblador, que bien merece ser protegida.

Asimismo, si antes la principal justificación del Estado para procurar el bienestar social en la localidad era la insuficiencia de recursos, hoy también está, la falta de habilidades y de gestión de

¹⁸² Ibid Pag. 8

¹⁸³ Oxfam pag 22.

¹⁸⁴ Oxfam. Pág. 22.

los gobiernos locales para invertir cuando los tiene, sin dejar de mencionar la falta de regulaciones y políticas claras para permitir gestionar con eficiencia y eficacia, la contribución que las empresas realizan con cargo a la RSC.¹⁸⁵ Además, según Miguel Santillana no existe un mecanismo legal que asegure que los dineros realmente se gasten en los proyectos seleccionados en la instancia de participación con la comunidad.¹⁸⁶

Así también, sucede que el gobierno es visto como un defensor de la política pro minera y pro inversión que no considera la opinión de las comunidades locales y el MEM, la institución pública más alta a la que llegan los procesos de diálogo y relaciones con las comunidades, es la entidad que aprueba el EIA.¹⁸⁷

El proceso de aprobación social padece de la falta de un procedimiento oficial. Las empresas no reciben orientación de las entidades públicas para informar a las comunidades y autoridades locales los detalles de los proyectos y organizar audiencias públicas.¹⁸⁸ Las cantidades de ONGs, dificultan el diálogo.¹⁸⁹

A decir de la Revista *Mining Intelligence Series*, sin perjuicio de las razones que puedan tener los interlocutores cercanos a las razones de las empresas o comunidades, el origen de parte de los problemas que alimentan la conflictividad en el Perú es “la falta de un esquema institucional eficaz para enmarcar el diálogo.”¹⁹⁰ Coincido con este diagnóstico y además que este marco institucional debe ser independiente y con profesionales y técnicos en la especialidad a fin de que no sea politizado por los gobiernos de turno.

¹⁸⁵ *Business News América “Mining Intelligence Series”*. Licencia social en Perú: Explorando el origen de la discordia, abril 2010. Pág. 10.

¹⁸⁶ Citado en *Business News América “Mining Intelligence Series”*. Licencia social en Perú: Explorando el origen de la discordia, abril 2010. Pag 10 Miguel Santillana es investigador principal del Instituto del Perú de la Universidad de San Martín de Porres y profesor de la Escuela Profesional de Economía de la misma universidad.

¹⁸⁷ *Business News America “Mining Intelligence Series”*. Licencia social en Perú: Explorando el origen de la discordia, abril 2010. Pag 12.

¹⁸⁸ Ibid. Pag 5

¹⁸⁹ Ibid. Pag 6

¹⁹⁰ *Business News América “Mining Intelligence Series”*. Licencia social en Perú: Explorando el origen de la discordia, abril 2010. Pag 2.

Ahora bien, cuál sería el incentivo del Estado de acometer una promoción de desarrollo en RSC. Definitivamente, que hayan más inversiones responsables que permita el desarrollo económico que se busca con consideraciones sociales y ambientales que la sociedad del siglo XXI demanda; y para el empresario, incursionar en más inversiones por la confianza de actuación que el gobierno le brinda, haciéndolo más estable en sus políticas de inversiones sostenidas.

La participación de las autoridades públicas para acometer sus estrategias de podrá realizarse a través del papel que el sector público pretenda desarrollar en la materia y que pueden ser enmarcadas dentro de las cuatro categorías identificadas por Halina Ward como son: el obligatorio (*mandating*), el facilitador (*facilitating*), el asociativo (*partnering*) y el promotor (*endorsing*); la que podrá decidirse según la circunstancia lo demande.

4.1.3. Empresa

Hemos hecho referencia a que el Estudio hecho por *Capital Group* revela que si bien es cierto que hay un sector de empresas mineras que practican la filosofía de la RSC, la realidad indica que hay otras que aún tienen un largo camino por recorrer en este campo.¹⁹¹ Ahora bien, a similar resultado llega el estudio hecho por CENTRUM, que da cuenta del grado incipiente de la RSC en el Perú, aunque en el sector minero se evidencia mayor desarrollo.

Para las empresas es importante contar con la licencia social siendo un factor clave para que puedan operar sin problema alguno. Para ello, es importante que la empresa minera antes de activar su proyecto minero reconozca e identifique su área de influencia.¹⁹² Sin embargo, es la empresa sola la que define su área de influencia, no existiendo participación o corroboración por parte del Estado para ello.

El esquema de contribución voluntaria negociada con las principales empresas mineras del país fue aceptado por las empresas para evitar nuevas alzas tributarias, pero también porque les permite administrar los fondos, lo que para Santillana hace ver como la oportunidad que las empresas entendieron tenían para demostrar su eficiencia y su buena voluntad para proporcionar

¹⁹¹ Oxfam pag. 19

¹⁹² Oxfam, pag. 25.

infraestructura y servicios a las comunidades locales. Sin embargo, la burocracia ha limitado en muchos casos una mayor flexibilización en el gasto.¹⁹³

En resumen, el Estado nunca ha hecho mucho por proporcionar infraestructura y servicios a los habitantes del entorno minero, lo que es agravado por la falta de coordinación entre las instancias nacionales, regionales y locales, lo que genera gastos innecesarios.¹⁹⁴ Además, las instituciones públicas son incapaces de canalizar los conflictos que surgen entre las empresas mineras y los gobiernos y comunidades locales, lo que deviene en una radicalización de las posturas y propicia el estallido de protestas.¹⁹⁵

Además, el proceso de aprobación social padece justamente de la falta de un procedimiento oficial. Las empresas son las encargadas de informar a las comunidades y autoridades locales de los detalles de sus proyectos y de organizar audiencias públicas, pero es poca la orientación que reciben de las entidades públicas, lo que da pie a lagunas fácilmente aprovechadas por los detractores de la minería.¹⁹⁶

Ahora bien, cuáles serían los incentivos para que las empresas de interesarse en realizar sus inversiones en nuestro país practiquen la responsabilidad social. Considero que sería estar en un ambiente de baja conflictividad social apoyando el desarrollo de la zona de influencia. Para el Estado, que la zona de influencia desarrolle y, a la población, darse cuenta que el desarrollo les trae indiscutiblemente, mayores beneficios, como es el alcanzar el bienestar social básico de todo individuo.

Sin embargo, existen otros incentivos no percibidos por las empresas aún a tener en consideración, a saber¹⁹⁷:

- Ahorro de Costes (reduce los costos de transacción, inclusive los laborales)
- Acceso a financiación. La Banca está entiendo el rol que juega en este punto.
- Mejora de la Reputación
- Gestión de riesgos

¹⁹³ *Business News América "Mining Intelligence Series"*. Licencia social en Perú: Explorando el origen de la discordia, abril 2010. Pag 9

¹⁹⁴ Ibid. Pag. 11

¹⁹⁵ Ibid. Pag. 8

¹⁹⁶ Oxfam, pag. 5.

¹⁹⁷ Olcese, Aldo y otros (2008), *Manual de la Empresa Responsable y Sostenible: Conceptos, ejemplos y herramientas de la Responsabilidad Social Corporativa o de la Empresa*, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U., Madrid -España.

- Fortalecimiento de relaciones con las contrapartes locales
- Ampliación de mercados
- Mejora del capital humano
- Entorno estable y pacífico
- Fortalecimiento institucional (La principal responsabilidad para que los países salgan del círculo vicioso de pobreza lo tienen los propios países. Unas sólidas instituciones, gestionadas a través de principios de gobernabilidad, transparencia y sin prácticas de corrupción, garantiza unos interlocutores fiables y permiten generar un marco legal propio para la planificación y la buena gestión de las empresas en dichos países)
- Vincular la creatividad local
- Mejora de infraestructura.
- Contribución del sector empresarial a los objetivos del Milenio*

¿Cuáles serían esas contribuciones del sector privado al logro de los ODM (United Nations Millenium Project)? Las posibles contribuciones serían:

- Aumento de la productividad y creación de empleo
- Suministro de servicios mediante asociaciones público-privadas
- Gobernanza y ciudadanía corporativas responsables.
- Contribución a la elaboración de políticas
- Promoción de la ODM
- Filantropía corporativa.

4.1.4. La Sociedad Civil

Estas organizaciones en la teoría tienen un importante rol que cumplir en el campo de la RSC. Les compete comunicar y sensibilizar a la sociedad (comunidades, empresas y Estado incluidos) sobre la trascendencia del tema así como promover y facilitar el dialogo entre los actores involucrados.¹⁹⁸ Sin embargo, también sucede que por falta de regulación suelen ser politizados.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Conjunto de instituciones que incluye a las organizaciones voluntarias y sin fines de lucro de muchos tipos –ONG-, instituciones filantrópicas, culturales, sindicatos y las organizaciones de base, entre otras. Segun refiere el estudio de Social Capital Group.

Según el Dr. Gerardo Damonte, investigador asociado del Grupo de Análisis para el Desarrollo (Grade), el problema está en la labor de las ONGs en el Perú que se limitan a denunciar y no a plantear solución y faltan propuestas constructivas que ayuden a sacar el país adelante. Agrega que, las ONG suelen ir donde están los conflictos, y cuando el conflicto se acaba, se van.²⁰⁰ El presidente de la Sociedad Nacional de Minería y Petróleo y Energía de Perú (SNMPE), Hans Flury, refiere que las ONG han aprendido a manipular las leyes relativas a los procesos sociales, “piden el diálogo, pero usan recursos legales para frustrar las asambleas.”²⁰¹

Asimismo, entre las ONGs no faltan las que defienden sus propios intereses o buscan ideologizar las negociaciones y en muchos casos, es discutida su legitimidad como representantes de comunidades, según refiere Martín Scurrah, investigador de Cepes y antes de Oxfam América.²⁰² Por tanto, por estos casos, debiera haber un control del rol que ellas desempeñan a fin de que asuman los resultados de su intervención, evitando de esta manera su mera intervención coyuntural.

Sin embargo están las ONGs que facilitan el diálogo como es el caso de Xtrata, en el que se buscó un convenio marco para las inversiones principales.²⁰³ Todo es cuestión de buscar ese esquema de institución eficaz para enmarcar el diálogo y para la población el incentivo está en lograr la democratización de la sociedad a fin de que no haya sectores excluidos en la participación del bienestar social.

V. Situaciones Emblemáticas Opuestas

Según el Boletín mensual de Minería de enero de 2012, Minera Yanacocha junto con la Compañía Xstrata Tintaya S.A. lideran el ranking de inversiones en el sector minero.

¹⁹⁹ *Business News América “Mining Intelligence Series”*. Abril 2010. Licencia social en Perú: Explorando el origen de la discordia. Pag. 8

²⁰⁰ Citado en *Business News América “Mining Intelligence Series”*. Abril 2010. Licencia social en Perú: Explorando el origen de la discordia. Pag. 6

²⁰¹ Ibid. Pag. 7.

²⁰² *Business News América “Mining Intelligence Series”*. Abril 2010. Licencia social en Perú: Explorando el origen de la discordia. Pag. 16.

²⁰³ Ibid. Pag. 13-14.

5.1. Caso Tintaya

La revista Business News América “*Mining Intelligence Series*” menciona como un caso de estudio positivo la de la multinacional Xstrata, con sede en Suiza que compró la mina Tintaya situada en la región del Cuzco, una de las más pobre de Perú, de manos de BHP Billiton, en junio de 2006 y en marzo del 2010, las comunidades locales votaron a favor del proyecto de US\$ 1,500 millones de Xstrata para desarrollar el yacimiento aledaño Antapaccay, que permitiría extender la vida útil de Tintaya en más de 20 años.

En este caso, tanto Xstrata como BHP Billiton se esmeraron en alimentar las relaciones sociales durante cerca de un decenio para mantener la mina en funcionamiento sin problemas, facilitando el diálogo las ONG involucradas que desempeñaron un papel positivo. Asimismo la multinacional BHP Billiton se preocupó por desarrollar un esquema conocido como convenio marco con los dirigentes locales con un aporte del 3% de las ganancias antes de impuestos por parte de la empresa para ser destinados a inversiones sociales dentro del convenio marco y administrador entre todas las partes interesadas.²⁰⁴

Para el investigador del Instituto de Perú Miguel Santillana, este éxito se debe a la capacidad de hacer inversiones importantes en obras públicas por medio del convenio marco, de tal forma que la comunidad local aprecie los beneficios de la minería.

Es importante mencionar que Xstrata respalda entre otros compromisos voluntarios, acuerdos y convenios internacionales, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, los Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos, la Iniciativa para la Transparencia en las Industrias Extractivas, el Marco de Desarrollo Sostenible del Consejo Internacional de Minería y Metales, las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.²⁰⁵

²⁰⁴ Business News America “*Mining Intelligence Series*”. Abril 2010. Licencia social en Perú: Explorando el origen de la discordia. Pag. 13-14

²⁰⁵ Tomado del Código de Conducta de la empresa publicada en la página web: www.xstrata.com/cotent/assets/pdf/x_code_of_conduct2011.sp.pdf/

5.2. Caso Yanacocha

El caso Yanacocha, empresa minera que obtiene oro en el norte del país, por ser un tema actual, bien puede ser mencionado como uno que justamente refleja los problemas de una falta de consolidación de la internacionalización de la RSC en la empresa en el Perú, una conceptualización por parte de las autoridades públicas y por tanto del gobierno para tomarlo como estrategia para conseguir el desarrollo que se busca, y por otro lado el escaso conocimiento que de ella también tienen los actores de la zona de influencia.

La empresa Yanacocha es considerada una de las más grandes y productiva en el mundo, está situada a 30 kilómetros al norte de Cajamarca.²⁰⁶ Tiene por socios a Newmont Mining Corporation, empresa constituida en el Estado de Delaware, con 51.35% de participación; Compañía Minera Condesa S.A. subsidiaria de la Compañía de Minas Buenaventura S.A.A., empresa constituida en el Perú, con 43.65% de participación; y la Corporación Financiera Internacional, brazo financiero del Banco Mundial, con sede en Washington, Estados Unidos con el 5% de participación.²⁰⁷

Tanto la página web de la empresa Transnacional estadounidense Newmont Mining Corporation como de la empresa Yanacocha reportan una desarrollada política de Responsabilidad Social, manifiestan promover el desarrollo comunitario y medioambiental, sin embargo, el informe elaborado por El Programa de Desarrollo Laboral da cuenta que Yanacocha mantiene frecuentes conflictos con las comunidades afectadas por la minería: apropiación de recursos acuíferos, contratación de personal de otros lugares antes que miembros de las comunidades, etc., y no ha sido capaz de revertir el problema de contaminación suscitado con el derrame de mercurio²⁰⁸ suscitado en el 2010, no obstante tener una certificación sobre el manejo de dicho material; sin contar la falta de gestión del problema por parte de la empresa y de acción del Estado en hacer el seguimiento y control como lo revela el informe de la Defensoría del Pueblo No. 62 al pronunciarse sobre dicho caso.

Yanacocha no ha sido capaz de manejar su relación con sus *stakeholders*, el simple cumplimiento de las normas de obligatorio cumplimiento como bien es consabido por la empresa y sus accionistas, no evidencia proactividad de su parte para corregir o encontrar un punto

²⁰⁶ <http://www.newmont.com/south-america/minera-yanacocha-peru/community>

²⁰⁷ Tomado de la página web de la empresa: <http://www.yanacocha.com.pe/la-compania/quienes-somos/>.

²⁰⁸ Informe 2008, "Empresas Transnacionales y Derechos Laborales en el Perú", pág. 20

coincidente con las preocupaciones naturales de las comunidades que se encuentran dentro de su zona de influencia, lo que ha creado una mayor desconfianza en la población.

Lo curioso es que Yanacocha es una empresa que está incorporada al Global

Compact y su Matriz Newmont también y a los principios voluntarios en Seguridad y Derechos Humanos, entre otros ya nombrados, además, también tiene como socio a otra entidad internacional promotora de la RSC, al IFC; con lo cual, bien debieran tener incorporado el Manual de Buenas Prácticas en Relaciones Comunitarias, y por tanto, la importancia de la incorporación de la RSC a lo largo de la empresa. Sin embargo, este grado de desarrollo en RSC de sus accionistas y del compromiso asumido por la propia empresa Yanacocha no se refleja en sus actividades, lo que debiera ser exigido por parte de ellas en el Perú.

Las mismas empresas transnacionales comprometidas en RSC deberían exigir que las empresas que forman parte del grupo cumplan con el mismo grado de desarrollo de la RSC de su matriz aun se encuentren fuera de sus fronteras y en un país receptor con poco desarrollo en la materia como es lo que busca las líneas directrices de la OCDE para las empresas multinacionales.

5.3. ¿Qué revelan estos casos?

Estos casos emblemáticos citados como ejemplos revelan que si bien es cierto que pueden presentarse problemas sociales a la hora de hacer una inversión minera, como en efecto se vienen presentando a raíz de la identificación del poblador de la zona donde se va a invertir como sujeto de derecho a ser consultado, dependerá del manejo que principalmente, la empresa haga en cada caso particular para el éxito o no de la gestión, reconociendo también que, la actuación del Estado será importante mas no trascendente como es el caso de Tintaya.

La falta de políticas públicas claras en RSC, presencia en el trabajo con las poblaciones impactadas por la minera para lograr que la empresa inversora pueda trabajar sin conflicto social, falta de planificación y ordenamiento estructural de las zonas mineras, falta de delineamiento de funciones, coordinación de trabajo entre las instancias administrativas (gobierno central, gobiernos regionales y gobiernos locales), falta de cumplimiento de funciones de vigilancia, monitoreo y control de cumplimientos de los compromisos asumidos por las empresas está haciendo que la oportunidad de aprovechar

las ventajas que nos brinda el sector minero se vea ennegrecido y capaz distorsionado a la realidad de los resultados potenciales positivos que debería tener el sector.

El Estado no puede dejar a la empresa que pueda decidir cuál es su zona de influencia. Si bien es cierto que las empresas están en capacidad de definir las, debe ser el Estado el que de la conformidad de su alcance por el impacto que dicho hecho genera. Así también, debe ser el Estado el que tenga claro el desarrollo que quiere para la región, de acuerdo al plan de desarrollo nacional a fin de que éstos concilien con las aportaciones que en responsabilidad social desarrollarían las empresas inversoras a fin de que de manera armónica se pueda hablar de una actividad minera del siglo XXI.

Considero que el nuevo Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social bien puede ser el llamado a desarrollar con éxito este papel. Por lo tanto, el gobierno debe preocuparse por implementar políticas armonizadas que desarrollen la RSC de manera estructural y Global, dándole a este nuevo ministerio las facultades de hacer el seguimiento de los cumplimientos de los proyectos sociales propuestos por las empresas y auditorías de ser el caso.

VI.- La RSC como instrumento adicional del Gobierno para regular la conducta empresarial.

Los indicadores económicos en el sector minero en el Perú nos muestran que el sector es un pilar importante en el crecimiento económico del país, sin embargo, los crecientes conflictos sociales como el de Conga nos pone a reflexionar si sería suficiente los recursos económicos que nos ofrece para lidiar los impactos negativos que dicha actividad empresarial demanda y alcanzar el bienestar que la sociedad requiere. Parece lógico que se debe buscar una conciliación entre ambos.

La RSC puede ser el instrumento que nos permita lograr esta conciliación. Helena Ancos hace una interpretación interesante de la función social de la propiedad que servirá de sustento a este trabajo. Ancos, parte de la apreciación que la propiedad, privada y pública, tienen que tener una legitimidad de origen y una legitimidad de ejercicio que se justifica por su función social y la RSC no sería más que la forma concreta en que se ejerce esta «función social». Asimismo Helena refiere que el término propiedad (como *property and ownership*) no sirve más en el mundo moderno porque no describe más lo que realmente es una compañía²⁰⁹, actualmente el concepto capital de la

²⁰⁹ Haciendo referencia a Donaldson y Preston (1995) así como a Handy (1997).

empresa es más amplio, incluye a sus trabajadores, considerando ahora también como su principal activo²¹⁰ y ni que decir de la imagen y el prestigio en su actuación que se cultivan a través de los años.

Por tanto, la autora menciona que desde una perspectiva económica, la RSC va a suponer un nuevo modelo de gestión de las externalidades de la acción empresarial en lo económico, social y medioambiental al tomar conciencia que la eficiencia social no puede lograrse solo sobre la base de criterios de racionalidad económica, adoptando las decisiones en el ámbito económico sin tener en cuenta el impacto que puedan ejercer las actividades empresariales sobre el medioambiente y la sociedad. Responsabilidad Social en su más unánime conceptualización.

Ancos recurre a la microeconomía y las finanzas neoclásicas para explicar que, en mercados competitivos, con información perfecta y ausencia de externalidades, el beneficio social se logra cuando todas las empresas consiguen maximizar su valor en el mercado y continúa diciendo que, en el primer teorema de la economía del bienestar de Pareto, la óptima asignación de recursos y por ende, la eficiencia económica y social, se consigue sólo cuando todos los agentes económicos maximizan su función de utilidad y alcanzan un punto en el que ninguno de ellos puede mejorar si no es a costa de que otro empeore. Agrega que, la lógica que subyace en esta tesis de racionalidad económica, sitúa, como eje de la actividad económica, comportamientos individualistas de los agentes económicos excluyendo la posibilidad de comportamientos cooperativos en estrategias a largo plazo y de que las prácticas de pueden ser útiles para reducir los fallos de mercado derivados de las asimetrías de información y las externalidades negativas que entiendo debe incluir, igualmente, las asimetrías de condiciones de participación, es decir, cuando no se concurre en igualdad de condiciones y por tanto debe ser sujeto a protección.

Lo interesante en esta apreciación de Ancos es cuando argumenta que en el momento que las empresas asumen el coste de incorporar alguno de los criterios de RSC, en realidad están internalizando los efectos de las externalidades negativas generadas por sus actividades que repercuten sobre los grupos de interés, entonces, no se puede ver al mercado como un ámbito natural de autorregulación, a decir de Coase, sin tener en cuenta el papel del Estado como normalizador de prácticas. Justamente, la autora menciona que Coase criticó a Pigou por una visión demasiado estrecha de las externalidades. Coase argumentaba que la tradición pigoviana rechazaba

²¹⁰ Albareda, Laura and et all (2006). *The Role of Governments in Fostering CSR. In Kakabadse, Andrew and Morsing, Mette (Eds.), Corporate Social Responsibility, Reconciling Aspiration with Application. United Kingdom.*

completamente las dimensiones recíprocas del problema de las externalidades. Coase afirmaba que el problema no era ya el de perjudicar al otro, sino una situación con incompatible distribución de los recursos, vista desde una perspectiva social (coste social). Por lo tanto, a decir de la autora, la RSC, debiera ser entendida como gestión de las externalidades, y tener presente en todo momento estas relaciones recíprocas, que han de entenderse como la identificación de los grupos de interés por una parte, y los incentivos e instrumentos de gestión, de otra, dentro de los que se encuentra la regulación. Sin estas correlaciones, menciona la autora, la RSC estará abocada al fracaso.

En efecto, coincido con la autora puesto que siempre existirán esos otros factores que presionan el mercado económico que incluyen a los actores y no bastarán los impuestos y subsidios para subsanar las fallas del mercado, a decir de Pigou; así, los incentivos son un ejemplo que han de entenderse no sólo para los empresarios, sino también para todos los que se relacionan con la compañía y en ese contexto, tenemos que, en el sector minero el incentivo para el empresario se traducirá atendiendo la demanda de los *stakeholders* que se encuentran en su área de influencia, sin abusar de la asimetría de condiciones a las que hemos hecho referencia; para los empleados, preservando y creando empleo, pagando salarios justos y dando formación, estabilidad y motivación; para el gobierno, buscando coincidir la visión empresarial con la visión país; y para la sociedad, no deteriorar el medioambiente y contribuir al bienestar social en su conjunto.

Por lo tanto, un ambiente propicio para la RSC ha de ser la suma del conjunto de motivaciones, instrumentos y capacidades humanas e institucionales en la que tienen y deben tener cabida tanto actores públicos como privados, teniendo en cuenta tanto los estándares y prácticas internacionales como las prioridades y particularidades nacionales y locales.²¹¹

La RSC no es un término aislado ni nuevo a ser incluido en la agenda política, forma parte del debate actual del rol de las empresas en sociedad, configurando claramente los retos actuales del estado de bienestar y su gobernabilidad y el desarrollo socio económico de cada país.²¹²

El caso Tintaya revela que la ley no es la única herramienta del gobierno ni las regulaciones son la única manera de canalizar las actividades de las empresas a través de la ley²¹³, existen otros

²¹¹ Ancos Franco, Helena. Políticas públicas e iniciativa privada en la responsabilidad social empresarial. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social – España. Pág. 51

²¹² Albareda, Laura, et al (2006)

mecanismos legales²¹⁴ y no legales para restringir o limitar las actividades empresariales, como el empoderamiento de la sociedad, la sociedad civil organizada en ONGs o similares, que buscan ser escuchadas y con ello ejercer su rol.

Así, la RSC se convierte en esa otra herramienta de la que se puede disponer para perfilar la conducta empresarial, es decir, lo que está emergiendo es una compleja interacción entre gobierno, empresa y sociedad civil; derecho privado, regulación del estado y autoregulación, a niveles nacionales e internacionales, con presiones sociales, legales, éticas y de mercado, todas ellas soportándose, interrelacionándose así como, promoviéndose entre sí.²¹⁵

Asimismo, lo importante de la RSC es que sea a nivel europeo o norteamericano que son los modelos tomados en Latinoamérica, existe un consenso unánime de que ser socialmente responsable es ir más allá del total cumplimiento de las obligaciones legales invirtiendo en capital humano, en el medioambiente y en las relaciones con los socios empresariales y los *stakeholders* involucrados en la actividad empresarial; lo cual no quiere decir que la responsabilidad social corporativa deba ser considerada como sustituta de la regulación o legislación relativa a derechos social o medioambientales ni ignorar

desarrollos de legislación apropiada para ello.²¹⁶

“La legislación es solamente un elemento entre varios, y en muchos casos ni siquiera es el más útil o importante. Lo que se requiere es una estructura de política clara.”²¹⁷ Sin embargo, las normas juegan un rol importante en la aplicación de las políticas en RSC por cuanto son el punto de partida a tomar en cuenta el involucramiento de una empresa en RSC.

Por lo tanto, la RSC esencialmente está envolviendo un cambio en el enfoque de la responsabilidad corporativa, de solo considerar la maximización de los beneficios para sus accionistas dentro de las normas legales, hacia una de mayor alcance que involucra a los *stakeholders* y su zona de influencia que incluye las preocupaciones sociales con la comunidad, la

²¹³ McBarnet, D. (2007). *Corporate social responsibility beyond law, through law, for law: the new corporate accountability*. En D. McBarnet, *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the law* (pág. 55). New York: Cambridge University Press.

²¹⁴ McBarnet, D. (2007). *Corporate social responsibility beyond law, through law, for law: the new corporate accountability*. En D. McBarnet, *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the law* (pág. 55). New York: Cambridge University Press.

²¹⁵ Ibid. Pag 56.

²¹⁶ COM (2001) 366, ítem 22

²¹⁷ Albareda, Laura (2006). *The Role Of Governments in Fostering CSR*. En Kakabase, *Corporate social responsibility, Reconciling aspiration with application* (pág. 113).

protección del medio ambiente, responsabilidad ética, así como obligaciones legales.²¹⁸ A decir de Elkington (1977), de solo considerar beneficios económicos a considerar a las personas, el planeta y beneficios económicos²¹⁹, lo que involucra para McBarnet el modo como los beneficios son obtenidos por las empresas.

VII.- Conclusiones

1. La relación empresa y sociedad siempre ha sido materia de preocupación y su revisión no deja de ser objeto de evolución y desarrollos. La RSC es el resultado de esa preocupación por lograr integrar en la gestión de las empresas preocupaciones sociales y medioambientales.
2. Los conflictos sociales nos hace reflexionar si lo económico sería suficiente para lidiar los impactos negativos que la minería genera. La eficiencia social no puede lograrse solo sobre la base de la racionalidad económica sin considerar el impacto que tiene la empresa sobre el medioambiente y la sociedad. De allí, su autorregulación.
3. El concepto de propiedad por parte de las empresas no es más un concepto aislado, su ejercicio debe entenderse asociado a su función social, siendo la responsabilidad social la herramienta propicia para permitir dicho cumplimiento.
4. Los grandes inversionistas mineros, en su mayoría, provenientes de transnacionales cuyas matrices se encuentran ubicadas en países más desarrollados, están mejor preparados para alcanzar sus objetivos que los países que los reciben.
5. Cuando una comunidad que recibe una inversión no sabe lo que va a pasar, es lógico que miren al Estado en búsqueda de orientación y porqué no, de protección ante una evidente asimetría de condiciones.
6. Un plan integral entre los objetivos del Estado para la zona de proyección minera y los objetivos de las personas que viven dentro de ella, debieran ser elaborados a fin de que de una manera estructural se logre alcanzar, de manera eficiente, el bienestar social de esa zona. Un asesoramiento a la población acerca de las inversiones que va a recibir, debiera también estar contemplada, no dejando a las empresas que hagan esa labor por

²¹⁸ Ibid. Pag. 9

²¹⁹ J. Elkington (1997), citado por Doreen McBanet, D (2007).. Pag. 9.

la asimetría de las condiciones que se presenta entre los actores principales al momento de la negociación.

7. Con dar información a las empresas de la zona donde se va a invertir, no es suficiente. Las empresas no tienen porqué agenciarse el modo de acercarse a la población para lograr su inversión. Es responsabilidad del Estado facilitar a las empresas que logren su inversión y obligación del Estado que la población se sienta confiada y segura de las pretensiones del inversor puesto que el Estado debe ejercer su rol protector de los intereses y bienes de la sociedad en su conjunto.
8. La falta de una política clara en el manejo de las inversiones mineras dentro de un contexto de responsabilidad social no permite que los intereses de las partes se encuentren en un punto de beneficio para ambos, elevando de este modo los costos negativos de su transacción.
9. La RSC aparece como una forma de regulación de las conductas empresariales que se ejerce a través de fuerzas externas que ayudan a perfilarla, más flexible y que se retroalimenta, es decir, va buscando la excelencia al ir buscando siempre la mejora en la actuación empresarial; de tal manera que si buscamos la forma de impulsarla, estoy convencida de que resultará más efectiva y económica frente a una estructura legal un tanto rígida y sin mucho cambio de actuación, resultando hasta a veces obsoleta en un mundo tan dinámico y cambiante como es hoy el mundo globalizado y transfronterizo. Sin embargo, esto no quiere decir, que igualmente no se tenga que seguir impulsando desarrollos de normas legales apropiadas cuando la situación lo requiera.
10. Si bien es cierto que la legislación nacional tiene desarrollo en RSC, aun le falta un ordenamiento y hay temas pendientes. La licencia social no siempre implica que una empresa tenga un buen nivel de responsabilidad social o en todo caso que sea aplicada correctamente en el medio a implementarse. Dependerá de la supervisión y control del Estado para que ésta sea proactiva y armonice con los intereses locales, práctica que no existe, como lo revela el informe de Defensoría del Pueblo en el caso de la empresa Yanacocha y el manejo del mercurio.
11. Será importante entonces, generar un mecanismo que articule el rol del Estado con los de la comunidad y la empresa inversionista, un trabajo que debe ser bien armonizado si es que queremos lograr que la aplicación de la RSC logre una buena gestión de los

recursos con resultados eficientes que nos permitan alcanzar el desarrollo sostenible y por tanto lograr la maximización de sus beneficios.

VIII.-Algunas Consideraciones

1. Estamos en el mejor momento para aprovechar la situación que tiene el país de ser uno de los países con mayor atracción de inversión minera en el mundo. Gracias a la coyuntura reinante y a la globalización, los inversionistas se encuentran hoy obligados a realizar sus inversiones con consideraciones sociales y medioambientales.
2. Cada acercamiento a la RSC de cada país, encierra una serie de elementos propios: político, estilo de la estructura política institucional y de procesos; estructura social; énfasis en el enfoque voluntario o la aceptación de la directriz del Estado y su control; visión local y nacional del rol de las empresas; el rol y postura de las NGO y asociaciones civiles; la clase de sistema educacional y valores que se quiere transmitir; que se espera de sus líderes; y su tradición histórica. Todo lo cual quiere decir que cada empresa y país debe ser cada vez más consciente de la necesidad de formular su propio acercamiento a la RSC (Rome 2005).²²⁰
3. Por tal motivo, debe tratar de conjugarse los objetivos empresariales con las aspiraciones y esperanzas de las comunidades cercanas a sus operaciones buscando la participación más activa del Estado, de las ONGs y sobre todo, de la misma comunidad.
4. El proceso de diálogo que se busca con la comunidad no puede ser efectuada por la comunidad sola pues adolece de las herramientas que les permita ponerlos en igualdad de condiciones que las empresas inversoras. De allí, la justificación del Rol del Estado para suplir esa deficiencia que el mismo no ha podido cubrir.
5. Una institución independiente como el nuevo Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social podría ser el llamado a redefinir los entornos mineros, definir las metas de desarrollo que se requiere para la región y el entorno local donde se desarrolla la actividad, la que debe ir en armonía con el plan nacional de desarrollo.
6. A fin de no perder la inversión y en casos de discrepancias entre los actores sociales de un proyecto, podría tratarse de armar una suerte del arbitraje social como un mecanismo de solución de conflictos entre empresa, estado y comunidad pero solo para temas puntuales como el de Conga, que cree confiabilidad y tranquilidad a todos los actores sociales involucrados pues estaría integrado por profesionales y técnicos expertos en la materia.

²²⁰ Albareda, Laura, et al (2006) . *The Role Of Governments in Fostering CSR. En Kakabase, Corporate social responsibility, Reconciling aspiration with application.*

7. La ley es el resultado de pretender la regulación de la actividad humana. Dada las características especiales de su implementación, suele llegar cuando ya se han revelado situaciones desprotegidas. Por eso, es interesante el fortalecimiento que está presentando el desarrollo de la RSC, como una herramienta complementaria a la impotencia que generan la falta de dinamismo de las normas legales en una sociedad tan cambiante en la que, a falta de contención legal aparece la exigencia de un cumplimiento conductual por parte de los demás actores de la sociedad en donde la corresponsabilidad se va haciendo un principio necesario para mantener un orden social y medioambiental dentro de un mercado económico.

8. Si bien en un estado de derecho, el gobierno es el único que tiene poder para crear y hacer cumplir las leyes para regular conductas, no por ello no pueden existir otros instrumentos que permitan regular conductas no cubiertas por la ley y que igualmente puedan ser exigibles. Por ejemplo, cuando las compañías incorporan en sus códigos de conducta ciertos compromisos y estos no son cumplidos, la sociedad civil podría compeler su cumplimiento a través de mecanismos legales existentes como es la responsabilidad extracontractual del derecho privado o el proceso judicial, entre otros. Para llegar a esa exigencia legal, es importante el empoderamiento de la sociedad a fin de que a través de estos medios legales puedan vigilar el cumplimiento de los compromisos sociales.

Bibliografía.

1. Albareda, Laura and et all (2006). *The Role of Governments in Fostering CSR. In Kakabadse, Andrew and Morsing, Mette (Eds.), Corporate Social Responsibility, Reconciling Aspiration with Application. United Kingdom.*
2. Ancos Franco, Helena. Políticas públicas e iniciativa privada en la responsabilidad social empresarial. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social – España.
3. Boletín Mensual de Minería, Ministerio de Energía y Minas, Perú. 12 enero 2012.
4. Bowen, Howard, “Responsabilidad Social en la empresa” (1953).
5. *Business News América “Mining Intelligence Series”*. Abril 2010. Licencia social en Perú: Explorando el origen de la discordia.
6. Carroll, A. B. (1999). *Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional construct. Business & Society, 38; 268. Capturado de <http://bas.sagepub.com> at Glasgow University Library on March 18, 2010*

7. Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL). Una Guía Sindical sobre la mundialización. Bruselas: 2001. <http://www.ugt.es/globalizacion/guiamundializacion.pdf> del 30/01/2012. 8.50 p.m.
8. Christian Aid (2004), Behind the Mask: *The real face of corporate social responsibility*, disponible en <http://www.christianaid.org.uk>. Rimmer, L. (2005) *BAT in its own words 2005*, ASH, disponible en <http://www.foe.co.uk/resource/reports/bat2005.pdf>. Disponible en <http://www.greenpeace.org/espana/es/Trabajamos-en/Bosques/Indonesia/El-cultivo-de-aceite-de-palma/>
9. COM (2001) 366, *European Commission, Green Paper, Promoting a European framework for corporate social responsibility*.
10. COM (2011) 681 final. comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social Europeo y al Comité de las Regiones sobre “Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. Bruselas 15.10.2011.
11. COM (2002) 347
12. COM (2001) 366, ítem 8, 20. *European Commission, Green Paper, Promoting a European framework for corporate social responsibility*.
13. Correa, M., Flynn, S., & Amit, A. (2004). Responsabilidad Social Corporativa en América Latina: una visión empresarial. CEPAL.
14. Estudio sobre Responsabilidad Social Empresarial en el sector minero en el Perú de agosto de 2007 elaborado por Social Capital Group por encargo de Oxfam América.
15. Frederick, W. (2006). Corporation, be good! The story of corporate social responsibility. Indianapolis: Dog Ear Publishing. Citado en Smith, Richard E. Defining Corporate Social Responsibility: A Systems Approach for Socially Responsible Capitalism. University of Pennsylvania.
16. Glinski, C. (2007). “Corporate codes of conduct: moral or legal obligation?”, in McBarnet, D. (Ed.): *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and The Law*, Cambridge University Press, United Kingdom.
17. Goñi Avila, Niria, Marquina Feldman, Percy et al (2011). Diagnóstico de la Responsabilidad Social en Organizaciones Peruanas: Una Aproximación Interinstitucional y Multidisciplinaria. CENTRUM – Pontificia Universidad Católica del Perú.
18. J. Elkington (1997), citado por Doreen McBarnet, D (2007).
19. Informe 2007, La actividad extractiva de minerales en el Perú y en el mundo 2007 elaborado por Plades.

20. Informe 2008, “Empresas Transnacionales y Derechos Laborales en el Perú, elaborado por Plades.
21. Int. J. Liability and Scientific Enquiry, Vol 4, No. 1, 2011, Casanova-Claros, Mariela
22. ISO/FDIS 26000: 2010(E) International Standard. Guidance on Social responsibility.
23. Ley No. 28611.
24. M. Friedman, “*The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*”, *New York Times Magazine*, 13 September 1970. Citado en *McBarnet D. (2007). Corporate social responsibility beyond law, through law, for law: the new corporate accountability. En McBarnet D. The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the law (pág. 9). New York: Cambridge University Press*
25. McBarnet, D. (2007). Corporate social responsibility beyond law, through law, for law: the new corporate accountability. En D. McBarnet, *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*. New York: Cambridge University Press, United Kingdom.
26. Olcese, Aldo y otros (2008), *Manual de la Empresa Responsable y Sostenible: Conceptos, ejemplos y herramientas de la Responsabilidad Social Corporativa o de la Empresa*, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U., Madrid -España.
27. Otoya Calle, Johan y Mendivil Rivas, Eduardo (2003). Informe Anual sobre Responsabilidad Social Empresarial en Perú. Plades – Programa Laboral de Desarrollo.
28. *Social Capital Group*, agosto 2007. Responsabilidad social empresarial en el sector minero en el Perú, elaborado por encargo de Oxfam América.
29. Tully, S. (2005), “Preface”, *Research Handbook on Corporate Legal Responsibility*, United Kingdom.
30. Vogel, David. (Washington, 2006). *The Revival of CSR in The Market for Virtue: The Potential and Limits of CSR*.
31. www.xtrata.com/cotent/assets/pdf/x_code_of_conduct2011.sp.pdf/
32. <http://www.newmont.com/south-america/minera-yanacocha-peru/community>
33. [http://www.yanacocha.com.pe/la-compania/quienes-somos/.](http://www.yanacocha.com.pe/la-compania/quienes-somos/)
34. <http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/index.html>
35. <http://www.plades.org.pe/qsomos/presentacion.htm>.
36. <http://www1.inei.gob.pe/perucifrasHTM/inf-dem/cuadro.asp?cod=3818&name=po01&ext=gif>

TOPICOS DE DERECHO

LOS SERVICIOS PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE PUEBLA Y SU RELACION CON EL PLAN MUNICIPAL DE DESARROLLO.

*José Luis Ramírez Perez*²²¹
*Karla Paola Ramírez Aumada*²²²

Sumario.- Palabras Clave. 1. Introducción. 2. Estructura Municipal. 3. Definición y Principios de los Servicios Públicos. 4. Clasificación de los Servicios Públicos. 5. Plan Municipal de Desarrollo 2011-2014 del Gobierno Municipal de Puebla. 6. Eje Rector de Desarrollo Urbano y Metropolitano sustentable. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía

Palabras Clave. Derecho Municipal, Administración Municipal, Planeación, Servicios Públicos, Concesión, Plan Municipal de Desarrollo.

1.- Introducción.

El presente trabajo de investigación, es el resultado de la ponencia presentada en el Congreso Internacional en Servicios Públicos Municipales realizado en mayo del 2013, por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, el Ayuntamiento del Municipio de Puebla, la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, y otras instituciones de Educación Superior. Además de que esta publicación servirá de base para algunos temas de la Materia de Derecho Municipal que se impartirá en la terminal de Derecho Constitucional y Amparo de nuestra facultad.

En los últimos años nuestro país ha consolidado una serie de importantes transformaciones que no tienen precedentes en otras épocas históricas, tanto por la vertiginosa rapidez de su impacto cultural, como por la profundidad de los cambios que han generado en las estructuras y en la organización de la sociedad mexicana. En este contexto,

²²¹ Maestro e investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la BUAP, y catedrático de las materias de Derecho Administrativo, Derecho Contencioso Administrativo y Derecho Municipal.

²²² Alumna de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la BUAP.

observamos que desafortunadamente el municipio mexicano no ha adquirido la relevancia que su naturaleza y fin social ameritan, por tratarse de la institución del poder público más cercano al pueblo y sus necesidades. De acuerdo a las Políticas Públicas del Plan Municipal de Desarrollo los servicios públicos a cargo del municipio de Puebla, se verán evidentemente reforzados en su planeación y prestación, así como en su control, todo ello con repercusiones de beneficio a la población de este municipio.

Los procesos de globalización, privatización y desregulación de las economías contemporáneas, plantean al poder público arduos y complejos problemas. Los estados nacionales, se subordinan a las decisiones de mercado, y el capital financiero y bursátil internacional, redefine el qué producir, cómo producir y para quién producirá.

En este escenario, las tareas del poder público entran a una revisión cualitativa y cuantitativa. El saneamiento de las finanzas públicas y la disciplina del gasto público, elevados a categorías míticas por el pensamiento económico en boga, cuestionan la presencia pública globalmente y postulan una privatización acelerada de los servicios públicos en todos ámbitos.²²³

La globalización e internacionalización de la sociedad contemporánea impactan los estados nacionales y las comunidades humanas diluyen lealtades y adscripciones territoriales en función de consumos estandarizados y de empresas transnacionales hegemónicas en el campo de los servicios y la mercadotecnia internacional.

El municipio, como organismo rector de comunidades, participa de la erosión del poder del Estado, aunque su naturaleza e imagen están inmersas en territorios e individuos cercanos y específicos. En efecto, el municipio es un sujeto dinámico y responsable artífice auténtico de una comunidad. El municipio como acotamiento del poder público puede visualizarse en tres vertientes:

- A) Constitucionalmente, a fin que se le otorguen mayores garantías; como gobierno de una comunidad territorial, base de la organización del Estado;
- B) Jurisdiccionalmente, a fin de fortalecer sus derechos de defensa ante actos de otras autoridades que le afecten; y

²²³ Añorve Baños, Manuel. Servicios Públicos Municipales. Editorial Porrúa. México 1998. p. 3.

- C) Administrativamente, con objeto de deslindar fronteras de actuación e injerencia de los diversos niveles de gobierno para cumplir con las demandas colectivas de servicios.

En estas tres vertientes, como es lógico se busca el fortalecimiento de las prácticas democráticas en las relaciones intergubernamentales. Los Servicios Públicos Municipales, identifica la problemática que se presenta dentro de la estructura territorial para la administración de las ciudades, tocando los principales aspectos que inciden en forma multideterminada como son: las delimitaciones jurídico-territoriales de la República Mexicana en sus tres niveles (federal, estatal y municipal); los marcos legales establecidos para orientar el desarrollo urbano-regional. El origen y la caracterización de los servicios públicos municipales de agua potable y alcantarillado, así como los marcos jurídicos de regulación. Las características de estos servicios públicos en la mayoría de las ciudades de nuestro país, las formas de operación y administración de los organismos públicos y privados, y una particular atención y análisis de la mezcla de recursos federales actuales para la introducción o ampliación de los servicios públicos municipales más indispensables como son el agua potable y el alcantarillado.

En efecto, la ideología liberal en auge y la tendencia a la privatización en casi todas las actividades productivas, ha conducido al extremo de querer dejar a la empresa privada la operación de estos servicios públicos, haciendo caso omiso de las bajas condiciones económicas de los estratos sociales empobrecidos de las ciudades y sobreponiendo la rentabilidad económica sobre la rentabilidad social, o la tendencia de una falsa descentralización que limita el desarrollo de estos servicios.²²⁴

2.- Estructura Municipal.

En México, según las últimas estadísticas proporcionadas por el Centro Nacional de Estudios Municipales de la Secretaría de Gobernación, se encuentran registrados alrededor 2450 municipios con una gran variedad de características, diferentes entre sí, por lo que se podría afirmar que no existen dos municipios iguales, sino que cada uno posee sus rasgos

²²⁴ Quintana Roldán; Carlos. Derecho municipal. Editorial Porrúa. México 2008. P. 461

característicos que lo diferencian de los demás, aunque en términos de la problemática que enfrentan, se dan situaciones y problemas comunes, como son: insuficiencia de recursos financieros, de capacidad técnica y humana en la prestación de servicios públicos e insuficiencia administrativa, entre los principales.

Esta diversidad también se presenta con respecto a su estructura política y organización administrativa. La composición de los ayuntamientos es diferente de una entidad a otra, incluso existen diferencias en la integración de los ayuntamientos de una misma entidad federativa. Este fenómeno no está directamente relacionado con el principio de la proporcionalidad en la representación popular, es decir, a mayor número de habitantes de un municipio corresponderá un mayor número de regidores y uno o dos síndicos, pero, siempre en los ayuntamientos, sólo habrá un presidente municipal. El criterio para determinar a qué número de habitantes corresponde un representante en el ayuntamiento no es uniforme; es decir, cada legislatura ha establecido en la respectiva ley orgánica municipal cuántos miembros deben de componer un ayuntamiento. En algunos casos, el señalamiento es muy directo, sin tomar en cuenta el número de habitantes de cada municipio.²²⁵

Una de estas dos fórmulas para determinar la composición del ayuntamiento es la que se utiliza siempre entre los 31 Estados de la República. Cabe señalar también que, con la implantación de la reforma política a nivel municipal, el principio de representación proporcional se aplica con respecto a los regidores que participan en la contienda electoral. Este hecho ha ocasionado que en todas las entidades federativas, los municipios de más importancia hayan incrementado el número de miembros de sus respectivos ayuntamientos, dando cabida a regidores electos bajo el principio de representación proporcional.

Desde el punto de vista jurídico-político, la Constitución Federal y las respectivas de los estados y las leyes orgánicas municipales, no establecen diferencias, en cuanto a su estructura, entre los municipios. Sin embargo, en la realidad sí existen diferencias de las estructuras administrativas que representan los municipios. Para estar en posibilidad de aportar algunas sugerencias para su mejor organización y estructura, debemos considerar

²²⁵ Añorve Baños, Manuel. Servicios Públicos Municipales.. Editorial Porrúa. México 1998. p. 61.

sus características más esenciales: número de habitantes, sus principales actividades económicas, los servicios culturales, educativos y deportivos con que cuenta, los servicios públicos que proporciona, el presupuesto anual de ingresos y las características de los asentamientos humanos, mismas que como ya analizamos anteriormente, determinan una tipología (rurales, semiurbanos, urbanos y zona metropolitana) , en efecto, las tipologías determinan la estructura y organización de un municipio, por lo tanto tenemos la siguiente clasificación:

A).- Estructura de un municipio rural.

Las principales características del municipio rural, atendiendo a las variables previamente mencionadas son las siguientes: población menor de 30,000 habitantes; servicios públicos que proporciona, agua potable y alumbrado en algunos casos; principales actividades económicas que se desarrollan: agricultura, ganadería, pesca y minería, todos en pequeña escala: los servicios educativos existentes: escuelas primarias, y asentamientos humanos constituidos por pequeñas comunidades dispersas en el territorio municipal.

De acuerdo con estas características y en base al análisis realizado de las leyes orgánicas municipales, podemos considerar que la estructura administrativa de los municipios rurales es la siguiente: en la parte superior el ayuntamiento, como órgano colegiado deliberante, de la administración del municipio; inmediatamente después, el presidente municipal como responsable de la ejecución de los acuerdos del ayuntamiento y dos órganos operativos, que son la estructura mínima que puede tener el municipio, lo constituyen el secretario del ayuntamiento y el tesorero.²²⁶

Entre estos dos órganos, el presidente municipal dividirá sus funciones administrativas que tiene encomendadas.

²²⁶ Quintana Roldán; Carlos. Derecho municipal. Editorial Porrúa. México 2008. p. 454

ORGANIGRAMA DE UN MUNICIPIO RURAL

| AYUNTAMIENTO MUNICIPAL | |
|--|--|
| Secretaría del Ayuntamiento | Tesorería |
| Sus funciones: | Sus funciones |
| <ul style="list-style-type: none"> - Secretario de Actas del Ayuntamiento - Intención de audiencias - Asuntos políticos - Junta Municipal de Reclutamiento - Acción Cívica - Jurídico y Aplicación de Reglamentos - Archivo y Correspondencia - Educación, Cultura y Deportes - Salud - Trabajo Social - Panteones - Limpia - Seguridad Pública - Centro de Rehabilitación Municipal | <ul style="list-style-type: none"> - Ingresos - Egresos - Contabilidad - Auditoría a Causantes - Coordinación Fiscal- Personal - Adquisiciones - Servicios Generales- Almacenes - Inventarios - Administración de Mercados - Administración de Rastros- Edificios Públicos |

B).- Estructura de un Municipio semiurbano

El Municipio semiurbano tiene las siguientes características: su población va de los 30,000 a los 60,000 habitantes; sus principales actividades económicas pueden ser la agricultura, la ganadería, el comercio y la pequeña industria; los servicios educativos que se proporcionan son hasta escuelas secundarias; los principales servicios públicos con que cuenta: agua potable, alumbrado, rastro, mercado, panteón, limpia y en algunos casos drenaje; sus asentamientos humanos distribuidos en pequeñas comunidades dispersas y una comunidad importante, casi siempre en la cabecera municipal.

Tomando en consideración estas características y de acuerdo con las funciones que tienen encomendadas los ayuntamientos y los presidentes municipales por las leyes orgánicas municipales respectivas podemos diseñar la estructura administrativa para los municipios semiurbanos, de la forma siguiente: en la parte superior aparecerá el Ayuntamiento, después el presidente municipal y cuatro dependencias.

1. La Secretaría del Ayuntamiento. A cuyo cargo está atender los aspectos de política interior, la aplicación de los reglamentos municipales, los aspectos jurídicos relacionados con la administración municipal y la atención de audiencias del presidente municipal, entre otros.
2. Tesorería. Encargada de la hacienda municipal y la administración de los servicios públicos que impliquen ingresos para el municipio.
3. Obras y servicios públicos. Con la responsabilidad de la prestación de los servicios públicos, y,
4. Seguridad pública. Cuya función es salvaguardar la vida y bienes y protección de sus habitantes, así como procurar la paz pública.

Cabe aclarar que esta estructura debe ajustarse a las necesidades y características de cada municipio en particular.

ORGANIGRAMA DE LOS MUNICIPIOS CON CARACTERÍSTICAS SEMIURBANAS

| AYUNTAMIENTO PRESIDENTE MUNICIPAL | | | |
|---|---|---|---|
| <i>Sus funciones:</i> | | | |
| Secretaría del ayuntamiento | Tesorería | Obras y Servicios públicos | Seguridad pública |
| <ul style="list-style-type: none"> - Secretaría de Actas del Ayuntamiento - Atención de Audiencias - Asuntos Políticos - Junta Municipal de Reclutamiento - Acción Cívica - Jurídico y Aplicaciones de Reglamentos - Archivo y Correspondencia - Educación - Cultura - Deportes | <ul style="list-style-type: none"> - Ingresos - Egresos - Contabilidad - Auditorías a Causantes - Coordinación Fiscal - Personal - Adquisiciones - Servicios Generales - Almacenes - Talleres - Administración | <ul style="list-style-type: none"> - Parques y Jardines - Edificios Públicos - Urbanismo - Agua Potable - Alcantarillado - Mercados - Transporte Público - Rastro - Alumbrado - Limpia - Panteones | <ul style="list-style-type: none"> - Policía - Tránsito - Centro de Rehabilitación Municipal |

| | | | |
|--|---------------------------------|--|--|
| | de Mercados - Administración | | |
|--|---------------------------------|--|--|

C).- Estructura de un Municipio urbano

Las características que distinguen al Municipio urbano son: tienen entre 60,000 y 300,000 habitantes; sus principales actividades económicas: agricultura tecnificada, mediana industria, comercio y turismo entre otros. En relación a los servicios educativos que proporcionan, alcanzan los niveles medio básico (secundaria o sus equivalentes) y en algunos casos, escuelas profesionales (estudios universitarios y tecnológicos); cuenta con todos los servicios públicos tales como: agua potable, energía eléctrica, drenaje, pavimentación de calles, limpia, parques y jardines, auditorios, centros deportivos, rastros, mercados, transporte urbano, etc. En cuanto a los asentamientos humanos, el agrupamiento de su población se caracteriza por estar localizado en más de dos comunidades importantes y poblados regulares. En base a dichos elementos y de acuerdo con las funciones que los ayuntamientos y presidentes municipales tienen asignadas en las leyes orgánicas respectivas, la estructura administrativa diseñada para los municipios urbanos es la siguiente: en la parte superior aparece el ayuntamiento, enseguida el presidente municipal y dependiendo de éste, siete dependencias, a saber:

- 1) Relaciones públicas. Se encarga del manejo de la información, de conducir las relaciones con el público y de difundir las actividades que realice el presidente municipal.
- 2) Programas y Presupuesto. Actúa como órgano regulador de las funciones administrativas del Municipio.
- 3) La Secretaría del ayuntamiento. Tiene asignadas las funciones de gobierno, cultura, recreación y bienestar social.
- 4) Tesorería. Se encarga de los aspectos financieros.
- 5) Obras y Servicios Públicos. Tiene a su cargo la construcción y conservación de las obras de beneficio colectivos y la presentación de servicios públicos.
- 6) Seguridad Pública. Se encarga de garantizar la paz pública y la seguridad de la población.

7) Oficialía Mayor. Ésta proporciona los bienes o servicios que requiere la administración municipal para que funcione adecuadamente.

Es necesario aclarar que en la misma forma de las anteriores estructuras municipales, se ajustan a las necesidades y características de cada municipio en particular.

A continuación presentaremos el organigrama estructural para el funcionamiento de los municipios con características urbanas.

ORGANIGRAMA ESTRUCTURAL DE UN MUNICIPIO URBANO

| AYUNTAMIENTO PRESIDENTE MUNICIPAL | | | | |
|--|----------------------------|--|------------------------------------|-------------------------|
| Relaciones públicas | | Programación y presupuesto | | |
| Sus funciones: | | | | |
| Secretaría Particular | | <ul style="list-style-type: none"> - Planeación - Programación - Presupuestación - Evaluación - Control | | |
| Secretaría de Ayuntamiento | Tesorería Municipal | Obras y Servicios | Seguridad Pública | Oficialía Mayor |
| Sus funciones: | | | | |
| Secretario de actas del Ayuntamiento | Ingresos | Parques y Jardines | Policía | Personal |
| Atención de Audiencia | Egresos | Edificios | Tránsito | Adquisiciones Generales |
| Asuntos Políticos | Contabilidad | Agua Potable | Centro de Rehabilitación Municipal | Almacén |
| Junta Municipal de Reclutamiento | Auditoría a Causantes | Urbanismo | | Talleres |

| | | | | |
|--------------------------------------|----------------------------|--------------------|--|--|
| Acción Cívica | Coordinación Fiscal | Alcantarillado | | |
| Jurídico y aplicación de Reglamentos | Administración de Mercados | Mercados | | |
| Archivo y Correspondencia | Administración de Rastros | Transporte Público | | |
| Deporte | | Rastro | | |
| Salud | | Alumbrado | | |
| Trabajo Social | | Limpia | | |

Asimismo, algunos autores han presentado la estructura de un municipio tipificado como metropolitano, y que pasamos a integrar en este trabajo, sin embargo, esta tipología es la que hemos considerado en puntos anteriores como zona metropolitana.

D).- Estructura de un Municipio metropolitano

“Las características de los municipios calificados como metropolitanos son las siguientes:

Cuentan con más de 300,000 habitantes; sus actividades económicas comprenden las ramas del comercio, la industria, el turismo y los servicios en general, la agricultura y la ganadería tecnificadas; en cuanto a servicios educativos se refiere, cuentan con instituciones de enseñanza en todos sus niveles, de postgrado. Así como bibliotecas con servicio especializado. Asimismo, proporcionan todos los servicios públicos... y el asentamiento de su población localizada en grandes concentraciones urbanas, así como en poblados importantes.”

Con todos los elementos señalados y tomando en consideración las funciones que las leyes orgánicas respectivas les asignan tanto a los ayuntamientos como a los presidentes municipales, la estructura del aparato administrativo de los municipios metropolitanos,

queda en la forma siguiente: el ayuntamiento en primer término, en seguida el presidente municipal, de quien dependen nueve unidades administrativas, a saber:

- 1) Relaciones Públicas. Tiene a su cargo la prensa y difusión de las actividades que realice el presidente municipal.
- 2) Secretaría Particular. Se encarga del control de la agenda, los acuerdos con funcionarios, las audiencias y la correspondencia del presidente municipal.
- 3) Programación y Presupuesto. Órgano regulador de las funciones administrativas del municipio.
- 4) Secretaria del Ayuntamiento. Realiza funciones de gobierno y política interior.
- 5) Tesorería. Encargada de la Hacienda Municipal.
- 6) Obras y Servicios Públicos. Responsable de la construcción y conservación de las obras de beneficio social y la prestación de servicios.
- 7) Cultura y Bienestar Social. Encargada de promocionar los servicios de cultura, trabajo, recreación y bienestar social.
- 8) Seguridad Pública. Se encarga de garantizar la paz pública y la seguridad de la población y sus bienes, y
- 9) Oficialía Mayor. Se responsabiliza de las funciones de apoyo administrativo.

ORGANIGRAMA ESTRUCTURAL DE UN MUNICIPIO METROPOLITANO

| AYUNTAMIENTO PRESIDENTE MUNICIPAL | |
|--|--|
| Relaciones públicas | Programación y presupuesto |
| Sus funciones: | |
| Secretaría Particular | <ul style="list-style-type: none"> - Planeación - Programación - Presupuestación -Evaluación - Control - Estadística - Auditoría Administrativa |

| Secretaría de Ayuntamiento | Tesorería Municipal | Obras y Servicios Públicos | Culturas y Bienestar Social | Seguridad Pública | Oficialía Mayor |
|--------------------------------------|----------------------------|-----------------------------------|------------------------------------|---|------------------------|
| Sus funciones: | | | | | |
| Secretario de Actas del Ayuntamiento | Ingresos | Parques y Jardines | Educación | Policía | Personal |
| Atención de Audiencia | Egresos | Edificios Públicos | Cultura | Tránsito | Adquisiciones. |
| Asuntos Políticos | Contabilidad | Urbanismo | Deportes | Centro de Rehabilitación Social del Municipio | Servicios Generales |
| Junta Municipal de Reclutamiento | Auditoría a Causantes | Agua Potable | Salud | | Almacenes |
| Acción Cívica | Coordinación Fiscal | Alcantarillado | Trabajo Social | | Talleres |
| Jurídico y Aplicación de Reglamentos | Admón. de Mercados | Mercados | | | |
| Archivo y Correspondencia | Admón. de Rastros | Transporte Público | | | |
| | | Rastro | | | |
| | | Limpia | | | |
| | | Alumbrado | | | |
| | | Panteones Municipales | | | |

Los municipios se pueden dividir políticamente entre otras formas, en delegaciones, agencias o comisarias municipales. No debe confundirse esta división con las categorías que reciben las comunidades en función a su población señaladas como ciudades, villas, pueblos y rancherías.²²⁷

En términos generales, los integrantes del ayuntamiento son los responsables de la política y la administración municipal y además quienes toman decisiones sobre cada uno de los aspectos que conforman la vida municipal, dependiendo de los factores y variables

²²⁷ Añorve Baños, Manuel. Servicios Públicos Municipales.. Editorial Porrúa. México 1998. p. 68.

económicas y políticas predominantes. Sin embargo, la ejecución de las decisiones tomadas por el ayuntamiento y su cumplimiento es responsabilidad del presidente municipal, quien se auxilia para tal propósito de un aparato administrativo formado por las unidades encargadas de atender los diferentes aspectos de la vida municipal para satisfacer las necesidades demandadas por los habitantes del municipio.

Este aparato o estructura administrativa es tan compleja, como problemática sea la vida municipal. Planteado de otra manera, es un reflejo en el gobierno local del cúmulo de necesidades y demandas que generen las relaciones económicas, políticas, sociales y culturales, que se presentan en la comunidad. Es decir, la composición administrativa de un ayuntamiento se encuentra también directamente relacionada con el tipo de municipio del que se trate.

3.- Definición y Principios de los Servicios Públicos

Tenemos diferentes definiciones de servicio público de las cuales mencionaremos las siguientes:

Servicio Público.- “constituye una actividad técnica, regular, continua, uniforme del gobierno municipal que se realiza para satisfacer una necesidad social, económica o cultural”.

Servicio Público Municipales.- “son todas aquellas actividades que realiza el ayuntamiento de manera uniforme y continua para satisfacer las necesidades básicas de la comunidad”.

Servicio Público.- “es una actividad técnica directa o indirecta, de la administración pública activa o autorizada a los particulares, que ha sido creada y controlada para asegurar de una manera permanente, regular, continua y sin propósito de lucro, la satisfacción de una necesidad colectiva de interés general, sujeta a un régimen especial de derecho público “.²²⁸

Asimismo, de las anteriores definiciones se desprenden ciertos principios que las autoridades municipales deberán tomar en consideración en la prestación de los servicios públicos a la comunidad y en la que diversos autores, coinciden:

²²⁸ Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo primer curso. Editorial Porrúa. México 2012. p. 110.

- Igualdad. También llamado de uniformidad y significa que todos los habitantes deben gozar de un servicio público en igualdad de condiciones, siempre y cuando hayan cubierto los requisitos necesarios para su uso, es decir, el servicio público debe representar un beneficio social colectivo.
- Permanencia o de continuidad. Esto significa: todo servicio público debe ser proporcionado de manera regular y continua, sin interrupción en su presentación. Su existencia prolongada y segura garantiza la satisfacción de necesidades colectivas, a través del tiempo. No puede concebirse un servicio público otorgado por períodos.
- Adecuación. Significa que el servicio público debe responder en cantidad y calidad a las necesidades de los habitantes del municipio. Por tanto es necesario que los órganos responsables de la presentación de los servicios, cuenten con el equipo, personal e instalaciones adecuadas y suficientes para cubrir las demandas de la comunidad.

En el Manual de Servicios Públicos señalan, además de los principios antes mencionados, los siguientes:

“Principio de generalidad. Establece que cualquier habitante de una circunscripción geográfica determinada tiene el derecho a ser usuario de los servicios públicos, siempre que lo haga de conformidad con las normas vigentes que lo regulan.

“Principio de legalidad. Dispone que los servicios públicos se apoyen en el conjunto de normas y condiciones contenidas en la ley respectiva.

“Principio de obligatoriedad. El deber constitucional que tienen las autoridades encargadas de prestar los servicios públicos, en tanto son responsables política y administrativamente ante la comunidad.

“Principio de persistencia. Alude a la circunstancia de que los servicios públicos se lleven a cabo sin tener un fin de lucro o de especulación: sin embargo su mantenimiento requiere ciertos gastos, lo que supone fijar criterios de carácter financiero para cubrir adecuadamente tales costos en forma equitativa.

“Principio de adaptación. Considera que la prestación correspondiente se adapte a las contingencias de la comunidad y a los cambios en las necesidades de los habitantes, logrando prestar un mejor servicio, acorde con el desarrollo social.

Estos principios muestran que la prestación de los servicios públicos es un procedimiento que requiere de una serie de pasos de tipo administrativo y de una organización que tiene como fin satisfacer una necesidad general.

El marco de los servicios públicos, lo encontramos primeramente en la Constitución Federal que establece en su artículo 115. Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el Municipio Libre conforme a las bases siguientes:

I.- Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:

- a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales;
- b) Alumbrado público.
- c) Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos.
- d) Mercados y centrales de abasto.
- e) Panteones.
- f) Rastro.
- g) Calles, parques y jardines y su equipamiento.
- h) Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito.
- i) Los demás que las legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socio-económicas de los Municipios, así como su capacidad administrativa y financiera.

La Constitución Política para el Estado Libre y Soberano de Puebla, establece en su artículo 104 que Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes: la cual coinciden con las fracciones de la Constitución Federal.

Como puede apreciarse fácilmente, hay una notoria discordancia entre los diversos ordenamientos jurídicos que integran el régimen jurídico de los servicios públicos del municipio de Puebla, habida cuenta que mientras la Constitución Federal establece un catálogo de funciones y servicios públicos, la Constitución del Estado de Puebla, al igual que la Ley Orgánica Municipal, presentan un catálogo similar de funciones y servicios públicos, no así el Código Reglamentario Municipal, pues este no prevé un catálogo de los mismos.²²⁹

4.- Clasificación de los Servicios Públicos Municipales.

En efecto, la clasificación que haremos será, considerando el régimen de derecho público municipal, en el que se sitúan los servicios públicos dentro de nuestro orden jurídico nacional, exceptuando en este caso, los que responden al régimen de derecho público Federal, de los Estados de la República y los del Distrito Federal.²³⁰

La doctrina ha desarrollado una serie de clasificaciones respecto al servicio público, la que mencionaremos será la clasificación dentro del régimen de derecho público municipal, la cual es la siguiente:

a) Por la titularidad o jurisdicción del servicio.- En la jurisdicción municipal, la fracción III del artículo 115 Constitucional, establece que son aquellos que por ley deben prestar los ayuntamientos. Además establece, que con el concurso de los estados, cuando así fuere necesario y lo establezcan las leyes locales, tendrán a su cargo los siguientes servicios públicos:

Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales, alumbrado público, Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos, mercados y centrales de abasto, panteones, rastro, calles, parques y jardines y su equipamiento, seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito.

²²⁹ Fernández Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo del Estado de Puebla. Editorial Porrúa. México 2007. p .303.

²³⁰ Añorbe Baños, Manuel. Servicios Públicos Municipales. Editorial Porrúa México 1998. p 90.

La lista anterior, no es limitativa, ya que establece que se prestaran los demás servicios que las legislaturas locales determinen de acuerdo a las condiciones territoriales y socioeconómicas de los municipios, así como su capacidad administrativa y financiera. Diversos autores coinciden, en que los enlistados en dicho artículo constitucional, deben atenderse prioritariamente. Sin embargo existen algunos servicios públicos municipales, que por diversas razones van colocándose en diferente nivel de prioridad. En efecto desde la propia lista, consideramos que el principal dentro de los llamados básicos o prioritarios, es el agua potable y alcantarillado,

b) Por razón de su importancia.- pueden ser considerados en tres categorías, indispensables, secundarios y superfluos. En efecto, el maestro Fernández Ruiz, considera al servicio de agua potable como indispensable, entre otros. Conforme al análisis de cada uno de los servicios públicos municipales, hemos visto que en la prestación del servicio público de agua potable, de acuerdo a su técnica de aplicación, debe ser colateral la prestación del servicio público de alcantarillado. En tal virtud, conforme a esta clasificación, también tienen un “nivel fundamental de prioridad”, ante los demás servicios. Dentro de los servicios públicos municipales secundarios y superfluos, encontramos la acción deportiva y animación municipal.²³¹

c) Por razón de su necesidad.- los servicios públicos, pueden clasificarse en constantes, cotidianos, intermitentes y esporádicos. En los constantes, la prestación es diaria y a todas horas, durante todo el año. En esta podemos ubicar el servicio público de agua potable y alcantarillado, según nuestro análisis previo de dicho servicio, ya que lo requerimos diariamente y a todas horas. También es interesante reconocer que se ha ubicado al servicio público de agua potable, dentro de las necesidades básicas y que deben estar cubiertas en coordinación con el Estado y la Federación.

Otra clasificación de los servicios públicos, es la siguiente:

- a) Por razón de su importancia, tenemos a los esenciales y los secundarios.
- b) Necesarios y voluntarios, según que las entidades públicas estén o no obligadas a tenerlas.

²³¹ Fernández Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo (servicios públicos). Editorial Porrúa. México 1995. p .177.

- c) Por razón de su utilización, en obligatorios y facultativos.
- d) Por razón de competencia, se dividen en exclusivos y concurrentes.
- e) Por la persona administrativa de quien dependen se dividen, de acuerdo a nuestro marco jurídico, en federales, estatales y municipales.
- f) Por razón de los usuarios se clasifican en generales y especiales.
- g) Por la forma de aprovechamiento.
- h) Por la manera como se satisfacen las necesidades colectivas., los servicios públicos pueden ser directos o indirectos.
- i) Por su composición.²³²

5.- Plan Municipal de Desarrollo 2011-2014 Gobierno Municipal de Puebla.

El Municipio de Puebla se localiza en la parte Centro Oeste del Estado de Puebla, limita al Norte con el Estado de Tlaxcala y los municipios de Cuautlancingo y Tepatlaxco de Hidalgo; al este, con Amozoc y Cuautinchan; al Sur, con los municipios de Tzicatlacoyan, Huehuetlán el grande y Teopantlán; al Oeste, con los municipios de Ocoyucan, San Andrés Cholula y San Pedro Cholula. Comprende una extensión de 524.31 Kilómetros Cuadrados, que lo ubica en el lugar número cinco en superficie en relación al resto de los municipios del estado de Puebla y contiene una población de 1millon 539 mil 819 personas, de acuerdo al último censo de población y vivienda.

El crecimiento acelerado y extensivo de la superficie urbana del municipio de Puebla, ha rebasado sus límites político-administrativos y se ha unido con la superficie urbana de otros municipios del Estado de Puebla e incluso, con municipios pertenecientes al estado de Tlaxcala. Por lo tanto, el Municipio de Puebla representa el municipio central y de mayor jerarquía de la Zona Metropolitana Puebla- Tlaxcala, entendida como el conjunto urbano donde más de una autoridad toma decisiones sobre su crecimiento, ordenación, organización y equipamiento, agrupando municipios con capacidades, modelos de organización y recursos diferentes para atender la situación en la que se encuentran.

²³² Acosta Romero, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, México 1999. p 970.

Bajo la jurisdicción del gobierno del municipio de Puebla existen 17 Juntas auxiliares que antes fueron pueblos vecinos, rancherías o ejidos, o incluso municipios que fueron absorbidos por la ciudad a raíz de las reformas en 1962 y ahora forman parte de la mancha urbana metropolitana. Cada junta auxiliar es representada por un Presidente Auxiliar y su equipo, elegido de manera directa por los habitantes de la comunidad y que fungen como auxiliares en la administración municipal sujetos al honorable Ayuntamiento que rige al Municipio de Puebla.

Al inicio de este gobierno, se tiene como reto, construir “La Puebla que Queremos”, y el Plan Municipal de Desarrollo 2011-2014 será el instrumento que nos permitirá responder las principales demandas que los poblanos nos han ido manifestando, al considerar que este es un proyecto compartido en el que gobierno y sociedad trabajaremos de manera corresponsable, Puebla encabeza la cuarta zona metropolitana de la República mexicana, porque queremos consolidarnos como líderes nacionales en el desarrollo metropolitano sustentable, resolviendo problemas de nuestra ciudad de manera oportuna y participativa, en colaboración con los demás municipios que lo conforman.

El corazón del Plan Municipal de Desarrollo 2011-2014 es la familia y participación ciudadana, al considerar que para construir mejores comunidades se requiere atender las necesidades básicas de la población desde los hogares, y así mejorar las condiciones de unidades habitacionales, barrios, colonias, juntas auxiliares; es decir, el municipio en su totalidad. La familia, por lo tanto, será la base para la vida en comunidad, mientras que la participación ciudadana se considerara como un proceso permanente de dialogo, con una participación activa y comprometida para que al final de estos tres años estemos mucho más orgullosos de vivir en Puebla, una ciudad segura, modelo en servicios, cultura y valores humanísticos, con un gobierno que es referente nacional e internacional.

El presente Plan integra el esfuerzo y visión del equipo que conforma este gobierno municipal y también da continuidad a consideraciones planteadas en programas de desarrollo anteriores, para dar respuestas a las situaciones que hayan quedado por atender o para dar continuidad a acciones y proyectos vigentes. Asimismo, están en concordancia con los gobiernos locales. En este sentido, el Plan Municipal de Desarrollo 2011-2014 para el municipio de Puebla considera los siguientes Ejes rectores:

- 1.- Desarrollo Urbano y Metropolitano Sustentable.
- 2.- Comunidad Segura.
- 3.- Desarrollo Económico Integral.
- 4.- Desarrollo Social Incluyente.
- 5.- Mejores Prácticas Municipales.

EL Plan Municipal de Desarrollo constituye un instrumento de gran importancia en la vida de todo poblano, pues los programas, proyectos y acciones que deriven de él, inciden directamente en la vida cotidiana de los habitantes del municipio. Las políticas gubernamentales, por lo tanto, deben estar formuladas para ofrecer seguridad jurídica a los gobernados y garantizar su bienestar.

La planeación del desarrollo municipal es una actividad de racionalidad administrativa, encaminada a prever y adaptar las actividades económicas con las necesidades básicas de la comunidad. Es así que en estricto apego al Estado de Derecho y al Principio de Legalidad, se publica el Plan Municipal de Desarrollo 2011-2014, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 107 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, los artículos 4, 9 fracción II y 10 fracción II de la Ley de Planeación para el Desarrollo del estado de Puebla, así como a los artículos 102, 104 y 105 de la Ley Orgánica Municipal. El Plan Municipal de Desarrollo se fundamenta en leyes de competencia Federal, Estatal y Municipal, ya que la armonización de dichas normas conlleva el desarrollo integral, sustentable y equilibrio del municipio.

6.- Eje Rector de “Desarrollo Urbano y Metropolitano Sustentable”.

De acuerdo a nuestra ponencia de los cinco ejes antes mencionados, el que se relaciona es el primer eje denominado “Desarrollo Urbano y Metropolitano Sustentable”

El cual integra las necesidades básicas de **servicios públicos** de los habitantes de Puebla, considerando al mismo tiempo condiciones óptimas para el desarrollo comunitario, la vivienda digna, los espacios públicos de calidad, opciones de movilidad, conectividad

entre colonias y accesibilidad para personas con discapacidad protegiendo el medio ambiente y buscando el ordenamiento del territorio, para mejorar las condiciones de vida de todos los poblanos de manera justa y equitativa.

En este eje encontramos las siguientes Dependencias y Organismos involucrados como son:

- 1.- Secretaria de Desarrollo Urbano y Obras Públicas.
- 2.- Secretaria de Medio Ambiente y Servicios Públicos.
- 3.- Instituto Municipal de Planeación.

La Zona Metropolitana Puebla Tlaxcala, es la parte del Área Mega-metropolitana de la Ciudad de México, sistema de zonas metropolitanas de forma concéntrica en torno a la del valle de México. Sin embargo, es importante reconocer que la Zona Metropolitana Puebla-Tlaxcala, como el resto de zonas metropolitanas de México, aloja la mayor parte de la pobreza urbana en el país y representa una de las características de las zonas metropolitanas del mundo la coexistencia entre riqueza y pobreza.

Así tenemos que en este eje se diagnosticó lo siguiente:

EXPANSIÓN DEL SUELO URBANO.- Tanto el municipio de Puebla como los municipios que conforman su zona metropolitana, han padecido en los últimos años un crecimiento desordenado de su suelo urbano. Proliferación de asentamientos irregulares generados por grupos de población que no son sujetos a créditos de vivienda públicos y privados. Aunado a lo anterior, la disposición de numerosos ayuntamientos que han permitido el cambio de uso de suelo, pasando de un estatus de uso de suelo de valor ambiental y agrícola a uno urbano en la mayoría de los casos a un uso habitacional.

ZONA CENTRAL DEL MUNICIPIO.- El centro histórico del municipio de Puebla sobresale por ser de los de mayor extensión del mundo, con una superficie de más de siete kilómetros cuadrados y contener casi tres mil inmuebles catalogados por el Instituto Nacional de Antropología e Historia, lo que le mereció la declaratoria de Patrimonio Histórico de la Humanidad por la UNESCO en 1987. Otra situación existente, relacionada con la estructura urbana del municipio común en todas las grandes ciudades y áreas

metropolitanas del mundo, es el despoblamiento de sus zonas centrales., en el caso de Puebla, se ha caracterizado por identificar esta situación en su centro Histórico, aunque también colonias y barrios que rodean el Centro Histórico muestran esa condición.

ESTRUCTURA VIAL.- La traza vial del Municipio de Puebla tiene su origen en la retícula del Centro Histórico. En torno a él, se han construido circuitos, como el interior, que en su recorrido integra pares viales y vías primarias y el periférico, que envuelve gran parte de la superficie urbana del Municipio de Puebla y lo conecta con otros municipios metropolitanos. El aumento en el parque vehicular, ante la falta de capacidad de la estructura vial, ha provocado múltiples congestionamiento que disminuyen de forma importante la capacidad de servicio de toda la red vial, e incrementan la contaminación ambiental. Se considera mejorar las condiciones y en algunos casos ampliar y prolongar, de las vías para lograr una mejor comunicación y movilidad al interior del municipio y de la zona metropolitana que lo conforma. La carpeta asfáltica del municipio de Puebla se encuentra en un estado de deterioro, en la mayoría de los casos debido a la falta de mantenimiento. Por otro lado, se calcula que existe un déficit de cuatro millones de metros cuadrados de calles sin pavimentar en el municipio, en especial donde se ubican los nuevos asentamientos humanos.

MEDIO AMBIENTE.- La problemática ambiental que se vive a nivel mundial ha expuesto la necesidad de incluir criterios ambientales en las políticas públicas, con la finalidad de plantear mecanismos que permitan enfrentarla y que se basen en paradigmas económicas tradicionales; es decir, tan sólo el crecimiento económico como sinónimo de bienestar. Por lo anterior, se requiere buscar un modelo de desarrollo humana, sostenible y respetuoso con la naturaleza, de manera que se transite hacia el establecimiento de una nueva relación que abarca lo ambiental y lo económico, y que requiere a su vez de una progresiva integración entre los tres conceptos sobre los que se fundamenta la sustentabilidad económica, bienestar social y medio ambiente. A la fecha, el Municipio de Puebla no cuenta con un Plan de Gestión Ambiental, por lo que se debe contar con instrumentos e indicadores claros para alcanzar este fin.

ÁREAS VERDES.- De acuerdo al estudio de áreas verdes que realizó la Facultad de Arquitectura de la BUAP, se cuenta con 160.97 hectáreas de áreas verdes distribuidas en

distintos tipos de superficie. Tomando en cuenta el número de habitantes de la ciudad en el 2005, se tendrían apenas 1.08 metros cuadrados de áreas verdes habitantes, lo que esté muy por debajo de la recomendación de la Organización Mundial de la salud, de 9 metros cuadrados/habitante de áreas verdes urbanas, y aún más del optimó de 15 metros cuadrados por habitante. En los últimos años se ha avanzado en acciones puntuales relacionadas con la protección de áreas naturales, entre las que destacan las de jurisdicción municipal de Chapulco, la Calera, La Barranca de Tlapacoya y la Sierra de Tentzo; la mayoría de ellas en espera de sus planes de manejo.

SERVICIOS E INFRAESTRUTURA PUBLICOS.

AGUA POTABLE.- El sistema Operador de Agua Potable y Alcantarillado de Puebla, es un organismo público descentralizado bajo la jurisdicción del gobierno del Estado de Puebla. En la actualidad, el 92.8 % de los residentes del municipio tienen acceso a agua potable, sin embargo el suministro del líquido en la ciudad proviene de algunos de los acuíferos más explotados del país, por lo que se prevé que la región enfrentara escasez severo de agua para el 2016. En el municipio se consumen en promedio 203 litros por persona al día, aunque este nivel es mucho menos debido a las pérdidas del sistema. La sobreexplotación de las corrientes y cuerpos de agua ha provocado escasez y modificaciones en la calidad de este vital líquido, aumentando la presencia de sales minerales y partículas suspendidas que propician la utilización de aguas termales como posible solución. A lo anterior se debe agregar la contaminación de los mismos cuerpos y corrientes de agua que son la fuente de abastecimiento, sobre todo los ríos Atoyac y Alseseca, lo cual se ha controlado de manera relativa con la construcción de plantas de tratamiento.

DRENAJE.- La red de drenaje de la ciudad funciona por gravedad, pues de ella se combinan aguas pluviales y aguas negras; además la infraestructura ha rebasado su vida útil. Cabe señalar que se cuenta con 90.1 % de cobertura de saneamiento, aunque este número no indica la calidad resultante del agua tratada, por lo que a la fecha se sigue aportando una gran cantidad de contaminantes y agua tratada fuera de norma, al lago de Valsequillo. La ausencia de red de drenaje en asentamientos irregulares colindantes a ríos y barrancas, ha generado la contaminación por aguas servidas de todas las corrientes de aguas

superficiales. Por otro lado, las carencias de infraestructura en el tratamiento de aguas residuales, domésticas e industriales ha afectado de manera importante la operación del sistema de drenaje y alcantarillado.

CALIDAD DEL AIRE.- En cuanto a la calidad del aire, el Latín American Global Climate Index en el 2009 clasifica a Puebla como “promedio”, respecto a las demás grandes urbes latinoamericanas. El transporte aporta más del 80 % de los contaminantes del aire de la ciudad, y el problema se agrava por nuestra localización geográfica, un valle rodeado por volcanes y montañas, lo que representa un problema para la dispersión de los contaminantes.

ALUMBRADO PUBLICO.- El servicio de alumbrado público cuenta aproximadamente con alrededor de 80 mil luminarias, se considera que existe un déficit de 10 mil luminarias, para lo cual se deberá preverse su suministro e instalación, así como la reposición o mantenimiento de los equipos que no funcionan adecuadamente. Las principales carencias de alumbrado público se tienen en vías primarias, espacios públicos, colonias populares y asentamientos irregulares en la periferia.

RESIDUOS SOLIDOS.- El servicio de recolección de residuos sólidos del municipio ha estado a cargo del Organismo Operador del servicio de Limpia, el cual ha concesionado a dos empresas esta labor que han utilizado el relleno sanitario “Chiltepeque” para la disposición final de los residuos sólidos. Sin embargo se considera que en breve la celda de este relleno saturará su capacidad, por lo que es urgente y prioritaria la preparación de la infraestructura para que opere una nueva celda, previa aprobación e implementación del nuevo proyecto.

SEPARACIÓN Y RECICLADO.- Además de diversas iniciativas de la sociedad y de grupos sociales que viven de ello, las acciones tendientes a la reducción, reutilización y aprovechamiento que se emprendieron por primera vez con el programa de reciclado “Puebla más Limpia” desde hace más de seis años (y posteriormente denominada “Puebla ya recicla” y “Puebla Limpia a Tiempo”), si bien se han continuado con la incorporación de nuevas colonias a los programas de recolección de reciclables un día a la semana, no han

logrado un crecimiento real, sino que se ha presentado una disminución neta en las toneladas promedio que se reciclan al mes.

RASTRO.- En cuanto a la operación del rastro municipal, es importante revisar las condiciones de salubridad e higiene, así como los sistemas de sacrificio de animales, pues la situación en la que se encuentra en la actualidad, le impide obtener certificaciones a nivel regional, nacional e internacional.

PANTEONES.- El Municipio de Puebla cuenta con 26 cementerios públicos y privados, pero carece de un reglamento rector que permita gestionar los servicios funerarios de acuerdo a las leyes y estatutos orgánicos de la entidad, por lo que se desconoce la disponibilidad y capacidad real del servicio.

CONTAMINACIÓN VISUAL Y ANUNCIOS.- EL Municipio de Puebla ha avanzado en controlar el establecimiento de publicidad de productos y servicios en la vía pública, atacando la sobresaturación y por consecuencia la contaminación visual de las calles de la ciudad. Pero la operación de regulación en la explotación publicitaria de los espacios públicos, producto de las modificaciones y adecuaciones del Código Reglamentario Municipal, se encuentra aún en una etapa inicial y por lo tanto en una fase perfectible. La colocación furtiva de anuncios de todo tipo en el Municipio de Puebla, es motivo además por la carencia de una política que dirija las acciones de la administración municipal en materia de anuncios hacia una imagen de ciudad adecuada para sus ciudadanos.

De lo anterior se desprenden seis líneas estratégicas a seguir, que son:

a).- **Servicios Públicos Administrativos de Calidad.-** Mejorar los servicios urbanos y ambientales del Municipio de Puebla mediante la innovación, la incorporación de tecnología vinculada al manejo eficiente de los recursos y la calidad en el servicio, para dotar a la población de servicios públicos de calidad.

b).- **Infraestructura para la Familia.-** Mejorar las condiciones de vida de las familias poblanas, particularmente de los grupos más vulnerables y en situación de riesgo como niños, adolescentes, mujeres, adultos mayores y personas con alguna discapacidad, a través

de la dotación y mantenimiento de espacios públicos, equipamiento e infraestructura urbana, que contribuyan a ampliar y mejorar su desarrollo humano.

c).- Planeación y Gestión Sustentable de Recursos.- Mejorar la calidad de vida de la población, a través de una planeación y gestión sustentable de los recursos y bienes urbanos y patrimoniales del municipio.

d).- Ordenamiento Urbano con Enfoque Metropolitano.- Potenciar las ventajas territoriales a nivel urbano y metropolitano del municipio, para incentivar su competencia local y regional.

e).- Eficiencia en el Manejo de Residuos Sólidos y Control Animal.- Mejorar y ampliar el control y la disposición final de residuos sólidos con la posibilidad de obtener energía a partir de su procesamiento; asimismo, mejorar la protección y control de los animales y la prevención de la rabia.

f).- Planeación, Manejo y Protección de los recursos Naturales.- Preservar, rescatar, ampliar y mejorar el estado de los recursos ambientales del Municipio.

7.- Conclusiones:

1.- La unidad administrativa municipal en México todavía no ha logrado una auténtica autonomía a pesar de los diversos intentos por otorgárseles a plenitud, a pesar de las reformas y adiciones que se han hecho al artículo 115 de la Constitución Federal.

2.- La administración de la mayoría de los municipios en nuestro país se encuentra en una situación crítica, tanto por la estructura jurídica en cuanto a sus funciones y derechos como a sus atribuciones para la captación de ingresos.

3.- En marco jurídico que ha venido regulando, tanto el fenómeno de crecimiento urbano como la prestación de servicios públicos municipales, no ha estado acorde con las características del proceso de urbanización en México.

4.- El Plan Municipal de Desarrollo constituye un instrumento de gran importancia, pues los programas, los proyectos y acciones que se deriven de el inciden directamente en los servicios públicos.

5.- La Planeación del desarrollo municipal es una actividad de racionalidad administrativa encaminada a prever y adaptar las actividades económicas con las necesidades básicas de la comunidad, para lograr la eficiencia en la prestación de los servicios públicos municipales.

6.- El Plan Municipal de Desarrollo 2011-2014 del Gobierno del Municipio de Puebla, se fundamenta en leyes de competencia Federal, Estatal y Municipal, ya que la armonización de dichas normas conlleva al desarrollo integral, sustentable y equilibrado del municipio y de la prestación de sus servicios públicos, por ello se han establecido cinco ejes rectores; Desarrollo Urbano y metropolitano Sustentable el cual nos habla de los servicios públicos, Comunidad Segura, Desarrollo Económico Integral, Desarrollo Social Incluyente y Mejores Prácticas Municipales.

8.- Bibliografía.

- Acosta Romero, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, México 1999.
- Adame García Jorge Carlos. El Derecho Municipal en México. Editorial Porrúa. México 2009.
- Añorve Baños, Manuel. Servicios Públicos Municipales. Editorial Porrúa. México 1998.
- Cabrera Dircio, Julio. Teoría del derecho Municipal. Ediciones Coyoacan. México 2009.
- Fernández Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo (Servicios Públicos). Editorial Porrúa. México 1995.
- Fernández Ruiz, Jorge y Otero Salas, Filiberto. Derecho administrativo del estado de Puebla. Coed. Porrúa-UNAM. México 2007.
- Quintana Roldán; Carlos. Derecho municipal. Editorial Porrúa. México 2008.

- Rendón Huerta, Teresita. Derecho Municipal. Editorial Porrúa. México 2003.
- Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo primer curso. Editorial Porrúa. México 2011.
- Valencia, Salvador. Derecho Municipal. Coed. Porrúa-UNAM. México 2006.

Ciberograficas.

- Plan Municipal de Dearrollo de Puebla 2011-2014. www.pueblacapital.gob.mx

TEMAS DE DERECHO DE LA EMPRESA

LA SOCIEDAD MERCANTIL EN EL ENTORNO DE LOS GRUPOS FINANCIEROS.

Alfonso Solís Techachal.²³³

Sumario: 1.- La Sociedad Mercantil Ante La Globalización. 2.- Ámbito Nacional. 3.- Ámbito Internacional. 4.- Los Grupos Financieros. Bibliografía.

Palabras Clave: Sociedad Mercantil, Globalización, Comercio, Sociedades Innominadas, Derecho Mercantil, Sociedad Controladora.

1.- La Sociedad Mercantil ante la Globalización.

El comercio en la actualidad, es sin lugar a duda, el motor de la economía internacional, este se desarrolla en dos grandes ámbitos, el nacional y el internacional, por cuanto a las personas que realizan actos de comercio se encuentran las personas físicas y las personas morales, el marco jurídico en el cual se desarrollan ambas es amplio en ambos ámbitos, pues ante todo deben ajustar sus actos a las leyes que al respecto se encuentran vigentes en los espacios territoriales en los cuales desarrollan su actividad.

2.- Ámbito Nacional.

Debemos recordar que aquella persona que haga del comercio su actividad habitual se rige por las leyes del comercio, esto significa que partiendo del principio constitucional que protege los derechos humanos, antes llamadas garantías individuales; es derecho de las personas dedicarse a la actividad que mejor le convenga siempre y cuando sea Lícita.

En este marco la ley General de Sociedades Mercantiles establece a las sociedades mercantiles que podrán realizar actividades de comercio y regula de manera clara los requisitos

²³³ Abogado y Asesor financiero en: temas legales, contratos mercantiles nacionales e internacionales; dictamen y elaboración de los mismos.

para su constitución y funcionamiento, por lo que además establece como serán los órganos de administración, actuar, interno y externo, es decir, las formas de administración y el cumplimiento de su objeto social, las facultades que deberán tener las personas Físicas que actúen a nombre y representación de la sociedad y los alcances de los mismos.

Independientemente de ello, la misma legislación establece los casos en que la persona moral se extinguirá y liquidara, así como las formas de practicar la liquidación.²³⁴

Debemos recordar que existen otras sociedades mercantiles que no se encuentran contempladas en la ley General de Sociedades Mercantiles, sino en Leyes especiales, como lo es la ley de Sociedades Cooperativas y no por ello carecen de legitimidad, siempre y cuando cumplan con los requisitos de constitución a que se refiere la ley General de Sociedades Mercantiles.

Por lo anterior también existen sociedades innominadas, es decir, aquellas que pese a que no están nombradas en el artículo primero de la Ley General de Sociedades Mercantiles, pero que cumplen con los requisitos de constitución, serán legítimas y por consiguiente reconocidas para actuar legalmente en actos de comercio.

Cubierto el requisito antes citado, debemos considerar las obligaciones que todo comerciante habitual, debe reunir para tener la calidad de comerciante y es sujetarse a las reglas que para tal efecto establece el código de Comercio y que a saber son:

- Contar con un Domicilio
- Hacerse Publicidad
- Estar inscrito en el Padrón de Comerciantes
- Llevar un registro de las operaciones que realice
- Conservar la correspondencia relacionada con su negocio.
- Contar con un apoderado con facultades suficientes para responder por los actos de los Comerciantes.²³⁵

En el ámbito nacional toda empresa debe además estar protocolizada ante Fedatario Público, bien sea Notario Público o Corredor Público, además de estar inscrita en la sección propiedad del Registro Público perteneciente al domicilio social de la sociedad, sin que ello sea una limitante para poder establecer sucursales dentro del territorio nacional.

²³⁴ Ley General Sociedades Mercantiles.

²³⁵ Código de Comercio.

Cumplir con las formalidades que la ley establece no solo da legitimación a las sociedades mercantiles, sino da publicidad a sus actos y además permite que surtan efectos ante terceros en el ámbito nacional.

También todo comerciante en el ejercicio de su actividad podrá establecer factores y dependientes, figura regulada por el derecho mercantil en el Código de Comercio, lo cual implica que sin ser precisamente socios, si como empleados de la empresa, puedan realizar ciertos y determinados actos de comercio por cuenta y riesgo del comerciante y por consiguiente solo obligaran al comerciante y no al empleado y dependiente.²³⁶

La sociedad en el ejercicio de su objeto social, podrá designar distintos apoderados, de acuerdo a las funciones que requieran para lograr un mejor funcionamiento, para lo cual podrá otorgar:

- Poder para Pleitos y Cobranzas
- Poder para actos de Administración
- Poder para actos de Dominio.
- Poder cambiario.

Por mencionar los principales debiendo recordar que existen poderes Generales, especiales, revocables, irrevocables, mancomunados e individuales.

3.- Ámbito Internacional

La era moderna, considerada así la que se desarrolla a partir de la segunda mitad del siglo XX hasta nuestros días, pues sin lugar a duda el desarrollo de los medios de comunicación como son las vías terrestres, aéreas, la televisión. La telefonía, la computación, internet y la proliferación de las llamadas redes sociales, han sido un fuerte detonantes para lograr la comunicación que hoy es parte de nuestro diario vivir.

Es claro que estos avances en la comunicación han logrado ejercer una gran influencia en el comercio, pues otro elemento detonante para el comercio lo ha sido los bloques comerciales que se han formado en el planeta, el cual no tiene fronteras y estos han sido llamados tratados de libre comercio, por lo cual el tráfico de mercaderías ha terminado por superar o rebasar las expectativas de comercio nacional, volviendo a las Sociedades mercantiles en un elemento más de la

²³⁶ Código de Comercio.

Globalización, por lo cual el derecho internacional público ha debido evolucionar, al igual que las empresas que han visto crecer sus mercados y clientes potenciales en el globo terráqueo de una forma por demás importante.

Ante este panorama el derecho Internacional Privado a debido adecuar algunos términos que tradicionalmente se consideraban solo aplicables a las personas físicas, que incluso se consideraban atributos de las personas individuales y que ahora deben ser tomadas en consideración, tales conceptos son el de Nacionalidad y Domicilio.

Paralelo a esta cambio evolutivo han surgido necesidades para regular el correcto funcionamiento de las empresas de capital extranjero en México y empresas Mexicanas en el mundo, por lo cual el traslado de personas, capitales, tecnología, mercaderías y propiedad intelectual e industrial resultan ser factores importantes y determinantes en el buen actuar y funcionamiento de las empresas que actúan en el mundo global.

Este interactuar, es decir, la firma de tratados de libre comercio que traen consigo el vertiginoso trafico de capitales, tecnología y mercancías, todo dentro del ámbito del comercio en el cual se desarrollan las empresas globales ha provocado, que la legislación se adecue a los formas ágiles en las que se realiza el comercio, dando origen a los llamados Métodos alternativos en la solución de controversias, que han sido considerados como una forma en la que los comerciantes han de resolver sus diferencias en cuanto al cumplimiento, interpretación y solución de los contratos mercantiles, que celebran en cumplimiento a su objeto social.²³⁷

Las leyes que rigen, luego entonces, a las sociedades en el mundo global han de ser las propias que cada país en estricta armonía con los tratados internacionales, el derecho internacional privado, la Ley de inversión extranjera, Ley General de Sociedades mercantiles, Ley de Navegación, Ley de Puertos, solo por mencionar a las principales.

Es de considerarse que existen además organismos internacionales que son rectores de ciertos y determinados organismos como los es la Organización Multilateral de Garantía de Inversión. Dependiente del banco mundial, que además de procurar la inversión extranjera, asesora al empresario, soluciona conflictos y gestiona los seguros para ciertos y determinados países que han de invertir en otros países con características peculiares.

²³⁷ Código de Comercio.

4.- Los Grupos Financieros.

Se requerirá autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para la constitución y funcionamiento de grupos financieros. Estas autorizaciones serán otorgadas o denegadas discrecionalmente por dicha Secretaría, oyendo la opinión del Banco de México y, según corresponda, en virtud de los integrantes del grupo que pretenda constituirse, de las Comisiones Nacionales Bancaria, de Valores, y de Seguros y Fianzas.²³⁸

Por su naturaleza, dichas autorizaciones serán intransmisibles.

Los grupos a que se refiere la presente Ley estarán integrados por una sociedad controladora y por algunas de las entidades financieras siguientes: almacenes generales de depósito, casas de cambio, instituciones de fianzas, instituciones de seguros, casas de bolsa, instituciones de banca múltiple, sociedades operadoras de sociedades de inversión, distribuidoras de acciones de sociedades de inversión, administradoras de fondos para el retiro y sociedades financieras de objeto múltiple. El grupo financiero podrá formarse con cuando menos dos de las entidades financieras señaladas en el párrafo anterior, que podrán ser del mismo tipo. Como excepción a lo anterior, un grupo financiero no podrá formarse sólo con dos sociedades financieras de objeto múltiple.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante disposiciones de carácter general, podrá autorizar que otras sociedades puedan formar parte de estos grupos.

Lo anterior implica que no solo las empresas filiales pueden ser, las originalmente mencionadas, sino que la autoridad reguladora se reserva el derecho a autorizar que otras sociedades mercantiles, nacionales o extranjeras, puedan formar parte de los grupos financieros y sean parte de las controladoras.

Esto obliga a las sociedades mercantiles, tanto nominadas como innominadas a que en el caso de integrarse a un grupo financiero a recurrir a la celebración de actas de asamblea extraordinaria, modificando entre otros, el objeto social, la composición del paquete accionario, cláusula de admisión de extranjeros, según sea el caso y sobre todo someter a la aprobación y autorización de la autoridad revisora y supervisora, el acta constitutiva y sus reformas, para que sean aprobadas y autorizado en su caso que la sociedad mercantil sea incorporada al grupo financiero.

²³⁸ Ley que Regula los Grupos Financieros

Las solicitudes de autorización para constituirse y funcionar como grupo deberán presentarse a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, acompañadas de la documentación siguiente:

I.- Proyecto de estatutos de la controladora, que deberá contener los criterios generales a seguir para evitar conflictos de interés entre los participantes del grupo, así como la estipulación por la cual los socios aceptan el procedimiento que, para dar en garantía las acciones emitidas por la controladora.

II.-Relación de socios que constituirían la controladora y el capital que cada uno de ellos aportaría, así como de los consejeros y funcionarios de los dos primeros niveles que integrarían la administración;

III.- Proyecto de estatutos de las entidades financieras que integrarán el grupo respectivo. Tratándose de entidades ya constituidas, escritura otorgada ante notario público que contenga los estatutos vigentes, así como los proyectos de modificaciones que se efectuarían con motivo de la creación del grupo;

IV.-Proyecto del convenio de responsabilidades;

V.-Programa y convenios conforme a los cuales la controladora adquiriría las acciones representativas del capital pagado de las entidades financieras de que se trate, y

VI.-La demás documentación que, en su caso solicite la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. El control de las asambleas generales de accionistas y de la administración de todos los integrantes de cada grupo, deberá tenerlo una misma sociedad anónima controladora.²³⁹

Dicha controladora será propietaria, en todo tiempo, de acciones con derecho a voto que representen por lo menos el cincuenta y uno por ciento del capital pagado de cada uno de los integrantes del grupo.

Asimismo, estará en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración de cada uno de los integrantes del grupo.

La sociedad controladora, tendrá por objeto adquirir y administrar acciones emitidas por los integrantes del grupo. En ningún caso la controladora podrá celebrar operaciones que sean propias de las entidades financieras integrantes del grupo.

²³⁹ Ley que Regula los Grupos Financieros.

La duración de la controladora será indefinida y su domicilio social se encontrará en territorio nacional.²⁴⁰

Resulta de especial interés para la constitución, supervisión y operación de una persona moral, que sea parte de un grupo financiero o pretenda pertenecer a uno de ellos, deberá adecuar su marco constitutivo a los lineamientos señalados en párrafos anteriores.

Bibliografía.

- Ley General Sociedades Mercantiles.
- Código de Comercio.
- Ley que Regula los Grupos Financieros.

²⁴⁰ Ley que Regula los Grupos Financieros.

LAS SOCIEDADES MERCANTILES. SU FUSION Y SUS EFECTOS ANTE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA SUSTITUCIÓN PATRONAL

*Alfonso Pérez Martínez. **

Sumario: Precedentes. I. Concepto de Sociedades. II. Clasificación de Sociedades Mercantiles. 2.1. Clasificación Doctrinal. 2.2. Clasificación Legal. III. Concepto de Fusión. IV. Clases de Fusión. 4.1. Fusión por Integración o Pura. 4.2. Fusión por Absorción o Incorporación. 4. 3. Formalidades para la Fusión. V. Concepto de Sustitución Patronal. 5.1. Objeto de la Sustitución Patronal. 5. 2. Efectos de la Sustitución Patronal. 5. 3. Efectos Corporativos. VI. Aviso de Sustitución Patronal. VII. Elementos esenciales de la Sustitución Patronal. VIII. Jurisprudencia Aplicable. IX. Conclusión. X. Bibliografía.

Palabras Clave: Fusión, Fusión por Absorción, Fusión por Integración, Sustitución Patronal, Aviso de Sustitución Patronal, Procedimiento Paraprocesal o Voluntario, Derechos de la Seguridad Social.

Precedentes

El comercio no sólo se ejerce por los individuos, sino también por organizaciones creadas por el hombre mismo, a las cuales la ley, ha concedido personalidad jurídica, o lo que es lo mismo, una individualidad de derecho. “La naturaleza eminentemente social del hombre lo lleva a organizarse, en varios aspectos de su actividad, uniéndose a otros y asociándose a ellos”.²⁴¹ Ya que el hombre tiene por naturaleza tendencia al agrupamiento y al impulso de variadas motivaciones y con finalidades diversas, sea en actividades públicas o comunitarias como en su actividad privada. Así también tiene una disposición en cuanto al desarrollo de múltiples actividades uniéndose a otras personas.²⁴² desde los tiempos de la Antigua Grecia encontramos una corriente embrionaria en la formación de las “Eranas”,

* Abogado Postulante en materia de Derecho del Trabajo, Derecho Administrativo y Corporativo. Maestro en Derecho Corporativo y Empresarial.

²⁴¹ Calvo M., Lic. Octavio. *Derecho Mercantil*. Editorial Banca y Comercio. p. 45.

²⁴² Kelly Alberto. *Contratos de colaboración Empresarial*. Argentina. Editorial Eliasta. p.3

nombre dado a la sociedad de socorros, pero encontramos ya más definida la tendencia a la asociación como organización de esfuerzos aún sin un concepto como tal.

Es en la Antigua Roma, con las “Societates Vectigalium”, Sociedades de Publicanos, nombre dado a los recaudadores de rentas o tributos, los que se habían hecho odiosos por sus procedimientos a veces arbitrarios y con las de los “Argentarii” Sociedades de Banqueros. Si no más bien en la Edad Media, en los estatutos de las pequeñas Repúblicas Italianas en el Siglo XII, donde se acogió la idea de la organización de esfuerzos para el desarrollo de las sociedades con personalidad jurídica en su forma de “en comandita” (sociedades de personas). Pero es el siglo XVII cuando propiamente la sociedad con una personalidad jurídica propia distinta a la de los asociados.²⁴³

En cuanto a la conformación que hoy conocemos el Estado y el Derecho reglamentan y disciplinan la constitución, función y los derechos y obligaciones de las sociedades, la de los partícipes, la de los socios o personas morales que la integran.²⁴⁴

I. Concepto de Sociedades Mercantiles

La doctrina nos lleva a definir de diversos modos a la sociedad, esto es, “como una agrupación de personas, permanente o transitoria, voluntaria u obligatoria, la cual se organiza, para aportar bienes o servicios destinados a la realización de un fin común, y a la que el derecho atribuye o niega personalidad jurídica”.²⁴⁵ Tal es el caso, como el Jurista Uría en su obra de Derecho Mercantil, considera que la sociedad mercantil es la “asociación de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual participando en el reparto de las ganancias que se obtengan”.²⁴⁶

II. Clasificación de Sociedades Mercantiles

En México diversos Juristas como García Rendón, Barrera Graf, Raúl Cervantes Ahumada, entre otros la clasifican de diversas formas.

²⁴³ Calvo M., Lic. Octavio. *Derecho Mercantil. Op. Cit.*, p. 46.

²⁴⁴ Kelly Alberto. *Contratos de Colaboración Empresarial. Op. Cit.*, p. p. 5,6.

²⁴⁵ García Rendón, Manuel. *Sociedades Mercantiles*. Editorial Oxford, p. 3.

²⁴⁶ De Pina Vara, Rafael. *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa. México, 2005. p. 460.

2.1. Clasificación Doctrinal

Pero debido a la generalidad de los Juristas estos distinguen entre “sociedades de personas y sociedades de capitales, aunque tal distinción no tiene, en el fondo, gran relevancia desde el punto de vista Jurídico. Las llamadas sociedades de personas son aquellas que se constituyen tomando en consideración las calidades personales de quienes intervienen en el acto constitutivo. Generalmente el nombre del alguno o algunos de los participantes en el acto constitutivo figura en el nombre de la sociedad, que tendría en ese caso la modalidad de razón social y los socios personalistas responderán en alguna forma de las consecuencias de las actividades de la sociedad. El principal tipo de sociedad de personas, e intuitus personae es la sociedad en nombre colectivo.

Las sociedades de capitales son aquellas en las que no tienen relevancia las calidades personales de los socios, y que se constituyen para formar, por las aportaciones, hasta cierto punto impersonales de los participantes en el acto constitutivo, un capital que habrá de quedar destinado a la actividad comercial a que la sociedad se dedicará. Lo natural será que este tipo de sociedades tenga un nombre en que no figuren nombres de socios y que los actos de la sociedad. El tipo clásico de sociedad de capitales, o intuitus pecuniae, es la sociedad anónima.

Son sociedades mixtas las que tienen socios personalistas y socios capitalistas, como las sociedades en comandita donde los comandatarios son personas y capitalistas.”²⁴⁷

Para García Rendón en su obra “Sociedades Mercantiles”, clasifica a las sociedades como:

a) *de personas*, se caracterizan porque se constituyen atendiendo a la calidad de las personas que las integran, cuyos nombres forman el nombre de la sociedad y quienes, en cierta medida, son responsables de las operaciones que aquella celebra.

b) *De capitales*; su principal característica consiste en que su constitución atiende no tanto a la calidad de sus integrantes, sino al monto de las aportaciones que estos realizan. Existen al amparo de un nombre que no se forman con el nombre de los socios quienes, en principio, solamente están obligados al pago de sus aportaciones. La anónima es el tipo clásico de esta especie de sociedades.

²⁴⁷ Cervantes Ahumada, Raúl. *Derecho Mercantil*. Editorial Herrero. México, 1984. p. 42-43.

c) *Mixtas*; son aquellas que participan de las características tanto de las sociedades de personas como de las de capitales, por cuanto su nombre (razón social) se forma con el de los socios, de los cuales unos responden de las obligaciones sociales con su patrimonio y otros únicamente están obligados al pago de sus aportaciones. La sociedad en comandita es el tipo de clásico de estas sociedades.

d) *Elásticas o flexibles*; en atención a las circunstancias especiales que determinen a los socios a constituir esta clase de sociedades, estos pueden destacar las características de las denominadas *intuitu personae*, o bien de las *intuitu pecuniae*. Por consiguiente, pueden existir con arreglo a una razón social o a una denominación social. El prototipo de estas sociedades es la de *responsabilidad limitada*.

e) *Cerradas*; reciben este nombre las anónimas cuyas acciones son propiedad de un grupo pequeño de socios, generalmente constituido por una familia.

f) *Abiertas*; se les llama así a las anónimas cuyas acciones se cotizan en bolsa y, en consecuencia, son controladas por un gran número de personas.

g) *Regulares*; son aquellas cuya constitución ha sido formalizada en escritura pública y están inscritas en el Registro Público de Comercio.

h) *Irregulares*; la Ley General de Sociedades Mercantiles considera como irregulares a las sociedades que no están inscritas en el Registro Público de Comercio, consten o no en escritura pública.

i) *De hecho*; la jurisprudencia mexicana y una parte de la doctrina da el nombre de sociedades de hecho a las irregulares. Sin embargo, otra parte de la doctrina llama sociedades de hecho a las verbales o a las que consten por escrito, pero no en escritura pública.

j) *Incompletas*; se les denomina así a las sociedades regulares o irregulares a las que les falta uno o varios de los requisitos legales de constitución.

k) *Aparentes*; también se les conoce como sociedades de papel o de comodidad. Son las constituidas por un solo socio y en las que figuran uno o varios testaferros, sin verdadero interés económico y jurídico en la sociedad, para cumplir el requisito del número de socios mínimo establecido por la ley.

l) *Durmientes*; este nombre es aplicado a las sociedades formalmente constituidas e inscritas en el registro público del comercio que no llegan a funcionar, pero

cuya creación y mantenimiento se hace con el propósito de proteger ciertas denominaciones o nombres comerciales o ciertas marcas.

m) *Ocultas*; son aquellas que no se exteriorizan como tales frente a terceros. La figura típica de esta especie de sociedades es la asociación en participación.

n) *Paraestatales o de participación estatal*; como su nombre lo indica, son aquellas en las que participa el estado como socio, ya sea directamente o por conducto de un organismo público descentralizado. La ley las clasifica en empresas de participación estatal mayoritaria, si el estado directa o indirectamente controla más de 50% del capital social, y minoritaria, si controla menos de 25% del capital social.

ñ) *Controladoras*; son las que controlan el capital social, generalmente representado por acciones de otra u otras sociedades mercantiles que en conjunto constituyen un grupo. A esta clase de sociedades, también se les denomina sociedades madre, sociedades tenedoras o *holdings*.

o) *Controladas*; también se les conoce como sociedades filiales, subsidiarias o consolidadas, porque su capital social es controlado por otra sociedad mercantil.²⁴⁸

2. 2. Clasificación Legal

En México, Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 1, establece como sociedades mercantiles las siguientes:

1. Sociedad en nombre colectivo.
2. Sociedad en comandita simple.
3. Sociedad de responsabilidad limitada.
4. Sociedad anónima.
5. Sociedad en comandita por acciones, y
6. Sociedad cooperativa.²⁴⁹

III. Concepto de Fusión

La palabra fusión implica unión de dos o más sociedades. La fusión puede ser *pura* o por *absorción*.²⁵⁰

²⁴⁸ García Rendón, Manuel. *Op. Cit.*, p.p. 7-9.

²⁴⁹ *Ley Mercantil 2007*. Law editores. 2007.

²⁵⁰ Villegas, Carlos Gilberto. *Derecho de las Sociedades Comerciales*. Editorial Abeledo-Perrot. p. 197.

Para el Jurista Raúl Cervantes Ahumada es “el acto por el cual dos o más sociedades unen sus patrimonios, concentrándolos bajo la titularidad de una sociedad.”²⁵¹

Para Garriguez y Mantilla Molina definen a la fusión como “la creación de un titular jurídico que sustituye a una pluralidad de organizaciones que se extinguen”. Para García Manuel Rendón “es un acto jurídico complejo que toma su origen en varios actos unilaterales (los acuerdos de fusión) que se formalizan en un contrato bilateral o plurilateral (el contrato de fusión).²⁵²

Como se puede observar son diversas las definiciones doctrinarias de la fusión de sociedades mercantiles, por lo cual me permito definirla de manera personal como el acto jurídico mediante el cual se unen los patrimonios de dos o más sociedades, cuyos titulares desaparecen en algunos casos uno sobrevive, para formar una organización unitaria, donde la sociedad que subsista o la que resulte de dicha fusión tendrá a su cargo los derechos y obligaciones de la sociedad extinguida.

IV. Clases de Fusión

Aunado a lo anterior, desde el punto de vista jurídico existen dos clases de fusión de sociedades.

4.1. Fusión por Integración o Pura

Es aquella cuando se unen jurídicamente dos o más sociedades, desapareciendo todas ellas y surgiendo una nueva que se constituye con el patrimonio de las dos.

4. 2. Fusión por Absorción o Incorporación

Cuando se unen jurídicamente dos o más sociedades, desapareciendo todas menos una, la cual absorbe a las demás, también es que la que se extingue ingresa mediante la transmisión total de su patrimonio, a otra sociedad preexistente.²⁵³

4. 3. Formalidades para la Fusión

²⁵¹ Cervantes Ahumada, Raúl. *Op. Cit.*, p. 192.

²⁵² *Ibídem.* p. 532.

²⁵³ Gómez Cotero, José de Jesús. *Fusión y Escisión de Sociedades Mercantiles.* Editorial Themis. 1998. p. 1-2.

- 1.- Hacer un convenio de la fusión entre sociedad fusionante y fusionada.
- 2.- Proponer la fusión en una asamblea extraordinaria (art. 162 fracción VII LGSM).
- 3.- Publicar tanto la sociedad fusionante como la fusionada, el último balance y la extinción del pasivo cuando la sociedad deje de existir (art. 223 LGSM).
- 4.- La fusión debe de inscribirse en el Registro Público de Comercio (art. 225 LGSM).
- 5.- Si como resultado de la fusión resulta una sociedad diferente, su constitución se regulará por los principios de la naturaleza de sociedad que se trate (art. 226 LGSM).²⁵⁴

V. Concepto de Sustitución Patronal

Es cuando por cualquier título de propiedad, se transmiten los derechos y bienes esenciales de la “empresa”,²⁵⁵ con el ánimo de continuar explotándola y en cuyo caso el adquirente asume la responsabilidad y la categoría de nuevo patrón, motivo por el cual deberá reconocer y responder de los derechos y obligaciones pasados, presentes y futuros derivados de las relaciones de trabajo y, de la seguridad social.

También es de señalarse, que la sustitución patronal no solo se produce cuando se da la transmisión de una empresa en su totalidad, sino también cuando lo que cambia es el patrimonio en uno de sus “establecimientos, sucursales o agencias”,²⁵⁶ que constituyen una unidad técnica en sí misma y que va a funcionar como una nueva empresa. Por lo que el patrón sustituido será solidariamente responsable con el nuevo patrón por cada una de las obligaciones derivadas de las relaciones laborales y de la seguridad social, nacidas antes de la fecha en que se hubiese dado aviso de la sustitución, hasta por seis meses. Vencido este término, el nuevo patrón será responsable de todas y cada una de las obligaciones contraídas con la fuente de trabajo.

²⁵⁴ Cfr. Rangel Charles, Juan Antonio, et al. *Derecho de los Negocios Tópicos de derecho privado*. Editorial Thomson. 2007. p. 283; *Ley Mercantil 2007*. Law editores. 2007.

²⁵⁵ Artículo 16.- Para los efectos de las normas de trabajo, se entiende por empresa la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios y por establecimiento la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa.

²⁵⁶ Vid. Recibe este nombre el local en donde se encuentra ubicada la empresa, y en donde se instala la empresa y desarrolla su actividad. Además de su establecimiento principal puede establecer sucursales. Y en cuanto a una agencia es aquella empresa que se dedica a gestionar o a prestar determinados servicios.

En virtud a lo anterior, la referida institución la encontramos contemplada en los artículos 41 y 290 de la Ley Federal del Trabajo y de la Ley del Seguro Social, que establecen:

Artículo 41.- La sustitución de patrón no afectara las relaciones de trabajo de la empresa o establecimiento. el patrón sustituido será solidariamente responsable con el nuevo por las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo y de la Ley, nacidas antes de la fecha de la sustitución, hasta por el termino de seis meses; concluido este, subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrón. El término de seis meses a que se refiere el párrafo anterior, se contara a partir de la fecha en que se hubiese dado aviso de la sustitución al sindicato o a los trabajadores.

Artículo 290.- Para los efectos de pago de los créditos a que se refiere el artículo 287 de esta Ley, se considera que hay sustitución de patrón cuando:

- I. Exista entre el patrón sustituido y el patrón sustituto transmisión, por cualquier título, de los bienes esenciales afectos a la explotación, con ánimo de continuarla. El propósito de continuar la explotación se presumirá en todos los casos, y
- II. En los casos en que los socios o accionistas del patrón sustituido sean, mayoritariamente, los mismos del patrón sustituto y se trate del mismo giro mercantil.

En caso de sustitución de patrón, el sustituido será solidariamente responsable con el nuevo de las obligaciones derivadas de esta Ley, nacidas antes de la fecha en que se avise al Instituto por escrito la sustitución, hasta por el término de seis meses, concluido el cual todas las responsabilidades serán atribuibles al nuevo patrón.

El Instituto deberá, al recibir el aviso de sustitución, comunicar al patrón sustituto las obligaciones que adquiere conforme al párrafo anterior. Igualmente deberá, dentro del plazo de seis meses, notificar al nuevo patrón el estado de adeudo del sustituido.

Cuando los trabajadores de una empresa reciban los bienes de ésta en pago de prestaciones de carácter contractual por laudo o resolución de la autoridad del

trabajo y directamente se encarguen de su operación, no se considerará como sustitución patronal para los efectos de esta Ley.

5.1. Objeto de la Sustitución Patronal

Es que continúe funcionando la fuente de trabajo, aunque con un nuevo patrón, pues con ello se beneficiará a los trabajadores al conservar su empleo, esto es, el objetivo de esta institución jurídica es que no se impida el desarrollo normal de las actividades en una determinada empresa, por la circunstancia de que se haya transmitido la fuente de trabajo, considerada como unidad económico jurídica, ya que de lo contemplado del artículo 41 de la Ley Federal del Trabajo, se advierte que la finalidad del legislador al regular la institución, es que la transmisión de la fuente de trabajo de una persona a otra, en forma tal, que el patrimonio, como unidad, o parte del mismo que a su vez, constituya una unidad de la misma naturaleza económico jurídica, pase a ser el patrimonio o parte del patrimonio de otra persona, no sea motivo para que concluya la relación de trabajo, sino que continúe ese vínculo, pero sin afectar las relaciones laborales originadas con la prestación de servicios personales subordinados en la empresa o establecimiento, porque el patrón sustituido será solidariamente responsable con el nuevo de las obligaciones derivadas de la relación de trabajo y de la seguridad social, nacidas antes de la fecha en que se hubiese dado aviso de la sustitución, hasta por seis meses, toda vez que concluido este plazo, únicamente subsistirá la responsabilidad del nuevo patrón.

5. 2. Efectos de la Sustitución Patronal

Que los trabajadores no queden desamparados de sus derechos laborales generados por la prestación de servicios personales subordinados, debido a la transmisión de la empresa como unidad económica jurídica, de una persona física o moral a otra, sino que el patrón sustituido, respondan de las obligaciones derivadas de ese vínculo jurídico y, correlativamente, que el patrón sustituido pretenda evitar responder de las obligaciones del vínculo laboral que lo unió con los trabajadores del establecimiento o negociación transmitida, hasta por un término de seis meses, en tanto que el nuevo patrón al adquirir la empresa, o establecimiento, o fuente de trabajo, adquiere las obligaciones laborales y de la seguridad social, junto con el patrón sustituido hasta por seis meses y, posteriormente hasta

que concluya la relación de trabajo, con la finalidad de que ese procedimiento no afecte los derechos de los trabajadores en ningún sentido, ya que éstos, en todo caso al ser ajenos al proceder de su patrón original y el nuevo, no tienen por qué sufrir ningún perjuicio en todos y cada uno de sus derechos laborales y de la seguridad social.

5. 3. Efectos Corporativos

También se plantean dos tipos de situaciones, unas respectivas a los terceros relacionados con las sociedades participantes y otras frente a los integrantes de estas, ya que las cesiones de derechos y obligaciones, resultado de las transmisiones patrimoniales que se producen como efectos de la fusión, tienen diversas consecuencias. Así también es de decirse que dentro de la práctica profesional afectan la vida y estructura de las sociedades como consecuencia de la fusión.

VI. Aviso de Sustitución Patronal

En cuanto al párrafo último del artículo 41, establece de manera clara que dicho término, se contará a partir de la fecha en que se hubiese dado aviso de la sustitución patronal a los trabajadores o al sindicato, Lo que a solicitud del patrón deberá de acudir ante la Junta de Conciliación y Arbitraje competente solicitando de manera verbal o por escrito a fin de que desahogue la diligencia correspondiente, previa aprobación o desaprobación de la disolución del vínculo laboral. Aprobado por la autoridad laboral se procederá a notificarle al trabajador o al sindicato el aviso de sustitución patronal, de la fecha y causa o causas que motivaron a la sustitución patronal, a través de “procedimiento paraprocesal o voluntario”²⁵⁷ conforme al artículo 983²⁵⁸ de la Ley Federal del Trabajo, esto con la finalidad de darle certeza, credibilidad y garantía a algún hecho, o acto jurídico

²⁵⁷ Se utiliza cuando no existe algún promovido ante el órgano jurisdiccional correspondiente y se requiere de la intervención de la junta de conciliación y arbitraje, por así desearlo las partes interesadas o una sola de ellas, en virtud de la naturaleza del asunto o por disposición expresa de la ley. En la Ley Federal del Trabajo en su artículo 982, nos establece que *“se tramitarán conforme a las disposiciones de este Capítulo, todos aquellos asuntos que, por mandato de la Ley, por su naturaleza o a solicitud de parte interesada, requieran la intervención de la Junta, sin que esté promovido jurisdiccionalmente conflicto alguno entre partes determinadas.”*

²⁵⁸ Artículo 983.- *En los procedimientos a que se refiere este Capítulo, el trabajador, sindicato o patrón interesado podrá concurrir a la Junta competente, solicitando oralmente o por escrito la intervención de la misma y señalando expresamente la persona cuya declaración se requiere, la cosa que se pretende se exhiba, o la diligencia que se pide se lleve a cabo.*

y, que no se vean perjudicados las partes de todos y cada uno de sus derechos laborales y de la seguridad social adquiridos con motivo de la relación laboral. También si es su deseo, de los trabajadores o sindicato entablar incidente de sustitución²⁵⁹ patronal, con el objeto de determinar su posible responsabilidad en el conflicto laboral.

VII. Elementos esenciales de la Sustitución Patronal

- a). “La existencia de una empresa o establecimiento;
- b). La existencia de un titular de la empresa o establecimiento;
- c). La transferencia de los derechos de titularidad de una a otra persona (o grupo de personas) y,
- d). El nacimiento de una responsabilidad solidaria temporal, por seis meses contados a partir de la fecha en que se hubiere dado el aviso de la sustitución al sindicato o a los trabajadores, a cargo del patrón anterior, por las responsabilidades nacidas antes de la fecha de la sustitución.”²⁶⁰

VIII. Jurisprudencia aplicable

En relación al tema los Tribunales Colegiados, han establecido la Jurisprudencia siguiente:

“No. Registro: 367,809 Tesis Aislada Materia(s): Laboral Quinta Época Instancia. Cuarta Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación CXVII Tesis: Página: 430. **SUSTITUCION PATRONAL.** Un patrón sustituye a otro cuando la fuente de trabajo deja de pertenecer o estar en posición de una persona física o moral para pasar a ser propiedad o estar en posesión de otra persona física o moral. La fuente de trabajo está constituida por el local, enseres, equipo de trabajo, que tiene caracteres de permanencia y que forman un todo, una unidad, ya sea factoría, comercio, taller, despacho, etc. La materia prima o los productos elaborados son, dentro de esa unidad, bienes de consumo y, por tanto, su existencia es cambiante e inestable; de allí

²⁵⁹ Ejecutoria de Amparo en Revisión No. 596/2008. Suprema Corte de Justicia de la Nación segunda Sala. p. 45, 46.

²⁶⁰ Vid. Incidente de Sustitución Procesal, expediente 56/2012. PEMEX, Petróleos de México, Marina Nacional. Junta Federal de Conciliación y Arbitraje en el Distrito Federal.

que su terminación o su venta es susceptible de verificarse, sin que por ello desaparezca o cambie de dueño o de poseedor el negocio. No existe, pues, sustitución de patrón cuando la existencia, así sea total, de la materia prima o productos elaborados cambia de dueño, aun cuando este cambio se realice globalmente.

Amparo directo en materia de trabajo 1427/48. Fierro Aurelio S. 22 de julio de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis Díaz Infante. Relator: Gilberto Valenzuela.

Localización: Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo VIII, Julio de 1991, p. 115, jurisprudencia, Laboral.

Número de tesis: I.7o.T. J/11

Genealogía: Gaceta 43, Julio de 1991, página 91.

SUSTITUCION PATRONAL, CUANDO SE DA LA. La figura jurídica de la sustitución patronal a que alude el artículo 41 de la Ley Federal de Trabajo, surge cuando una persona adquiere la totalidad o casi la totalidad de los elementos funcionales propios de la substituida, como unidad económico-jurídica, continuando ininterrumpidamente con la actividad que desarrollaba ésta. En tal virtud, si una empresa adquiere, mediante contrato de arrendamiento, el derecho de uso sobre algunos bienes de una empresa declarada en estado de quiebra, es evidente que en este caso no se da la sustitución patronal prevista en el precitado artículo de la ley laboral, ya que el adquirente sólo tendrá las obligaciones correlativas propias de su derecho de uso, pero no todas las inherentes a dichos bienes, como las tendría si los hubiera adquirido en propiedad.

SEPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes: Amparo directo 5747/90. José Eduardo Parra Moguel. 9 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Borrego Martínez. Secretario: Noé Herrera Perea.

Amparo directo 6047/90. Sergio López Reyes. 20 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: María Yolanda Múgica García. Secretario: Antonio Hernández Meza.

Amparo directo 7227/90. Guillermo Calderón Rodríguez. 23 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel Hernández Saldaña. Secretaria: María Elena Marroquín Hernández.

Amparo directo 9657/90. Elpidio Moctezuma Garibay. 21 de mayo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel Hernández Saldaña. Secretaria: Beatriz García Martínez.

Amparo directo 10097/90. Carlos Cortés Santos. 11 de junio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: María Yolanda Múgica García. Secretario: José Francisco Albarrán Mendoza.

Localización: Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, Diciembre de 2000, p. 1437, aislada, Laboral.

Número de tesis: XIX.1o.34 L

SUSTITUCIÓN PATRONAL. PUEDE REALIZARSE DESPUÉS DE CONCLUIDO EL TÉRMINO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL, MIENTRAS NO DESIGNEN A LOS LIQUIDADORES Y SE ENCUENTREN ENTERADOS EL SINDICATO Y SUS TRABAJADORES. La interpretación

sistemática de los artículos 161, 233, 234 y 237 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, permite concluir que el administrador de una persona moral debe continuar en el ejercicio de su función, una vez fenecido el término de la sociedad, mientras no se designe a las personas que fungirán como liquidadores y hasta que sus respectivos nombramientos se encuentren inscritos en el Registro Público de Comercio, con la limitante de que, con posterioridad a ese vencimiento, no podrá iniciar nuevas operaciones, bajo pena de responder solidariamente con la empresa. Ahora bien, como el ordenamiento citado en modo alguno establece la inexistencia de los actos que lleve a cabo el referido representante empresarial durante este periodo, ello permite establecer que, tratándose de la figura jurídica del patrón

sustituto realizada precisamente después de concluido el lapso de duración de la sociedad, sólo la asamblea de accionistas es la legalmente facultada para exigir a su representante esa responsabilidad de los actos en que incurrió y que estime contrarios a los acuerdos generales. En ese orden de ideas, la Junta del conocimiento actúa conforme a derecho si determina responsabilizar solidariamente al cedente patronal con el nuevo sustituto, sólo por las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo, nacidas antes de la fecha de la sustitución patronal hasta cuando ésta se realizó, siempre y cuando de autos se advierta que oportunamente tuvieron conocimiento tanto el sindicato, como los trabajadores.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO.

Precedentes: Amparo directo 492/98. Pablo López Sánchez y otros. 2 de marzo de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Riveros Caraza. Secretario: Sergio Arturo López Servín.

Localización: Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Volumen 217-228, Sexta Parte, p. 647, aislada, Laboral.

Genealogía: Informe 1987, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 44, página 745.

SUSTITUCION PATRONAL, EXISTE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS PATRONES SUSTITUTO Y SUSTITUIDO, CUANDO NO SE DA AL SINDICATO O TRABAJADOR EL AVISO DE. En los términos del artículo 41 de la Ley Federal del Trabajo, la sustitución patronal no causa ningún efecto que pueda lesionar ni la relación de trabajo, ni los derechos que derivan de ésta. El único efecto que surte al operar tal figura jurídica, consiste en la responsabilidad solidaria que tendrá el patrón sustituido por el lapso de seis meses contados a partir del día en que se dé aviso al sindicato o al trabajador de la sustitución; o bien en la única responsabilidad que subsistirá para el nuevo patrón, una vez concluido dicho término. Ahora bien, el hecho de que no se acredite la sustitución es imputable a la parte patronal y perjudica únicamente a los patrones involucrados en ella, pues siendo una obligación legal a su cargo en tanto no se notifique, subsistirá la responsabilidad solidaria de ambos, sin limitación temporal alguna.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEXTO CIRCUITO.

Precedentes: Amparo directo 224/86. Martha Valles de Garza y coagraviados. 10 de marzo de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio Patlán Romero. Secretario: Sergio Pallares y Lara.

Localización: Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, Enero de 2008, p. 2829, aislada, Laboral.

Número de tesis: IV.3o.T.255 L

SUSTITUCIÓN PATRONAL. CUANDO DE LAS ACTUACIONES DEL JUICIO SE ADVIERTA LA POSIBILIDAD DE QUE LA DEMANDADA SEA SUSTITUIDA POR OTRA, POR EXISTIR INDICIOS DE QUE ÉSTA TIENE EL MISMO DOMICILIO QUE AQUÉLLA, LA JUNTA PUEDE PREVENIR AL TRABAJADOR PARA QUE MANIFIESTE SI DESEA ENTABLAR EL INCIDENTE RELATIVO CON EL OBJETO DE QUE LA EMPRESA SUSTITUTA SEA EMPLAZADA EN EL DOMICILIO DE LA SUSTITUIDA, A EFECTO DE DETERMINAR SU POSIBLE RESPONSABILIDAD EN EL CONFLICTO LABORAL. De la interpretación literal y sistemática del artículo 41 de la Ley Federal del Trabajo que prevé, en lo conducente, que la sustitución de patrón no afectará las relaciones de trabajo de la empresa o establecimiento; que el patrón sustituido será solidariamente responsable con el nuevo por las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo y de la ley, nacidas antes de la fecha de la sustitución, hasta por el término de seis meses, y que concluido éste subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrón; se advierte que la sustitución patronal se sustenta en el hecho de que el patrón transmita la empresa, establecimiento o fuente de trabajo a otra persona llamada patrón sustituto, en cuyo caso los trabajadores no se verán afectados por esa sustitución, dado que el efecto que se surte al operar tal figura jurídica consiste en la responsabilidad solidaria que tendrá aquél con el nuevo patrón respecto de las obligaciones con los trabajadores nacidas antes de ese hecho. Ahora bien, armonizando dicho precepto con los numerales 686 y 782 de la citada legislación, que facultan a las Juntas a corregir

cualquier irregularidad u omisión que notaren en la sustanciación del proceso y a practicar las diligencias que juzguen convenientes a fin de llegar al esclarecimiento de la verdad, se concluye que cuando de las actuaciones del juicio se advierta la posibilidad de que la demandada fue sustituida por otra, y existen indicios de que ésta tiene el mismo domicilio que aquella, por la información proporcionada por el actuario al constituirse en él para realizar el emplazamiento y por ello no lo practicó, la Junta puede prevenir al trabajador para que manifieste si es su deseo entablar incidente de sustitución patronal con el objeto de que la empresa sustituta sea emplazada en el mismo domicilio de la sustituida, con el objeto de determinar su posible responsabilidad en el conflicto laboral.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL CUARTO CIRCUITO.

Precedentes: Amparo directo 590/2007. Jesús César Cruz Molina. 22 de noviembre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Torres Lagunas. Secretaria: María Guadalupe Chávez Montiel”.²⁶¹

IX. Conclusión.

Con la fusión de las empresas o, establecimientos o, fuentes de trabajo se realiza a beneficio de la misma para poder disminuir costos de producción, mejorar la calidad en la producción, mejor implementación de tecnología, mejor organización operativa y de distribución, mejor instalaciones laborales y, mejorar los recursos humanos en la organización, aunque con un nuevo patrón que adquiere la responsabilidad del vínculo laboral, pero nunca perjudicando los derechos laborales y de la seguridad social, adquiridos antes de la fecha del aviso de la sustitución patronal; esto es, uno de los principales objetivos de dicha institución jurídica es que no se impida el desarrollo normal de las actividades en una determinada empresa o fuente de trabajo.

La sustitución patronal es una institución propia del Derecho del Trabajo que consiste en mantener asegurada para el trabajador o trabajadores su relación de trabajo, en virtud de esta institución; ya que el cambio de dueño de una empresa no afectará en ningún

²⁶¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Legislación Laboral y de Seguridad Social* y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación. DVD Rom. México, 2013; CD Rom, México 2008.

momento las relaciones de trabajo que existían al momento de efectuarse la sustitución patronal. Sin embargo, en el caso de la fusión por absorción, donde una empresa absorbe a las que desaparecen, los derechos de los trabajadores de todas y cada una de las empresas absorbidas o fusionadas serán reconocidas y en su caso pagados por la empresa que subsiste. Y en el caso de la fusión por integración, la empresa que nace producto de la fusión de las empresas fusionadas, será la empresa o patrón sustituto y en consecuencia, la que reconozca y pague todos los derechos de los trabajadores que prestaban sus servicios en cada una de las empresas fusionadas.

De todo lo anterior es de señalarse que las relaciones de trabajo permanezcan intactas como si no hubiese efectuado la transmisión, en virtud de que los trabajadores no participaron en dicha transmisión y por tal motivo, no pueden afectarse sus derechos laborales y de la seguridad social, de ahí que el nuevo patrón tendrá la carga de responder por las obligaciones preexistentes a favor de los trabajadores, lo que implica con esto una transmisión de obligaciones, cuyo objeto es garantizar los salarios y demás prestaciones a que tiene derecho los trabajadores.

Bibliografía.

- Borell Navarro, Miguel. *Análisis Práctico y Jurisprudencial Derecho Mexicano del Trabajo.*, México, 1996.
- Calvo M., Lic. Octavio. *Derecho Mercantil.* Editorial Banca y Comercio.
- Cervantes Ahumada. Raúl. *Derecho Mercantil.* Editorial Herrero. México, 1984.
- De pina Vara, Rafael. *Diccionario de Derecho.* Editorial Porrúa. México, 2005.
- García Rendón, Manuel. *Sociedades Mercantiles.* Editorial Oxford.
- Gómez Coteró, José de Jesús. *Fusión y Escisión de Sociedades Mercantiles.* Editorial Themis. 1998.
- Rangel Charles, Juan Antonio. *Derecho de los Negocios Tópicos de derecho privado.* Editorial Thomson. 2007.
- Kelly Alberto. *Contratos de Colaboración Empresarial.* Argentina. Editorial Eliasta.
- Villegas, Carlos Gilberto. *Derecho de las Sociedades Comerciales.* Editorial Abeledo-Perrot

Hemerografía

- Ejecutoria de Amparo en Revisión No. 596/2008. Suprema Corte de Justicia de la Nación segunda Sala.
- Incidente de Sustitución Procesal, expediente 56/2012. PEMEX, Petróleos de México, Marina Nacional. Junta Federal de Conciliación y Arbitraje en el Distrito Federal.

Leyes

- Ley Federal del Trabajo. Editorial Harla. México, 2013.
- Ley Mercantil 2007. Law editores. 2007.
- Ley del Seguro Social. Editorial ISEF. 2013.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México 2013.

Fuentes Informáticas

- Cd Rom, México 2008. *Legislación Laboral y de Seguridad Social* y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación. Editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por el Poder Judicial de la Federación.
- Dvd Rom, México 2013. *Legislación Laboral y de Seguridad Social* y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación. Editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por el Poder Judicial de la Federación.

DIRECTORIO

Mtro. Emilio José Baños Ardavin
Rector

Mtro. Eugenio Urrutia Albizua
Vicerrector Académico

Dr. Herberto Rodríguez Regordosa
Vicerrector de Posgrados e Investigación

Mtro. José Antonio Llergo Victoria
Director del Departamento de Ciencias Sociales

Mtro. Francisco Everardo Díaz Cortes
Coordinador de la Facultad de Derecho
y Ciencias Jurídicas

Mtra. María Cristina Carrillo González.
Catedrática de Derecho y Ciencias Jurídicas

Mtra. Fátima Hernández Manzanillo.
Catedrática de Derecho y Ciencias Jurídicas

Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández
Investigador

Mtra. Norma Angélica Huerta López
Coordinadora del Bufete Jurídico

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

POLITICAS 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 (paginas) y estarán corregidos gramaticalmente por el autor para facilitar su edición.
- o) Las reseñas deberán tener una extensión de 2 a 4 cuartillas (paginas)
- p) Las reseñas bibliográficas deben ser de 3 a 7 por pagina.
- 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. Seguido 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

CINTILLO LEGAL

REVISTA DE DERECHO DE LA EMPRESA.

Año 3; No. 6; Julio a Diciembre 2013.

Es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma del Estado de Puebla (UPAEP);

21 Sur No. 1103, Barrio de Santiago, Puebla, Pue.; C.P. 72410;

Teléfono +52 (222) 229.94.00, Lada sin costo 01800 224 22 00;

www.upaep.mx;

felipemiguel.carrasco@upaep.mx.

Director de la revista y Editor Responsable Felipe Miguel Carrasco Fernández.

Reservas de Derecho al Uso Exclusivo en trámite; ISSN en trámite; Licitud Título en trámite; Licitud de Contenido en trámite; ambos ante la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Responsable de la actualización de este número Universidad Autónoma del Estado de Puebla.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del editor y de la Universidad Autónoma del Estado de Puebla.