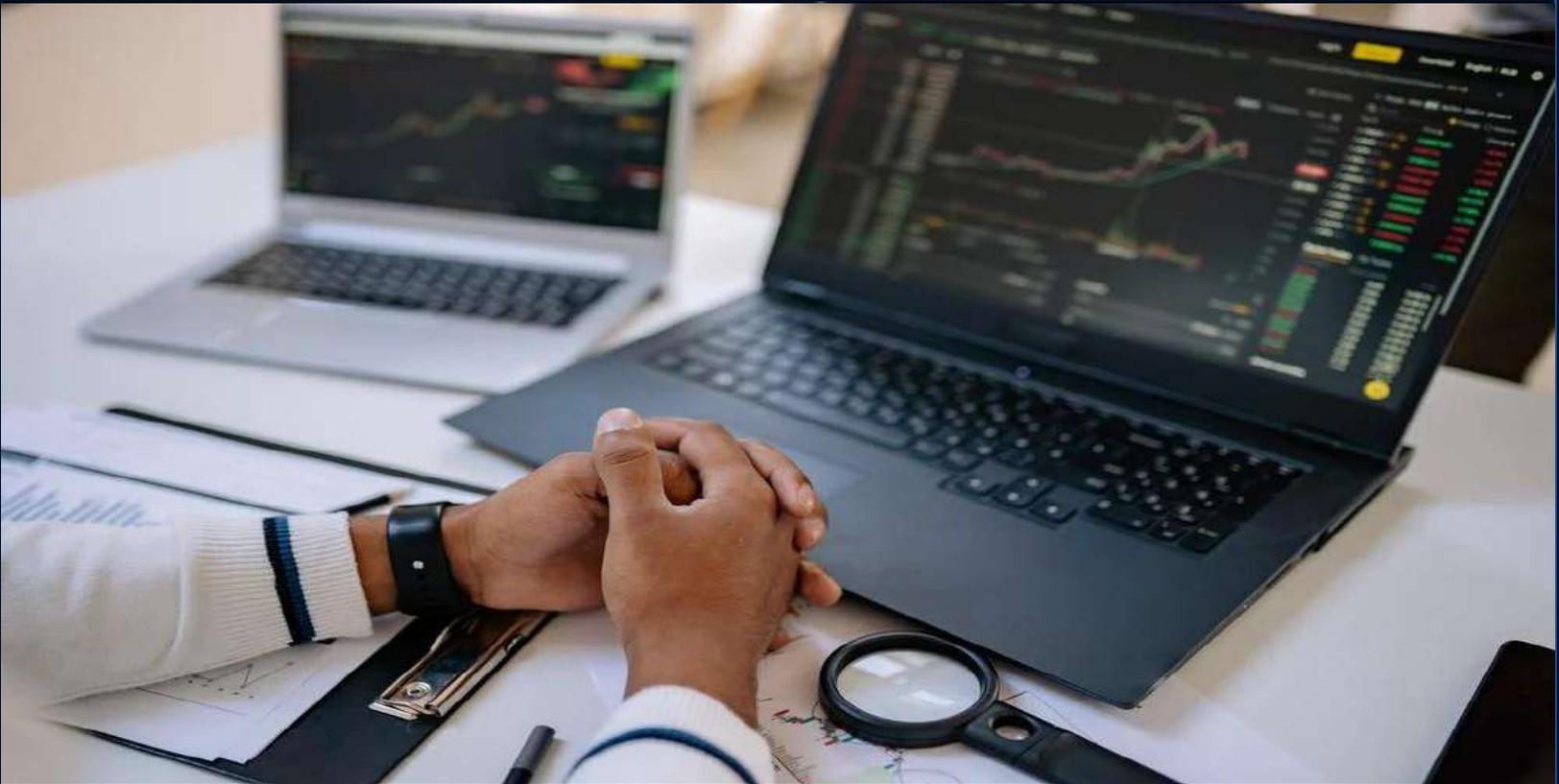


PAUTA 98



COMERCIO, INVERSIÓN Y FINANCIAMIENTO

ICC México PAUTA 98
Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara
Internacional de Comercio, A.C.

Consejo Editorial

Presidente

Claus von Wobeser

Vicepresidentes

Alberto Espinosa Desigaud
Federico Bernaldo de Quirós
Nelly Molina Peralta

Directora General

Yesica González Pérez

Directora de Comisiones y Grupos de Trabajo

Responsable de Pauta: Laura Altamirano López

Gerentes de Comisiones y Grupos de Trabajo

Bianca Palazuelos Bard
Luz María Morales

Gerente de Eventos

Abigail Blanco Rojano

Creación en Formato electrónico

Rafael Ríos Kunkel

ICC México Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C. Es una publicación de análisis educativo, social, comercial, financiero, económico e internacional, exclusivo para socios del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Las ideas expuestas por nuestros colaboradores no corresponden necesariamente al pensamiento de ICC México.

Copyright 2001 Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida o traducida en ninguna forma o por cualquier medio -gráfico, electrónico o mecánico, incluidas las fotocopias, grabaciones en disco o cinta, u otro sistema de reproducción sin el permiso escrito de ICC México.

Título de la publicación: «ICC México PAUTA Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.»

Editor Responsable: Lic. Rosa Laura Altamirano López

Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor: 04-2020-030417361700-203

Especie: Difusión vía red de cómputo. Género: Difusiones periódicas

Domicilio de la publicación y del distribuidor: Maricopa 10 piso 6, Col. Nápoles C.P. 03710, Ciudad de México

Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321 5687 2507, 5687 2601.

Título. ICC MEXICO PAUTA BOLETIN INFORMATIVO DEL
CAPITULO MEXICANO DE LA CAMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO A.C.

Disclaimer: Las opiniones, contenido, creencias y puntos de vista expresados por los diversos autores de PAUTA, no reflejan necesariamente las opiniones, creencias y puntos de vista de ICC México o su equipo. Los autores son responsables del contenido, gramática y ortografía de cada uno de sus artículos.

Género: Difusiones Periódicas

Especie: Difusión vía red de computo

web: www.iccmex.mx

ÍNDICE

Carta del Presidente

4

La conveniencia de
generar políticas de
resolución de conflictos
legales en las empresas

ESG: tendencia en
inversiones sostenibles

20

6

Mexico: Anti-Corruption
Enforcement Update

Uso de la Firma Electrónica
en las operaciones y
contratos comerciales en
México: validez y eficacia de
las firmas electrónicas
conforme a derecho
mexicano

11

31

Estimados socios:

La crisis global desencadenada por la pandemia COVID-19 nos ha obligado a adaptarnos a nuevas formas de realizar transacciones financieras y operaciones comerciales, por ello la edición 98 de Pauta que la International Chamber of Commerce (ICC) presenta en esta ocasión aborda los temas de Comercio, Inversión y Financiamiento, actividades vitales para el futuro de las empresas.

No hubo manera de predecir los costos en salud y en la economía que traería el coronavirus a nivel global; sin embargo, han surgido oportunidades de transformación en el sistema financiero donde se observa un auge de las inversiones ESG (Environmental Social Governance), que tienen en cuenta factores ambientales, sociales y de gobierno corporativo para configurar un modelo empresarial de desarrollo sostenible y socialmente responsable.



Este número de Pauta contiene un análisis sobre las métricas utilizadas por los inversionistas para identificar empresas que realizan esfuerzos para brindar soluciones en cada uno de los ámbitos que componen los estándares ESG, cuyo uso cada vez más amplio en los mercados financieros sin duda contribuirá a lograr una recuperación sostenible y un futuro mejor para toda la sociedad.

Precisamente, en el ámbito de la gobernanza se busca que las empresas incorporen programas de integridad con los más altos estándares internacionales de gobierno corporativo, ética, anticorrupción, igualdad de género, diversidad, no discriminación y transparencia.

Por ello, en estas páginas se incluye un análisis del combate a la corrupción en México, a través de una revisión del status de implementación del andamiaje legal del Sistema Nacional Anticorrupción, así como las perspectivas para el país materia de anticorrupción. En la comunidad financiera internacional hay cierta incertidumbre ante la falta de sanciones a los casos y redes de corrupción relacionadas con el caso Odebrecht. Por otra parte, México carece de una Ley de Protección a Alertadores de Actos de Corrupción –una iniciativa de ley en esa materia está pendiente de discusión en el Senado desde febrero de 2020– y los esfuerzos se han limitado al programa de alertadores de la corrupción lanzado por la Secretaría de la Función Pública en julio de 2019, que hasta ahora reporta 5 mil 106 denuncias, sin que se conozca cuántas han sido resueltas.

La conveniencia de generar políticas de resolución de conflictos legales en las empresas es otro de los temas incluidos en estas páginas. Un extenso análisis revela que gran parte de empresas, medianas y grandes en México no cuentan con una política de gestión y solución de conflictos legales y, de hecho, la posición de negociador en jefe es inexistente y hasta desconocida en el sector legal en el país, mientras que en otras latitudes es una posición importantísima que reporta al consejo de administración. El lector encontrará un texto sobre las ventajas de los métodos de resolución no litigiosa de los conflictos, a través de la mediación, la conciliación y la negociación, para resolver conflictos en forma creativa que se usan en otros países a través de opciones como evaluación preliminar neutral, juicio sumario por jurado, mini-proceso, med-arb (combinación de mediación con arbitraje), entre otros. Si bien el litigio sigue siendo un método importante de resolución de disputas y probablemente sea el más apropiado para determinados casos excepcionales, existen muchas otras alternativas.

Otro ámbito que ha adquirido gran relevancia para las empresas con motivo de la pandemia ocasionada por el virus SARS-CoV-2 es el uso de la Firma Electrónica en las operaciones y contratos comerciales en México. Muchas empresas han venido analizando las consecuencias, viabilidad y rentabilidad en el uso de firmas electrónicas para la ejecución de sus operaciones comerciales; sin embargo, poco se ha hablado sobre los riesgos legales, últimos precedentes e interpretaciones, así como formas de mitigación de riesgos ante escenarios contenciosos derivados del uso de este recurso digital. En este espacio se incluye un análisis sobre el marco normativo del país y los potenciales riesgos en el uso de firmas electrónicas, además de una revisión sobre el marco internacional aplicable a México respecto al uso de firmas electrónicas/e-commerce, que es muy relevante en lo que respecta al comercio electrónico entre Estados Unidos, México y Canadá en el marco del capítulo 19 del T-MEC.

Esperamos que encuentren de gran interés los artículos de nuestros socios con reflexiones sobre temas de gran importancia para el comercio, el financiamiento y las inversiones, ámbitos que inspiran nuestro trabajo diario en ICC y alimentan nuestra misión para que el comercio funcione para todos, en todas partes, y con ello podamos contribuir efectivamente a impulsar el crecimiento incluyente y sostenible con visión de largo plazo en la fase de recuperación de la economía global.

Un saludo afectuoso.

Claus von Wobeser
Presidente

ESG: tendencia en inversiones sostenibles



Héctor Garza Cervera

Socio en Ritch, Mueller y Nicolau S.C., Maestro en Derecho por London School of Economics and Political Science

Marco Portillo Díaz

Asociado Senior en Ritch, Mueller y Nicolau S.C., Maestro en Derecho por la Universidad de California en Berkeley con especialidad en Energía.

Ximena Fernández De La Torre

Pasante en Ritch, Mueller y Nicolau S.C., estudiante de Derecho en la Universidad la Salle.

Resumen

La implementación de los más altos estándares internacionales en responsabilidad social, ambiental, ética y gobernanza corporativa muestran una tendencia sostenida a la alza entre los inversionistas a nivel mundial. Ante esta inercia, en la determinación de riesgos no financieros, cada vez con mayor frecuencia los inversionistas incorporan métricas ESG para decidir sobre la viabilidad de una inversión.

En 1987 el premio Nobel de Economía, Robert Solow afirmó en un artículo publicado en The New York Times, que “se puede apreciar la influencia de la era de las computadoras en todas partes, menos en las estadísticas de productividad”. Solow hacía referencia a la creciente inversión e incorporación que hicieron las empresas en TICs durante las décadas de 1970 y 1980 en Estados Unidos, inversión que no lograba verse reflejada en su productividad. Este fenómeno sería conocido como la “Paradoja de Solow”.

Ante la exigencia internacional de transitar a una economía basada en el desarrollo sostenible, México ha suscrito y ratificado múltiples acuerdos internacionales al respecto, entre los que destacan los diez principios del pacto mundial de la ONU, la Agenda 2030, el Acuerdo de París, el Protocolo de Kyoto, el Protocolo de Nagoya, el Acuerdo de Escazú y el Convenio 169 de la OIT para poner de manifiesto el compromiso en la mitigación del impacto ambiental y fomentar el desarrollo de una economía socialmente responsable y con pertinencia cultural. En respuesta a ello, la tendencia nacional es verbalizar estándares ESG en el derecho positivo mexicano, tanto en el ámbito federal como el estatal y municipal. Asimismo, entidades financiadoras exigen que las empresas incorporen estándares ESG más estrictos que los que exige la ley local.

¿Cuáles son las ventajas de incorporar estándares ESG? ¿Qué prácticas ESG pueden implementar las empresas? ¿Al implementarlas, son más atractivas para recibir inversiones o financiamientos? ¿Las prácticas ESG generan valor? ¿Implican una ventaja comparativa frente a sus competidores? ¿Cuál es la tendencia entre los inversionistas? A continuación, se analiza la tendencia de cada uno de los ámbitos que componen los estándares ESG: (i) Ambiental (ii) Social y (iii) Gobernanza Corporativa y la forma en que las empresas los están incorporando.

El valor agregado de incorporar estándares ESG

Los estándares ESG permiten delimitar un marco comparativo para evaluar el grado de desempeño de una compañía en las áreas ambiental, social y de gobernanza en relación con el mercado. Son prácticas que permiten evaluar si las compañías generan un impacto positivo en el planeta, en las comunidades, en sus clientes, empleados y en general a lo largo de toda su cadena de valor.

Estos estándares son más estrictos que los de responsabilidad corporativa tradicional y buscan atender ámbitos adicionales a los puramente financieros. Esto es, buscan maximizar los retornos de las compañías sin dejar de considerar riesgos no financieros.

Además, la incorporación de prácticas ESG tiene como objetivo elevar la reputación de las compañías que los implementan y detonar nuevas oportunidades de negocio. Hay una gran variedad de prácticas ESG y su implementación depende del tamaño, recursos, giro y riesgos de cada empresa. Para incorporar un modelo ESG efectivo se debe buscar confeccionar un traje hecho a la medida que considere las particularidades de la empresa y los riesgos a la que se encuentra expuesta.

Obligaciones legales y mejores prácticas de ESG

En México no hay una regulación específica sobre ESG. Sin embargo, existen diversas obligaciones de responsabilidad ambiental y social que están contempladas en diferentes tratados internacionales. Los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Constitución Mexicana, forman parte del bloque de constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad protege los derechos humanos de todas las personas que se encuentran en México, por lo que es irrenunciable y debe de ser respetado por todas las empresas. Las empresas también deben cumplir con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, que son un conjunto de 31 principios creados por la Organización de las Naciones Unidas. Estos principios aclaran cuáles son las responsabilidades de las empresas con respecto a la protección y el respeto de los derechos humanos e imparten orientaciones sobre cómo llevarlas a la práctica. Por ello, son una guía que permite a las empresas dar cumplimiento a sus obligaciones de derechos humanos.

De igual forma, existen obligaciones ESG en la normativa nacional. Las principales normas al respecto son: Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, Ley Federal del Trabajo y diversas disposiciones reglamentarias en materia de prevención de riesgos de trabajo y seguridad de la vida y salud de los trabajadores, Norma Oficial Mexicana para identificar, analizar y prevenir los factores de riesgo psicosocial en los centros de trabajo, la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, así como sus disposiciones reglamentarias y la Ley General de Cambio Climático. Además, existen Normas Mexicanas de cumplimiento voluntario sobre responsabilidad social tanto para las entidades públicas como para las privadas en materia de transparencia, ética, principio de legalidad y derechos humanos, así como sobre la equidad y no discriminación en lugares de trabajo.

Adicionalmente a cumplir con las obligaciones legales, las empresas incorporan mejores prácticas ESG para generar valor y ser más atractivas al público inversionista. Dependiendo del giro y los riesgos de cada empresa, éstas incorporan estándares ESG en sus distintos ámbitos.

En el ámbito ambiental, las empresas buscan apegarse a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas e incorporan políticas para combatir el cambio climático, reducir emisiones a la atmósfera, manejar correctamente residuos, tener mayor eficiencia energética y para contar con procesos de descarbonización que impliquen un menor impacto en el ambiente. Igualmente, establecen medidas para ahorro de agua y fomentan proyectos de reforestación.

En el ámbito social, las empresas realizan declaratorias sobre el respeto a los derechos humanos y establecen mecanismos para erradicar prácticas prohibidas, de manera directa o indirecta, como la manufactura en condiciones precarias y el trabajo infantil. Además, adquieren compromisos sociales con las comunidades en donde se encuentran, mediante esquemas culturalmente adecuados y con estricto apego a los derechos humanos. Igualmente, implementan protocolos para cumplir con la obligación de reconocer el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a ser consultados de manera previa, libre, informada y de una manera que sea culturalmente adecuada cuando los proyectos que se pretendan desarrollar puedan tener un impacto significativo en su demografía, cosmovisión y en general que pueda permear en las estructuras sociales con las que las comunidades y pueblos indígenas se relacionan.

Por último, en el ámbito de gobernanza, las empresas incorporan programas de integridad que incluyen los más altos estándares internacionales de buen gobierno corporativo, ética, anticorrupción, igualdad de género, diversidad, no discriminación y transparencia. Las empresas establecen mecanismos para auditar y supervisar el alcance del compromiso ESG, así como el cumplimiento de expectativas, metas y acciones para medir el nivel de su implementación a lo largo del tiempo para poder, cuando sea necesario, informar públicamente sobre su progreso.

Capacitación y transparencia en ESG

La capacitación y transparencia son puntos clave en la incorporación de estándares ESG. Las empresas necesitan herramientas suficientes para que sus accionistas y empleados entiendan e integren los estándares de ESG en las decisiones de inversión y en sus actividades empresariales. Además de incorporar prácticas ESG, las empresas deben capacitar a los miembros de su equipo sobre las mismas y lograr que internalicen esta nueva manera sostenible de invertir y hacer negocios.

Igualmente, es importante ser transparentes con los clientes y cualquier actor interesado respecto a las métricas, reportes y evaluación de riesgos en materia de sostenibilidad de la empresa. Las empresas deben de transmitir un mensaje coherente a todos los actores involucrados (stakeholders) sobre el progreso en la implementación de estándares ESG. Un programa eficiente de ESG debe contar con métricas claras para evaluar el progreso en su implementación y mecanismos para constantemente re- evaluar riesgos ESG y mantenerse como un programa dinámico que mantenga y cumpla con los máximos estándares ambientales, sociales y de gobernanza.

Referencias

Asif Saeed *et al.* "Does CSR Governance Improve Social Sustainability and Reduce the Carbon Footprint: International Evidence from the Energy Sector" MDPI, 2020.

Bolsa Mexicana de Valores "El origen y relevancia de las inversiones ESG" <https://blog.bmv.com.mx/2021/02/el-origen-y-la-relevancia-de-las-inversiones-esg/> , consultado el 14 de julio de 2021.

Chowdhry, Bhagwan, Shaun William Davies, and Brian Waters. "Investing for impact." *The Review of Financial Studies* 32.3 (2019): 864-904.

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 2.

Daniela Thran *et al.*, "Governance of sustainability in the German biogas sector-adaptive management of the Renewable Energy Act between agriculture and the energy sector", Springer Nature, 2020, 10.

Equator Principles, "Review of the Equator Principles – EP4" 18 de noviembre de 2018, <https://equator-principles.com/ep4/> , consultado el 24 de agosto de 2021.

Forbes , "The Remarkable Rise of ESG", 11 de julio de 2018 , <https://www.forbes.com/sites/georgkell/2018/07/11/the-remarkable-rise-of-esg/?sh=4a0b48a91695> , consultado el 20 de agosto de 2021.

George Casey *et al.* "ESG Considerations in M&A" *The M&A Lawyer*, 2020, volume 24.

Heinkel, R., Kraus, A., Zechner, J., 2001. The effect of green investment on corporate behavior. *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 36, 431-449.

Jaime A. Correa-García *et al.* "Desempeño ambiental, social y de gobierno (ASG): incidencia en el desempeño financiero en el contexto latinoamericano". *Revista Facultad de Ciencias Económicas*, 2020, 28, pp. 67-83.

Ley General de Responsabilidades Administrativas, artículo 25.

Ley de Hidrocarburos artículo 120.

Ley de la Industria Eléctrica artículo 119.

Marcel C. Minutolo *et al.*, "Exploring environmental, social, and governance disclosure effects on the S&P financial performance." *Business Strategy and Environment*, 2020.

Nasdaq, "What Is ESG Investing and Why Is it Worth Trillions?", 15 de julio de 2021, <https://www.nasdaq.com/articles/what-is-esg-investing-and-why-is-it-worth-trillions-2021-07-15> , consultado el 30 de Agosto de 2021.

Oehmke, M., & Opp, M. M. (2020). A theory of socially responsible investment. London School of Economics Working Paper.

Mexico: Anti-Corruption Enforcement Update*



Diego Durán de la Vega

Socio de Hughes Hubbard & Reed LLP, en Washington DC y Vicepresidente de la Comisión de Anticorrupción de ICC México.



Santiago Ramírez Reyes

Especialista Internacional de Hughes Hubbard & Reed LLP, en París, Francia.

*Este artículo fue escrito en el verano de 2021, razón por la cual puede que existan partes del mismo que no estén actualizada respecto de los eventos que pudieron ocurrir de manera posterior.”

Abstract

A 2015 constitutional reform has led to a complete revamping of Mexico's anti-corruption system over the past few years and a renewed interest and vigor in Mexico's fight against corruption. Though significant work remains, Mexico appears positioned to greatly increase its anti-corruption efforts, changing the landscape for both Mexican officials and domestic and foreign companies and individuals operating in Mexico. To appropriately understand the new anti-corruption system (the National Anticorruption System, (“NAS”)) and the current state of Mexico's anti-corruption efforts, this section covers (i) the key features of the NAS; and (ii) a perspective of how the NAS has been implemented thus far.

THE NATIONAL ANTICORRUPTION SYSTEM

Context

Despite being the second largest economy in Latin America, Mexico is thought to suffer from pervasive corruption in the public and private sector, presenting a significant risk for companies operating in the country. International organizations have long recognized this concern and highlighted the need for increased domestic anti-corruption enforcement. As the former OECD's Secretary General, Miguel Ángel Gurría, affirmed, the adoption of the NAS responded to a problem that has plagued the country for far too long.

Legal Framework

In May 2015, Mexico amended its constitution to create the NAS. The NAS provides for the enactment and amendment of several laws. The enacted laws include the General Law of the NAS ("NAS Law"), the Federal Tribunal's Administrative Justice Organizational Law ("Administrative Justice Law"), the General Administrative Responsibilities Law ("Administrative Responsibilities Law") and the Federal Audit and Accountability Law ("Audit and Accountability Law"). Other existing laws were also amended to support and align with the NAS, including the Federal Criminal Code, the Federal Public Administration Organizational Law and the Federal Attorney General's Office Organizational Law. The OECD has acknowledged the NAS and related amendments as important steps forward in the fight against corruption; however, there are still significant issues with their implementation.

Understanding the New Mexican Approach

Mexico's new approach to fighting corruption involves the creation of several new institutions specialized in anti-corruption, the effective coordination between federal and state governments, the participation of civil society in the development of policies and coordination efforts, and the adoption of essential anti-corruption features (such as corporate administrative liability, consideration of compliance programs, and transparency into the assets of public officials).

New Institutions

A key focus of the NAS was the establishment of new institutions specialized in anti-corruption. When establishing these new institutions, the NAS also sought to promote greater involvement of civil society in the fight against corruption and ensure better cooperation between civil society and anti-corruption authorities.

The following are the new institutions created by the NAS:

Anticorruption Prosecutor's Office • A specialized office tasked with the investigation and charging of corruption related offenses. Critically, the Anticorruption Prosecutor's Office will maintain independence through its special appointment and removal processes, autonomy in the exercise of human, material and budgetary resources, and autonomy in the investigation of cases, among other things. The head of the Anticorruption Prosecutor's Office is the Special Anticorruption Prosecutor. The first Special Anticorruption Prosecutor was appointed by two-thirds of the Senate's votes for an unrestricted term, thereafter he or she will be appointed by the National Attorney General.

Specialized administrative judges • These judges adjudicate administrative proceedings involving public officials and private parties accused of corruption. Specialized Administrative Judges belong to the Federal Tribunal of Administrative Justice, which is tasked with their appointment: three within its Superior Chamber (its highest court) and 15 distributed among its Regional Tribunals (highest regional federal administrative courts).

Coordinating Committee • The Coordinating Committee is in charge of the development of national anti-corruption policies, coordination between institutions, monitoring and progress evaluation. It is composed of the heads of the Ministry of the Public Function, the Federation's Superior Audit Committee, the Federal Tribunal of Administrative Justice, the Anticorruption Prosecutor's Office, the National Institute for Transparency, Access to Information and Protection of Personal Data, the Federal Judicial Council, and the Citizens' Participation Committee.

Citizens' Participation Committee • This committee is tasked with providing opinions and proposals for the development of anti-corruption national policies. Through the participation of its head in the Coordinating Committee, it is also involved in the coordination, monitoring and evaluation of the NAS. Five prestigious citizens with contributions towards transparency, accountability or the battle against corruption form the committee.

Governing Committee • The Governing Committee is responsible for (i) designing, approving and promoting comprehensive policies on oversight; (ii) implementing the coordination mechanisms among all members of the NAS; and (iii) implementing the system for information exchange regarding the control of public resources. The Governing Committee is formed by the Federation's Superior Audit Committee, the Ministry of the Public Function and seven rotating members from the states' anti-corruption systems.

Local anti-corruption systems • As part of the NAS, states are required to establish their own respective local anti-corruption systems, mirroring the federal one, which are to have full coordination with the federal institutions for the prevention, detection, investigation and sanction of corruption.

Heightened Administrative Enforcement and Legislative Branch Auditing

With the adoption of the NAS, corruption is still mainly dealt with from a criminal perspective, yet with a more specialized focus and robust process. However, there is also a new emphasis on administrative enforcement. The Administrative Responsibilities Law establishes two different sanctioning procedures depending on the severity of the alleged offence: serious and less serious offenses. For less serious offenses, internal control bodies within different government entities are responsible for investigating offenses and imposing relevant sanctions. For serious offenses, the Federal Tribunal of Administrative Justice is now also entrusted with deciding cases related to serious corruption offenses, through its specialized administrative judges.

Furthermore, within the legislative branch, the Federation's Superior Audit Committee is tasked with reviewing and auditing the federal government's spending and informing the Anticorruption Prosecutor and the Federal Tribunal of Administrative Justice of any findings of corrupt practices.

Key Features of the NAS

The NAS has several features, some of them completely new to the Mexican legal system. The most relevant are:

Corporate criminal liability • Article 11 of the Federal Criminal Code establishes the possibility for the judge to decide the suspension or dissolution of a corporation, as well as economic penalties, for acts committed by any member or representative in a crime committed in the name or under the protection of or for the benefit of the corporation. Furthermore, Article 422 of the National Code of Criminal Procedure indicates the range for economic penalties applicable to violations of Article 11, and provides for an adjustment of the economic penalty depending on the degree of knowledge the company's governing bodies had, the damage caused, as well as the benefit obtained by the corporation.

Corporate administrative liability • Article 24 of the Administrative Responsibilities Law provides for the sanction of corporations for acts related to serious administrative faults, including corruption committed by individuals acting on behalf or in representation of the corporations and seeking to obtain benefits for the corporation.

Anticorruption Compliance Programs • Article 25 of the Administrative Responsibilities Law states that the existence of an "integrity policy" within the legal entity will have to be assessed as part of the determination of a corporation's administrative liability and enumerates the minimum elements that such policy must contain.

Under Article 25 of the Administrative Responsibilities Law, compliance programs must contain the following elements: (i) an exhaustive organization and procedures manual; (ii) a code of conduct; (iii) adequate and effective control, monitoring, and auditing systems; (iv) adequate alert mechanisms and disciplinary processes; (v) appropriate training systems and processes; (vi) human resources policies aimed at avoiding hiring personnel who create a risk to the integrity of the corporation; and (vii) mechanisms that guarantee the transparency and publicity of the corporation's interests at all times.

The establishment of appropriate compliance programs are also to be considered as a mitigation factor by authorities while deciding on the corporation's sanctions. On June 2017, the Ministry of the Public Function presented a model program for corporate integrity as guidelines for corporations.

Foreign bribery • The Federal Criminal Code prohibits Mexican companies and individuals from bribing foreign government officials. It does not cover commercial bribery.

Disclosure of assets, conflict of interests and tax returns for public officials • Article 32 of the Administrative Responsibilities Law requires public officials to disclose their assets and taxes, and declare conflicts of interests.

Active bribery • Under Article 222 of the Federal Criminal Code, it is a crime to offer or give a bribe to a public official, punishable by imprisonment from 3 months to 14 years and economic penalties from MXN 2,500 to 8,500, depending on the amount of the bribe.

From the administrative perspective, Article 66 of the Administrative Responsibilities Law forbids the active corruption of public officials by private persons. Pursuant to article 81, three types of sanctions can apply to corporations for such misconduct: (i) economic sanctions that may reach up to two times the benefits obtained or, in the case of not having obtained them, for the amount of MXN 8,600 to 130 million; (ii) a temporary disqualification from participating in public bids for a period no less than three months and no longer than ten years; (iii) dissolution of the company; and (iv) compensation for the damages caused to the public treasury.

Passive bribery • Article 222 of the Federal Criminal Code criminalizes passive bribery and defines it as committed when a public official, either personally or through an intermediary, requests or receives money or any other gift for himself or any other party, or accepts a promise, to perform or fail to perform any legal or illegal act in relation to his functions. Penalties for passive bribery are the same as active bribery.

From the administrative perspective, such misconduct is prohibited by Article 52 of the Administrative Responsibilities Law. Pursuant to Articles 78 and 79, the sanctions are: (i) the suspension or dismissal from employment, office, or commission for a maximum period of 90 days; (ii) economic sanctions that must not exceed twice the amount of the profit generated by the offender, without being less than one equal to such profit; and (iii) the temporary disqualification from holding public service jobs, positions or commissions and participation in acquisitions, leases, services or public works, for a period ranging from three months (if no profit was generated) to 20 years.

Facilitation payments • Defined as payments “made to secure or expedite the performance of a routine or necessary action to which the payer has legal or other entitlement,” facilitation payments are prohibited.

Gifts and entertainment • Although it was formerly tolerated, government officials are no longer allowed to accept gifts or similar benefits Gifts and entertainment “from any person or organization.” As it stands, there is no exception to this rule, since the Administrative Responsibilities Law does not refer to other forms of hospitality such as meals, entertainment and travel.

Use of intermediaries • Article 66 of the Administrative Responsibilities Law sanctions the corruption of public servants by private persons, whether the bribery act is committed directly or through third parties. Similarly, Article 222 of the Federal Criminal Code sanctions the direct or indirect passive bribery of a federal legislator.

IMPLEMENTATION OF THE NAS

To date, the implementation of the NAS has been mixed. While all institutions have been created and certain high-profile positions have been filled, many positions remain unfilled. Moreover, there is no evidence to date that the new framework and infrastructure created by the NAS is being utilized in major corruption investigations.

In a continuous effort to strengthen the NAS, the Coordinating Committee approved the National Anticorruption Program (“PNA”) in January 2020, establishing a national agenda in the fight against corruption. The PNA establishes the public policy priorities that should guide the actions of all public institutions in the country. It is a long-term strategy designed to tackle corruption in a comprehensive manner by focusing on four issues: (i) fighting corruption and impunity; (ii) combating arbitrariness in public services; (iii) promoting the improvement of management in the government-society contact points; and (iv) involving civil society and the private sector in the fight against corruption. Unfortunately, many of the objectives laid out in the PNA have not in fact been pursued or, in some instances, the actions of the government have been in direct contradiction with them.

Appointments

In February 2019, María de la Luz Mijangos Borja was appointed Chief Anticorruption Prosecutor. However, many other key posts have not yet been filled. In particular, 16 of the 18 anti-corruption judges of the Federal Tribunal of Administrative Justice, initially provided for in the NAS, have not yet been appointed. After the Citizens' Participation Committee obtained a court order to force the executive branch and the Senate to appoint these 18 anti-corruption judges, the Senate rejected the list that then-President Enrique Peña Nieto proposed. In a press release dated August 25, 2019, the Citizens' Participation Committee urged President Andres Lopez Obrador to send a new list of candidates for ratification as soon as possible.

In November 2019, President Lopez Obrador submitted three nominees to fill the position of anticorruption judges at the Superior Chamber of the Federal Tribunal of Administrative Justice. However, two of them were rejected by the Senate since they were considered as having close connections with the Lopez Obrador administration. In April 2021, Ms. Natalia Téllez Orozco was appointed as the first anti-corruption judge at the Superior Chamber. A second appointment took place at the end of June 2021 to integrate Mr. Julio Ángel Sabines Chesterking as anticorruption judge. As of September 2021, there is one appointment still missing to complete the specialized section at the Superior Chamber.¹

In 2020, President Lopez Obrador presented an initiative to reduce the number of specialized Regional Administrative Tribunals from five to only one. While not achieved yet, related legislative developments point to a backtrack on the designation of the 15 magistrates distributed among the Regional Administrative Tribunals. On March 22, 2021, the Senate adopted a decision to amend the Administrative Responsibilities Law to disappear the specialized chambers, arguing that these are not established by the Federal Constitution and should not be implemented. This decision has not been ratified yet, the amendment must still go through a plenary session of the Senate and the Chamber of Representatives.²

The appointment of these anti-corruption judges is fundamental for the proper functioning of the NAS, since only they can punish serious administrative misconduct committed by public officials and by individuals involved in acts related to corruption.

At the state level, as of September 2021, the federal government reports that the SNA is nearly fully operational (99%) and indicates that all States have appointed their Selection Committee, Citizen's Participation Committee, Coordinating Committee, Governing Committee and their Specialized Administrative Judge. Also, that two of the 32 States still have to appoint their specialized prosecutor.³

The Citizens' Participation Committee also has pending appointments, which prevent it from fully functioning. In August 2020, the Citizens' Participation Committee filed a lawsuit against the Senate to force it to take the necessary measures to get the members of the Committee appointed. Following a federal court order, the Senate approved the appointment of the new members of the Selection Commission that will appoint the missing Citizen's Participation Committee members. The Selection Commission is still working on its selections, which means that the appointments at the Citizen's Participation Committee are still incomplete. The situation has been aggravated by the resignation of three of its members earlier this year.⁴ From the five members that are supposed to compose the Citizen's Participation Committee only one is currently in function—he took office on February 2021.

¹ El Economista, "Autónomos pero incompletos" (Aug. 25, 2021).

² Reporte Indigo, "Magistrados anticorrupción, el eslabón olvidado" (July 7, 2021). See also El Economista, "A cinco años, estructura del SNA está inconclusa" (July 8, 2021).

³ SNA, Seguimiento Sistemas Locales Anticorrupción de las Entidades Federativas

⁴ El Economista, "A cinco años, estructura del SNA está inconclusa" (July 8, 2021).

Enforcement

Despite its strengthened legal framework, new specialized institutions and organization, Mexico is yet to show the full potential of the NAS. The failure to appoint anti-corruption judges has made it impossible to punish serious administrative misconduct. Also, the lack of public information on the prosecution of corruption cases makes it hard to understand the extent to which the NAS is being used. There have been some efforts to fight notorious corruption cases, but either these efforts have not gone through the NAS or results of ongoing investigations have proved slow and remain to be seen.

In its 2019-2020 annual report (corresponding to the period from March 11, 2019 to March 10, 2020), the Anticorruption Prosecutor's Office stated it had initiated 950 investigations but only undertaken six prosecutions. The Anticorruption Prosecutor's Office reported to have initiated 121 new investigation files and have undertaken 22 prosecutions in its 2020-2021 annual report (for the period from March 12, 2020 to March 10, 2021). The 2021 annual report states that due to Covid-19 crisis in the country, investigations have suffered from delays and that the recruitment process for new officers has also been impeded.

From the MXP 110 million (~\$5.5 million) budget for 2020, the Anticorruption Prosecutor's Office only used MXP 63 million. For 2021, it has a slightly increased budget totaling MXP 123.5 million (~\$6.2 million).

The lack of enforcement under the NAS is highlighted by Mexico's failure to use the NAS in its recent efforts to punish the companies and individuals involved in the Odebrecht corruption scandal. These efforts have been handled outside of the NAS framework. In 2017, Mexico's Ministry of the Public Function announced that it had identified "irregularities" between Pemex and Odebrecht amounting to \$6.7 million. In April 2018, Odebrecht was fined MXP 543 million (~\$28 million) by the Mexican authorities, who also banned Odebrecht from contracting with the federal government, including Pemex, for a period of three years.

Accusations subsequently surrounded Emilio Lozoya, a former CEO of Pemex, for allegedly receiving \$10 million in bribes from a former executive at Odebrecht in exchange for a contract related to Mexico's Tula refinery. On July 5, 2019, a Mexican judge issued a warrant for the arrest of Mr. Lozoya, his wife, mother and sisters, for their alleged involvement in the Odebrecht corruption scandal in Mexico. Charges against Mr. Lozoya include bribery and tax fraud. In February 2020, Mr. Lozoya was arrested in Spain and extradited to Mexico in July 2020. Mr. Lozoya faces several investigations, one conducted directly by the National Attorney General and involving bribery related to the Odebrecht cases, and an investigation conducted by the Specialized Prosecutor's Office for Electoral Crimes related to embezzlement allegations.

On the administrative side, on February 5, 2020, the Federal Tribunal of Administrative Justice validated the sanction imposed by the Ministry of the Public Function in May 2019 against Mr. Lozoya, consisting of a 10-year ban on holding public office. According to statements by the Minister of the Public Function, this was the first time that the federal government disqualified a former head of Pemex.

By all indications, the Anticorruption Prosecutor's Office has not been involved in any of these investigations and prosecutions, demonstrating that the NAS is still not being utilized in the most serious corruption matters.

National Digital Platform

The National Digital Platform is a key tool contemplated by the NAS to help combat corruption. The data of the platform comes from the federal government and state governments, as well as by autonomous bodies. It is conceptualized as an interoperability platform, which will integrate and connect the various information systems held by the authorities in charge of the fight against corruption.⁵

It is anticipated to be a centralized database designed to host and process the following information about federal and state officials: (i) assets, personal interests and tax information of public officials; (ii) the names of public officials involved in public procurement processes; (iii) the names of public officials, and private entities and individuals, that have been sanctioned for certain offenses; (iv) information obtained from public audit committees; (v) corruption complaints; and (vi) public procurement contracts. While the platform is not fully functional, as it does not yet have any available information from audit committees or information about corruption complaints, the current version incorporates information from States' governments regarding assets, personal interests and tax information. It also contains data on public procurement contracts, which is obtained from the government's open data portal and the information regarding sanctioned public officials is provided quarterly by the Local Governing Committees through the questionnaire designed by the NAS Governing Committee to report on their developments.⁶

Availability of such a data is an important step towards fighting corruption. Among other things, it allows the SNA to better evaluate risks and prevent corruption. For instance, the National Digital Platform data analysis shows that the number of public officials sanctioned for certain offenses has drastically dropped since 2013 and reached historical lows during the past two years. Since 2013 only 73 public officials have been sanctioned over corruption charges.⁷

⁵ Ruiz-Healy Times, ¿Qué avances ha tenido la Plataforma Digital Nacional del Sistema Nacional Anticorrupción? (Oct. 8, 2020).

⁶ Ruiz-Healy Times, ¿Qué avances ha tenido la Plataforma Digital Nacional del Sistema Nacional Anticorrupción? (Oct. 8, 2020).

⁷ Plataforma Digital Nacional, Sistema nacional de servidores públicos y particulares sancionados (last visited Sept. 17, 2021).

A Key Challenge: Whistleblower Protection

Mexico does not currently have a comprehensive whistleblower protection law. The federal Congress showed signs of possible progress in this area, as evidenced by a proposed bill presented in 2015 that ultimately did not materialize, and a constitutional reform initiative presented to the Senate in February 2020, which is currently still under discussion.

There are, however, certain whistleblower protections contained in various laws and in the NAS. Prior to the adoption of the NAS, the rules applicable to the protection of whistleblowers were scattered in different laws, including the Federal Law against Organized Crime, which establishes the possibility of rewards for whistleblowers that report serious crimes. The historic approach focused on establishing mechanisms to reward whistleblowers.

With the adoption of the NAS and related laws, the focus shifted to putting in place protections for whistleblowers, particularly those reporting government misconduct. The Audit and Accountability Law, for example, designated the Federation's Superior Audit Committee as the body in charge of protecting whistleblowers' identities in cases where whistleblowers report irregular management or diversion of federal public resources. Also in line with the new approach, the Administrative Responsibilities Law incorporated controls aimed at ensuring the protection of whistleblowers. In July 2019, the Ministry of Public Function also launched the "Internal and External Citizens' Corruption Alert Program." This unprecedented effort by the Ministry of Public Function is characterized by an enhanced effort to further protect whistleblowers.

According to information disclosed by the Ministry of Public Function, since its creation and up to February 22, 2021, a total of 5,106 "alerts" or complaints had been received through the alert system, but no data was available on whether they had been resolved.⁸

⁸ El Economista, "Sin resolver, denuncias de alertadores" (June 22, 2021)

La conveniencia de generar políticas de resolución de conflictos legales en las empresas.



Enrique A. Hernández Villegas

Socio de Solución de Conflictos Legales SCL y
Vicepresidente del Comité de Mediación de ICC México

"La política de cambio depende de la cultura organizacional y el método de control". Entender las organizaciones.

Recientemente, tomé conocimiento de un caso que motivó el presente ensayo. Una empresa dedicada a la industria de la construcción en México resultó condenada a pagar la cantidad de 3.2 millones de dólares, luego de que perdió un juicio mercantil que inició en 2016 en los tribunales locales de esta Ciudad Capital.

La sentencia de condena a la cual me refiero tiene la calidad de cosa juzgada; esto es, es un fallo firme e irrecorrible que se encuentra en etapa de ejecución de sentencia.

La parte demandada, hoy condenada, a pesar de tener un departamento jurídico interno nunca visualizó, ni mucho menos ponderó el potencial riesgo que dicho juicio significaba para la empresa, optando por litigarlo hasta la última instancia asumiendo, por un instante que podrían prevalecer con éxito luego de que un tribunal federal les concediera la razón, craso error. Error humano que le costó a la empresa 3.2 millones de dólares ¿Cuántas cabezas caerán?

No imagino la reacción de los accionistas de la empresa que, en aras de la confidencialidad no revelo su nombre, luego de conocer la noticia sobre la sentencia a la cual resultaron condenados a cumplir forzosamente sin posibilidad de modificarle ni una coma; sin duda, debió de haber sido impactante, nivel shock, informarles que tienen que abrir la chequera para pagar a su contraparte, a la cual, dicho sea de paso desprecian la nada despreciable cantidad de 3.2 millones de dólares en una sola exhibición y de contado so pena de ser embargados, y todo por no tener una política de gestión de conflictos legales para mitigar riesgos, riesgos legales que se suelen no tomarse en serio.

Por increíble que parezca, los abogados en México no están familiarizados con el riesgo derivado de conflictos legales, ni mucho menos con la gestión y su solución oportuna, y prueba de mi afirmación categórica es que la gran parte de empresas, medianas y grandes en nuestro país no cuentan con una política de gestión y solución de conflictos legales. De la posición de “*chief negotiator*”, mejor no hablamos, es inexistente y hasta desconocida en el sector legal en México, cuando que, en otras latitudes es una posición importantísima que reporta al consejo de administración.

Puntos clave:

- La resolución creativa de conflictos legales puede evitar riesgos significativos, además de ahorrar tiempo y dinero.
- Si la gran mayoría de los casos han de arreglarse de todas maneras, entonces deberían solucionarse lo antes posible.
- Las estrategias innovadoras de resolución de conflictos les dan a las partes el control sobre el proceso y sobre el resultado de la controversia.
- La resolución creativa de conflictos ofrece confidencialidad a las partes y conservar su relación futura.
- La resolución de conflictos no litigiosa tiene una serie de ventajas importantes con respecto al proceso judicial tradicional.
- La tecnología sobre la resolución de conflictos se está ampliando para satisfacer las necesidades originadas en el aumento de la litigiosidad de relaciones comerciales y de relaciones interpersonales más satisfactorias.

Estamos inmersos en una sociedad que hace hincapié en los derechos legales y en la competencia, la posibilidad de apartarse del conflicto en forma deliberada como estrategia para manejarlo al interior de las empresas es a menudo desechada.

Los tribunales están sobrecargados, los litigantes están enojados, los costos judiciales son altísimos, las relaciones comerciales y laborales se están destruyendo¹, y las partes damnificadas rehúsan solucionar sus conflictos. Las partes se sienten frustrados con los abogados, los gerentes, los empleadores, los dirigentes gremiales, los socios comerciales y otros que trabajan con los conflictos porque están siempre demasiado ocupados con cuestiones procesales o posicionándose para obtener una mejor posición negociadora.

Durante años aquellos que manejaban los conflictos se han preguntado acerca de la eficiencia del sistema adversarial. Las partes desean que sus conflictos se resuelvan en forma rápida y justa. Reciben, a cambio, juicios demorados, intrusivos y costosos, que ellas no entienden o controlan. Para satisfacer estas demandas, los profesionales que desempeñan la tarea de resolver conflictos están redescubriendo y desarrollando estrategias para la solución de los mismos que ofrecen a las partes una mejor forma para solucionar sus controversias.

¿Qué es la solución no litigiosa de los conflictos?

La realidad del sistema judicial actual, sobrecargada y costoso, ha desgastado gradualmente la resistencia inicial hacia la resolución creativa de conflictos. Las alternativas no sólo son más atractivas, sino que parecen ser cada vez más la única manera de asegurar un sistema de justicia más eficiente.

Los métodos de resolución no litigiosa de los conflictos representan el futuro de la solución de los mismos. Consideradas desde tiempo atrás como técnicas aplicables sólo a los conflictos vecinales, otal vez a las negociaciones laborales, son reconocidas ahora por los abogados y gerentes de empresas como los procesos de elección en el mundo de los negocios.

Más del sesenta por ciento de las 500 empresas Fortune (Fortune 500) se han comprometido a utilizar procesos no litigiosos de resolución de conflictos. Las partes en conflicto están reconociendo los peligros del proceso judicial, no sólo porque es costoso, público, incierto y no permite que las partes tengan el control de la solución de sus conflictos, sino porque también produce estragos en la humanidad. Como dijera el ministro de la Suprema Corte Learned Hand: "*Después de la muerte y la enfermedad, a nada le temería más, como litigante, que a un pleito*".

Existen muchas maneras de resolver un conflicto en forma creativa.

Los procesos de resolución de conflictos más conocidos son la negociación, la mediación y el arbitraje. Sin embargo, en otros países, estos procesos han crecido y se han combinado para formar decenas de variantes que incluyen, entre otras, a la evaluación preliminar neutral (*early neutral evaluation*), al juicio sumario por jurado (*summary jury trial*), al mini-proceso (*mini trial*), al med-arb (combinación de mediación con arbitraje) y los procesos anexos a los tribunales (*court annexed processes*), tales como las reuniones conciliatorias en sede judicial y la contratación judicial temporal (*temporary judging*).

La resolución creativa de conflictos puede describirse simplemente como "todo lo que usted puede hacer para evitar un juicio". Aquellos que se desempeñan en el ámbito de la resolución de conflictos han desarrollado este campo desde la forma más simple de comunicación directa hasta las estrategias para la solución de conflictos sumamente estructurados con la participación de paneles de terceros neutrales y procedimientos sofisticados.

Una de las razones por las cuales la resolución creativa de conflictos resulta tan atractiva es su flexibilidad, su habilidad para adaptarse a través de la capacidad del usuario para satisfacer las necesidades de los participantes y del conflicto. Seleccionar un proceso y adaptarlo para atender un conflicto determinado puede ser un arte. Esta es una de las razones por las cuales este ámbito está en constante cambio.

Sin embargo, muchos de los abogados de empresa (*in house lawyers* como se les conoce), no están familiarizados con estos procesos innovadores y eficientes de solución de disputas legales.

En la actualidad, a pesar de que los abogados e importantes empresarios están al tanto de los procesos no litigiosos de resolución de conflictos, la mayoría no tiene la experiencia suficiente en el manejo de estos nuevos procesos como para aplicarlos con comodidad. Desafortunadamente, no están pudiendo captar el potencial que existe en los procesos creativos de resolución de conflictos en cuanto al ahorro en los gastos y al aumento de la productividad de las empresas.

El entorno empresarial competitivo actual exige que todas las causas judiciales sean evaluadas en forma diligente y continua como potenciales destinatarias de dichos métodos alternativos.

La inmensa mayoría de empresas, bancos, instituciones financieras quieren promocionarse como una entidad llena de juicios y conflictos legales sin resolver. Pero tampoco es realista afirmar que las disputas les resultan un concepto extraño.

Los abogados internos de las empresas en lugar de centrarse en el hecho de que las disputas surgen inevitablemente se han centrado equivocadamente en los procesos. Hablar de los procesos más eficaces en términos de accesibilidad, facilidad de uso y costo, es sin duda, un signo de un departamento legal interno proactivo y eficiente.

Por supuesto, hablar públicamente sobre los Métodos Adecuados de Resolución de Controversias, por sus siglas MASC no es una política de todas las empresas, instituciones y mucho menos de los bancos, pese a que éstos últimos son el cliente número uno de los tribunales de justicia locales de todo el país. Además, muchos abogados de empresa subcontratan el trabajo relacionado con disputas legales con abogados externos frente a su incapacidad de gestionarlos y resolverlos internamente.

A manera de antecedente, vale la pena recordar que un mensaje destacado en los eventos de la pasada Global Pound Conference¹, fue la importancia de la elección del proceso más apropiado para resolver una disputa que no siempre es fácil ni mucho menos obvio ya que cada empresa funciona de diferente manera.

Inclusive, cuando los abogados externos se enfrentan a una disputa, sus clientes esperan que se les ofrezca una variedad de opciones de resolverlo pronto y convenientemente.

También es importante que el abogado interno de empresa entienda, pero, sobre todo, comprenda perfectamente el funcionamiento de los diferentes MASC, lo que les permite asumir un papel más activo en la decisión de qué enfoque adoptar. Los datos del Global Pound Conference indican las disparidades significativas en las percepciones de los abogados de empresa, destacando la importancia de una falta de involucramiento directo con los MASC.

¿Cuáles son las alternativas?

Si bien el litigio sigue siendo un método importante de resolución de disputas, y probablemente el más apropiado para determinados casos excepcionales, existen muchas otras alternativas.

Como es frecuente, los abogados internos de empresa reiteran tanto en público como en privado: ninguna empresa quiere involucrarse en un litigio por los altos costos, tiempos, la enorme incertidumbre sobre su resultado y la mala publicidad que eso ocasiona; lo anterior, sin perjuicio del alto riesgo de tener relaciones comerciales dañadas lo que haría que un abogado interno cuestione la efectividad de todo el proceso jurisdiccional.

Los MASC, incluida la mediación, la conciliación y la negociación, son más nuevos y menos conocidos que el arbitraje. Estos procesos de resolución de disputas, obviamente consensuados, permiten a las partes intentar llegar a un acuerdo en sus propios términos, en lugar de esperar la decisión de un juez o árbitro.

A su vez, las críticas al arbitraje se han incrementado en los últimos años, y los críticos lo atacan por motivos de costo, tiempo, demoras y falta de transparencia. Sin embargo, para una decisión final vinculante en un contexto transfronterizo, el arbitraje sigue siendo la opción predeterminada.

Hay indicios de un cambio en el enfoque de la resolución de disputas a nivel global, aunque cambiar una cultura centrada principalmente en el litigio llevará tiempo. Países como Estados Unidos que, si bien es verdad es una nación de mucho litigio, no menos cierto es que han demostrado que la mediación comercial es una poderosa herramienta muy eficaz para la resolución de disputas, pero se puede decir que otras jurisdicciones como la nuestra han tardado mucho en seguir este ejemplo.

Dispute wise, manejo sabio de controversias.

En Francia han aprendido que una empresa inteligente es aquella que: i) establece una política para el uso de la mediación; ii) proporciona capacitación sobre mediación a su equipo jurídico; iii) establece un sistema para monitorear y dar seguimiento a las relaciones importantes para el negocio; iv) adopta una estrategia sobre el uso de la mediación, y v) anticipa el uso de la mediación.

En el año 2002 se publica un segundo e interesante estudio sobre la materia¹, esta vez, realizado por la American Arbitration Association, en el que participa una muestra de sociedades¹ y de cuyo contenido, respecto del tema que nos ocupa, cabe destacar lo siguiente:

a) Por un lado, es posible identificar organizaciones que pueden ser calificadas de *dispute-wise*, en las que el departamento legal se caracteriza por estar altamente integrado en el proceso de planificación estratégica de la sociedad; por integrar los riesgos asociados al negocio; por dedicar parte importante de su tiempo a resolver cuestiones complejas desde un punto de vista técnico; por involucrarse y ser capaz de gestionar conflictos transnacionales y además colaborar activamente en el mantenimiento de las relaciones comerciales, teniendo un enfoque preventivo y conciliador.

b) Por otro, una gestión eficiente e inteligente de los conflictos tiene un impacto positivo en la cuenta de resultados de la organización. Además, y en lo relativo a la mediación y el arbitraje, se confirma su mayor uso por parte de las organizaciones que gestionan sus conflictos de manera eficiente y, en concreto, por las empresas fortune 1000 entrevistadas. Los motivos del uso de la mediación se centran en el ahorro de tiempo (91 %) y de dinero (84 %). Se confirma la tendencia prevista en la encuesta anterior respecto de las áreas de uso de los MASC, el mayor uso de la mediación, así como la mayor satisfacción con los resultados de esta frente al arbitraje.

¿En qué consiste?

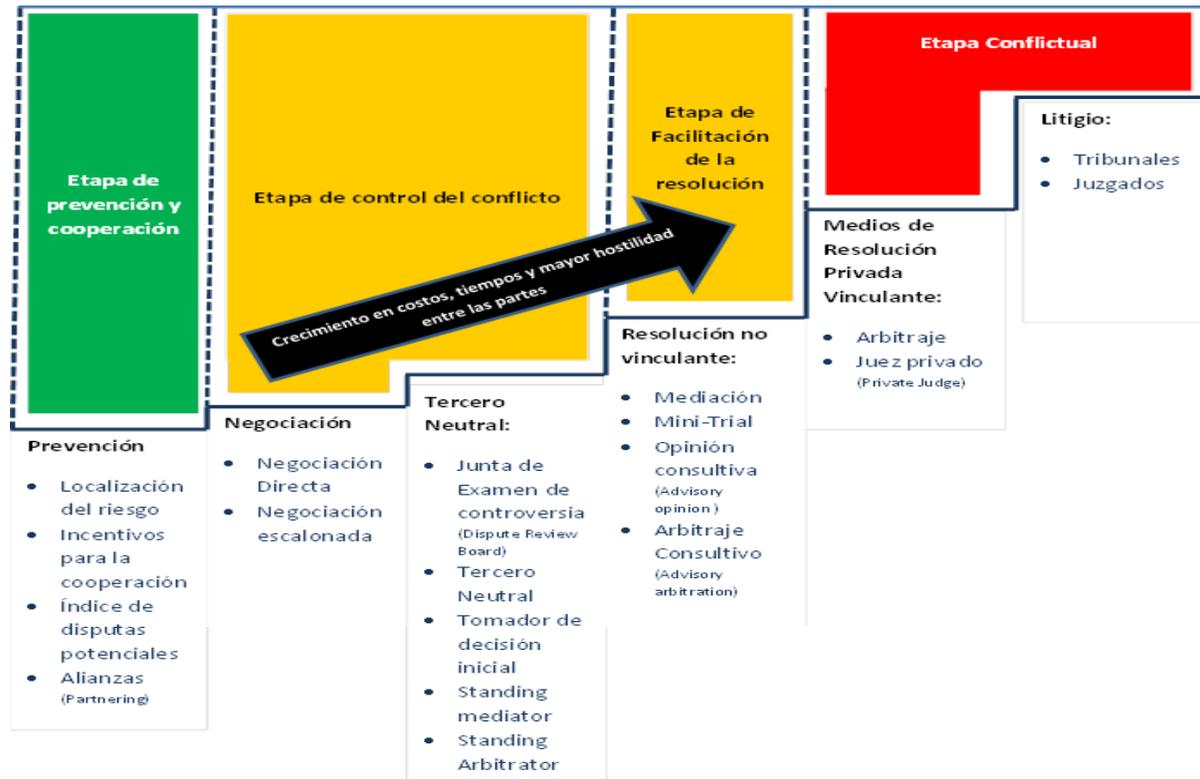
En favorecer los MASC por encima del litigio tradicional ante tribunales, puesto que, se enfocan en preservar relaciones y llegar a acuerdos en lugar de simplemente ganar los casos. Se evita tomar una posición agresiva. Los departamentos legales internos en las empresas están fuertemente integrados en el proceso general de planeación corporativa.

En su libro reciente, el pionero de Alternative Dispute Resolution (ADR, por sus siglas en inglés ADR), Michael Leathes habla de la falta de capacitación en habilidades de negociación en muchos departamentos internos en empresas; lo anterior, a pesar de un mercado de jóvenes abogados y estudiantes de derecho ansiosos por aprender, la negociación apenas se enseña en las facultades de derecho, una habilidad esencial que ofrece valor en cualquier proceso legal y comercial.

Resulta pues, ser mejor un *troubleshooter* (solucionador de problemas) que un *troublemaker* (creador de problemas).

Los abogados internos o *general counsel* también podrían agregar valor al brindar capacitación en sus departamentos legales, lo que permitiría a sus abogados estar más al tanto de los mecanismos disponibles y tomar decisiones más informadas sobre qué ruta tomar siempre que se trate de solucionar un conflicto legal de la manera más conveniente, ágil y segura para la empresa.

Etapas para resolver una controversia



A manera de conclusión

Las organizaciones y empresas exitosas deben fomentar y recompensar la pronta solución de los conflictos legales, abandonando aquellos enfoques del proceso judicial demasiado costoso y prolongado.

Dicho cambio requerirá una capacitación más amplia acerca de la complejidad de los procesos de resolución de conflictos por parte de los abogados de empresa y los que diseñan las políticas internas en las organizaciones. De esta forma se sentirán más cómodos de recurrir, primero a estos procesos innovadores para la solución de conflictos y, después, utilizarán el proceso judicial, únicamente para aquellas causas que verdaderamente requieran un proceso adversarial de esa naturaleza.

Uso de la firma electrónica en las operaciones y contratos comerciales en México

Validez y eficacia de las firmas electrónicas conforme a derecho mexicano



Enrique Espejel Caso

Socio de White & Case y Vicepresidente de la Comisión de Relaciones con Gobierno de ICC México

Con motivo de la pandemia ocasionada por el virus SARS-CoV-2, muchas empresas han venido analizando las consecuencias, viabilidad y rentabilidad en el uso de firmas electrónicas para la ejecución de sus operaciones comerciales; sin embargo, poco se ha hablado sobre los riesgos legales, últimos precedentes e interpretaciones, así como formas de mitigación de riesgos ante escenarios contenciosos derivados del uso de las denominadas *e-signatures*.

Ahora bien, previo a entrar a detalle sobre los retos que implican el uso de firmas electrónicas, resulta importante mencionar que, en México, la legislación mercantil otorga los mismos efectos jurídicos a la información mantenida o transmitida electrónicamente que a la información registrada en documentos originales impresos, incluida la aplicabilidad de los contratos u otros instrumentos ejecutados por medios electrónicos utilizando firmas electrónicas. No obstante ello, existe un abanico de potenciales riesgos en el uso de firmas electrónicas que poco han sido estudiados, los cuales van desde reclamaciones sobre la autenticidad de la firma electrónica, hasta la integridad de la información que contiene un mensaje de datos firmado electrónicamente, así como su validez y eficacia probatoria.

Para ello, y con el fin de dar mayor confort a las partes de un contrato celebrado electrónicamente, el Código de Comercio contempla el concepto de “*Firma Electrónica Avanzada o Fiable*” la cual es considerada como una firma electrónica que cumple con los requisitos contemplados en el artículo 97 de dicho ordenamiento mercantil, a saber: (i) los datos de creación de la firma electrónica, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante; (ii) los datos de creación de la firma electrónica estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante; (iii) es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y (iv) respecto a la integridad de la información de un mensaje de datos, es posible detectar cualquier alteración de ésta hecha después del momento de la firma.

Por su parte, el Código de Comercio contempla la existencia de terceros proveedores que certifican la fiabilidad de las firmas electrónicas avanzadas, para asegurar que realmente cumplen con los requisitos antes señalados. En cualquier caso, no es obligatorio contratar a un tercero proveedor de esta naturaleza; sin embargo, ello otorga un nivel adicional de seguridad en la ejecución de transacciones comerciales por medios electrónicos. Es decir, brindan mayor certeza jurídica a la operación ya que se le otorga una presunción de validez a las operaciones que amparan. Por ende, dichos servicios representan una posible mitigación de riesgos al momento de enfrentar una posible demanda en donde se cuestiona su validez y/o legitimidad de la operación. La conveniencia de contratar a esos terceros vendedores autorizados debe analizarse caso por caso teniendo en cuenta una serie de circunstancias, muchas de las cuales quedan fuera de las consideraciones jurídicas –es decir, el volumen, la naturaleza y las cantidades de las transacciones ejecutadas electrónicamente, entre otras–.

Marco internacional aplicable a México respecto al uso de firmas electrónicas/e-commerce

Por otra parte, en lo que respecta al comercio electrónico, el acuerdo entre los Estados Unidos, México y Canadá (T-MEC), que entró plenamente en vigor el 1º de julio de 2020, contiene en su Capítulo 19, principios sólidos sobre el comercio digital. Su finalidad es garantizar que los proveedores de un Estado contratante no se vean restringidos en el uso de la autenticación electrónica o las firmas electrónicas, con el objetivo último de facilitar las transacciones digitales.

Según el artículo 19.6 “*Autenticación electrónica y firmas electrónicas*” del T-MEC, salvo que se disponga expresamente en la legislación interna de cada Estado, ninguna parte de dicho tratado podrá adoptar medidas que impidan la validez de una firma por el mero hecho de estar en forma electrónica. Además, ningún país podrá adoptar medidas que impidan a las partes acordar mutuamente los mecanismos para autenticar sus firmas electrónicas, o que impidan a esas partes establecer ante las autoridades judiciales o administrativas que su operación cumple los requisitos jurídicos aplicables en materia de autenticación de firmas electrónicas.

De igual forma, y bajo el marco internacional, existe la “*Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales*”, y leyes modelos como la “*Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas*” y la “*Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*”. Estos instrumentos internacionales reconocen la validez de las firmas electrónicas que son utilizadas en contratos comerciales internacionales y resuelven temas sobre jurisdicción y ley aplicable cuando los signatarios firman electrónicamente desde diferentes jurisdicciones, aunque éstos, al momento de firmar, se encuentren en una jurisdicción distinta de su país/domicilio de residencia.

Digitalización y conservación de mensajes de datos (NOM-151)

El Código de Comercio establece que uno de los elementos que otorga certeza y fiabilidad a un mensaje de datos es que el proceso para su conservación y digitalización cumpla con las normas administrativas emitidas por la Secretaría de Economía. La NOM-151, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de marzo de 2017, constituye dicho reglamento.

La regulación mercantil dispone que, si el proceso de digitalización es realizado por un proveedor de certificación, habrá una presunción legal de que el proceso cumplió con las normas aplicables contenidas en la NOM-151. Los requisitos técnicos implementados por el proveedor de certificación conforme a la NOM-151 tienen por objeto garantizar que el mensaje de datos digital resultante no pueda ser modificado, alterado, enmendado o corregido de ninguna manera.

En la medida en que una empresa origine cualquier mensaje de datos, es aconsejable que se verifique que se haya contratado a un proveedor de certificación autorizado para fines de conservación y digitalización de dichos mensajes de datos en cumplimiento de la NOM-151. El incumplimiento de la NOM-151 podría afectar la validez y la aplicabilidad en los tribunales de esos mensajes de datos.

Precedentes judiciales importantes relativos al comercio electrónico

Las controversias derivadas del comercio electrónico –y específicamente las derivadas de las transacciones bancarias electrónicas–, se han incrementado en los últimos años, y han demostrado que constituyen un desafío para los tribunales mexicanos, considerando el alto grado de tecnicidad y sofisticación de la regulación, y los procesos involucrados en este tipo de transacciones. Los tipos de controversias más comunes en materia de comercio electrónico implican la falta de reconocimiento de la transacción realizada a través de las plataformas de banca electrónica por parte de los clientes, donde el demandante generalmente busca la nulidad de la operación, la devolución del monto transferido, así como los daños y perjuicios correspondientes.

Existen precedentes judiciales que han versado principalmente sobre la cuestión de si la carga de la prueba relativa a la ejecución o no de una transacción de banca electrónica, recae en el banco o en el cliente. La cuestión implica: (i) si un banco puede eximirse de responsabilidad si demuestra ante el Tribunal que el cliente ejecutó efectivamente la transacción de banca electrónica, aportando pruebas del cumplimiento de la normativa relativa al mantenimiento de registros y bitácoras en relación con la transacción en cuestión; o (ii) si un demandante (cliente) que afirma que no ejecutó dicha transacción debe tener la carga de la prueba para demostrar que, aunque el banco cumplió la normativa pertinente, la transacción no fue efectivamente ejecutada por el demandante en cuestión.

Dado que estos criterios contradictorios fueron emitidos por dos Tribunales de Circuito, se planteó una demanda de criterios contradictorios –denuncia de contradicción de tesis– ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que, en última instancia, dictaminara qué parte tiene la carga de la prueba en relación con las transacciones materia de una controversia a través de plataformas bancarias electrónicas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación aceptó la existencia de una contradicción y emitió el fallo final el 9 de enero de 2019. Dicha resolución¹ concluye que la carga de la prueba recae en la institución financiera y le corresponde a ésta aportar los medios de convicción que demuestren que el cliente fue la persona que ejecutó la transacción; es decir, que el cliente concedió la autorización mediante su firma electrónica, considerando que los bancos tienen una posición dominante frente al cliente en la relación financiera con el consumidor y, por lo tanto, se exige a los bancos que garanticen la seguridad de las transacciones, ya que dichas instituciones les es imperativo mantener dispositivos y mecanismos que faciliten su presentación de pruebas *–dadas sus obligaciones reglamentarias para garantizar la seguridad de las transacciones ejecutadas por medios electrónicos–*.

En ese mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió diversa contradicción de tesis¹ en la que determinó categóricamente que sólo después de que un banco pueda demostrar que los procedimientos de identificación que fueron utilizados durante la transacción y que fueron acordados con el usuario se emitieron correctamente, además de la fiabilidad del procedimiento que se utilizó para autorizar la transacción, así como que el sistema pertinente no fue objeto de ninguna infracción, y que tomó las medidas de seguridad necesarias, entonces la carga de la prueba se trasladará al cliente, que deberá presentar pruebas para impugnar las presentadas por el banco.

Estas resoluciones cobran relevancia para las empresas que celebran operaciones con sus clientes u otras empresas, ya que, en un escenario en el que se están utilizando firmas electrónicas para realizar cualquier tipo de operación y existe una disputa o incluso una solicitud de autoridad relacionada con la misma, es imprescindible contar con un mecanismo que permita identificar y producir cualquier dato que confirme y detalle la validez de la operación o acto jurídico correspondiente. Por ello, con la implementación de las firmas electrónicas avanzadas *–que por su naturaleza son más confiables y rastreables–*, así como la implementación de registros o bitácoras, se podría confirmar la validez de la operación en juicio o ante un requerimiento de autoridad, en los plazos previstos, mitigando de esta forma los riesgos que las empresas pudieran enfrentar.

Asimismo, en lo que respecta a las bitácoras presentadas en un juicio como prueba, un reciente precedente judicial no obligatorio¹ emitido por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, dictaminó que la mera exhibición de un documento con tecnicismos *–bitácora de transacciones–* que no son comprensibles para la población media, no es suficiente para demostrar que las transacciones respaldadas por dicha bitácora fueron aprobadas con el consentimiento de la parte que impugna su validez en juicio. Por ello, el registro pertinente *–la bitácora–* debe ir acompañado de la interpretación y opinión de un experto en informática que explique claramente el contenido de dicho registro y su alcance. De no acompañar el dictamen en comentario, un juez puede no reconocer como válido el contenido del registro, ya que el juzgador no es un experto en lenguaje y códigos informáticos. Bajo este contexto de ideas, a pesar de que no es un precedente obligatorio, sigue siendo relevante ya que puede influir en futuros casos de la misma naturaleza.

Identificación de riesgos para operaciones y transacciones en México mediante la utilización de firmas electrónicas

Como se ha explicado anteriormente, la ejecución de contratos o actos jurídicos por parte de las empresas con el uso de firmas electrónicas que proveen distintas plataformas puede conllevar un riesgo en relación con posibles reclamaciones sobre la autenticidad de éstas o la validez de los contratos electrónicos. Por ello, el uso de bitácoras es relevante para las empresas, ya que al proporcionar más información sobre la operación en disputa o la información solicitada *–sin proporcionar información confidencial–*, puede crear más convicción en el tribunal/autoridad y demostrar más elementos que podrían confirmar la validez y autenticidad de la transacción.

Esto significa que debe haber signos claros, o al menos notoriamente visibles para el juez o autoridad correspondiente, de que la contraparte de la empresa en cuestión se ha registrado en la plataforma correspondiente, ha utilizado sus propios métodos de autenticación y es confidencial; hay una trazabilidad de cuándo y cómo entró en la plataforma en cuestión; hay una libre aceptación de la operación; y el documento relativo a la operación en cuestión. Esto también ayudaría a las empresas en un proceso judicial o en una solicitud de información emitida por cualquier autoridad para verificar que se ejecutó válidamente un contrato a través de la plataforma en cuestión.

De acuerdo con lo anterior, es importante que las empresas confirmen no sólo la disponibilidad de su proveedor de firmas electrónicas para producir y proporcionar toda la información mencionada anteriormente, sino también su colaboración en relación con el ofrecimiento y la presentación de pruebas en un proceso judicial o administrativo, que puede incluir desde dictámenes periciales dentro de las instalaciones y sistemas del proveedor, hasta la designación de testigos que puedan corroborar y confirmar las declaraciones de la empresa en el juicio correspondiente. Para ello, se sugiere elaborar una cláusula de cooperación que permita determinar, delimitar y concretar el tipo de colaboración que requiere la empresa en el escenario de enfrentar un proceso judicial/arbitral o ante la solicitud de información de cualquier autoridad.

En esencia, es recomendable incluir una disposición contractual que indique que el proveedor de firmas electrónicas se verá obligado a cooperar con la empresa para producir, a petición de esta última, todos los registros, contratos electrónicos, datos de transacciones, datos de consumidores y datos confidenciales de la empresa en un plazo máximo de 5 (cinco) días hábiles a partir de la entrega de una solicitud.

Asimismo, si la empresa lo considera necesario, para respaldar la validez de todas y cada una de las transacciones en las que participe el proveedor o para evitar cualquier daño o resultado adverso para los intereses de una empresa en cualquier disputa, arbitraje, litigio y/o cualquier otro tipo de procedimiento, incluidos los procedimientos administrativos en los que esté involucrada la empresa, el proveedor deberá cooperar plenamente aportando oportunamente cualquier prueba, testimonio, o informes, así como asistiendo a cualquier audiencia en México, y permitiendo cualquier inspección ordenada por cualquier tribunal jurisdiccional, tribunal arbitral, regulador o autoridad, incluyendo el acceso permitido por la ley a un testigo experto, con respecto a cualquiera y todos los registros relacionados con la disputa, el arbitraje, el litigio o los procedimientos. De igual forma, se sugiere incluir la correspondiente cláusula de indemnización en caso de que el proveedor se niegue a colaborar o su colaboración no sea apropiada, oportuna y diligente.

International Chamber of Commerce (ICC)

- La ICC, con sede en París, se fundó en 1919, y hoy comprende una red global de más de 45 millones de empresas, cámaras de comercio y asociaciones empresariales en más de 130 países, generando más de 1,000 millones de empleos. Nuestra visión es lograr un mundo donde la paz, el crecimiento económico sostenible y la prosperidad compartida, se sustenten en comercio justo, basado en reglas, así como inversión sostenible y respetuosa de los derechos humanos
- La International Chamber of Commerce es un organismo consultivo de las Naciones Unidas y somos la única organización empresarial que goza del estatus de observador ante su Asamblea General. Tenemos una estrecha relación con el G20, la OMC, y la OCDE, entre otros organismos.
- La ICC tiene las siguientes funciones principales:
 - Promover el comercio y la inversión libre a través de las fronteras.
 - Identificar mejores prácticas internacionales para el desarrollo de herramientas empresariales.
 - Proveer reglas y estándares para un mejor gobierno y comportamiento más ético de los negocios internacionales
 - Capacitar
 - Solución de Controversias

❖ International Chamber of Commerce México (ICC México)

Desde 1945, en ICC México trabajamos para hacer que las empresas funcionen para todos, todos los días y en todas partes. Nuestro trabajo es autónomo, apartidista y busca incidir en el progreso de México para lograr una nación más justa, competitiva e incluyente, para que las personas y las empresas puedan desarrollar plenamente su potencial.

❖ Misión

Lograr un mundo donde la paz, el crecimiento económico sostenible y la prosperidad compartida, se sustenten en el comercio y la inversión multilateral abierta, basados en reglas.

❖ Visión

Promover la apertura en el comercio y la inversión, basados en normas, un sistema de economía de mercado, el crecimiento económico sostenible, la conducta empresarial responsable y un enfoque global de la regulación. Estos objetivos se persiguen a través de una combinación de promoción de políticas, desarrollo de herramientas prácticas y actividades de creación de reglas por parte de las empresas, incluidos nuestros servicios de resolución de disputas líder en el mercado.