



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AVENIDA DE  
MEXICO

# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE  
DERECHO DE LA UNAM

## LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES EN LA UNIÓN EUROPEA Y MÉXICO: UN PREÁMBULO A LA UNIFICACIÓN COMERCIAL Y FISCAL DE LOS SISTEMAS NACIONAL E INTERNACIONAL

# T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
M A E S T R A E N D E R E C H O

P R E S E N T A :

N O E M Í C A M P O S B E C E R R A



TUTOR  
DR. HÉCTOR F. FIX FIERRO

Ciudad Universitaria

Septiembre de 2008



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## *Gracias...*

*Por todos los momentos que han estado a mi lado...  
Por toda la verdad y felicidad que traen a mi vida...  
Por cada sueño que han convertido en realidad...  
Por todo el amor que encontré en ustedes...*

*Por ser quienes me sostuvieron y nunca me dejaron caer...  
Por ser mi fortaleza cuando fui débil...  
Por ser mi voz cuando no podía hablar...  
Por ser mis ojos cuando no podía ver...  
Por haber visto lo mejor que había en mí...  
Por darme fe cuando creyeron en mí...*

*Porque soy todo lo que soy gracias a su amor...  
Por cada día que me han dado...  
Porque siempre estuvieron junto a mí, como un  
Viento tierno que me llevaba e inspiraba...  
Porque mi mundo es un lugar mejor por ustedes...*

*Porque todo lo que digo y lo que pienso está en armonía  
contigo... Dios, UNAM y cada una de las personas que han  
tocado mi vida con su amor, comprensión, apoyo y  
amistad.*

**LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES EN LA UNIÓN  
EUROPEA Y MÉXICO: UN PREÁMBULO A LA UNIFICACIÓN COMERCIAL Y  
FISCAL DE LOS SISTEMAS NACIONAL E INTERNACIONAL**

**ÍNDICE**

<b>Introducción</b>	<b>I</b>
 <b>CAPÍTULO PRIMERO</b> <b>REGULACIÓN COMERCIAL DE LOS SERVICIOS</b> <b>PROFESIONALES A NIVEL INTERNACIONAL, UNIÓN</b> <b>EUROPEA Y MÉXICO</b>	
<b>I. LA NATURALEZA DE LOS SERVICIOS Y SUS BARRERAS COMERCIALES</b>	<b>1</b>
1. Definición de los “servicios” y de los “servicios profesionales”	2
2. Naturaleza jurídico-económica de los “servicios” y de los “servicios profesionales”	4
3. Definición de barreras u obstáculos comerciales en materia de servicios profesionales	4
 <b>II. LA REGULACIÓN DEL COMERCIO DE SERVICIOS Y LOS SERVICIOS</b> <b>PROFESIONALES</b>	 <b>6</b>
1. A nivel internacional OMC / GATS	8
A. La Organización Mundial del Comercio (OMC)	9
B. El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS)	12
a. La Definición de “comercio de servicios” y su clasificación	16
b. La Definición de “comercio de servicios profesionales	17
c. Normas de origen y obstáculos de los servicios profesionales	18
d. Cláusula de nación más favorecida	18
e. Cláusula de trato nacional	19
f. Cláusula de acceso a mercados	19
g. Lista de compromisos específicos	19
h. Anexo sobre el movimiento de personas físicas proveedoras de servicios en el marco del Acuerdo General de Comercio de Servicios	20
2. En la Unión Europea	20
A. Concepto de los Servicios y los Servicios Profesionales	22
B. Los Servicios Profesionales en el Derecho Comunitario (Directivas)	24
a. Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 “relativa a los servicios en el mercado interior”	26
b. Directiva 2005/36/CE de 7 de septiembre de 2006 “relativa al reconocimiento de cualificaciones	

profesionales”	27
c. Las Normas de origen y obstáculos de los servicios profesionales	28
d. Lista de Compromisos Específicos en materia de servicios profesionales a nivel OMC	31
3. En México	31
A. Concepto de servicios y servicios profesionales conforme a la legislación mexicana y tratados internacionales	32
a. La Constitución	32
b. El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS/GATS)	33
c. El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN)	35
d. TLCUE	36
e. Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativa al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal y su Reglamento	38
f. Ley del Impuesto al Valor Agregado	39
B. Normas de origen y obstáculos de los servicios Profesionales	40
C. Lista de Compromisos Específicos en materia de servicios profesionales a nivel OMC	43

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **REGULACIÓN FISCAL DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES A NIVEL INTERNACIONAL, UNIÓN EUROPEA Y MÉXICO**

<b>I. LA FISCALIDAD DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES</b>	44
1. La causación del IVA e ISR en la prestación internacional de servicios Profesionales en la Unión Europea y en México de manera física y vía electrónica (e-commerce).	46
A. El Impuesto al Valor Agregado	46
B. El Impuesto sobre la Renta	47
C. La prestación de servicios profesionales vía electrónica o e-commerce	48
2. En la Unión Europea	48
A. Fiscalidad Directa	50
a. El Impuesto sobre la Renta	51
B. Fiscalidad Indirecta	51
a. El Impuesto sobre el Valor Añadido (Directiva 2006/112/CE)	52
1) Objeto y ámbito de aplicación	53
2) Sujeto Pasivo	53
3) Hecho imponible y lugar de su realización	53
4) Devengo y exigibilidad del impuesto	54
5) Base imponible	54

6) Tipos de IVA	54
7) Deducciones	55
8) El régimen especial aplicable a los sujetos pasivos no establecidos que suministren por vía electrónica servicios a personas que no sean sujetos pasivos	55
9) Reembolso a sujetos pasivos no establecidos en la Comunidad Europea	56
b. Impuesto sobre el Valor Añadido: reembolso a sujetos pasivos no establecidos en el país (8ª Directiva 79/1072/CE)	56
c. Impuesto sobre el Valor Añadido: reembolso a sujetos pasivos no establecidos en la Comunidad (13ª Directiva 86/560/CEE)	57
d. Impuesto sobre el Valor Añadido: Directiva 2008/8/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a la Reforma de la Directiva 2006/112/CE del Consejo correspondiente al lugar de la prestación de servicios en materia del Impuesto al Valor Añadido	58
e. Directiva 2008/9/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa al establecimiento de las reglas detalladas sobre el reembolso del Impuesto al Valor Añadido, previsto en la Directiva 2006/112/CE del Consejo correspondiente a sujetos pasivos no establecidos en el estado miembro retenedor del impuesto, pero con establecimiento en otro estado miembro	58
3. En México	58
A. Impuesto Directo: Impuesto Sobre la Renta	59
a. Objeto y ámbito de aplicación	59
b. Sujetos pasivos y lugar de causación	60
c. Hecho imponible	60
d. Devengo y exigibilidad	60
e. Obligaciones	60
B. Impuesto Indirecto: Impuesto al Valor Agregado	61
a. Sujetos pasivos, ámbito de aplicación y tasa	61
b. Hecho imponible	62
c. Causación del impuesto	62
d. Obligaciones	62
C. La tributación en la prestación de servicios vía electrónica	63

a. Impuesto sobre la Renta	64
b. Impuesto al Valor Agregado	65
<b>II. LA DOBLE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL EN EL COMERCIO DE SERVICIOS PROFESIONALES</b>	66
1. Definición de Doble Tributación Internacional	66
2. Clases y características	67
<b>III. TRATADOS INTERNACIONALES COMO MECANISMOS PARA EVITARLA</b>	68
1. Concepto y características de los Tratados para evitar la Doble Tributación Internacional	68
A. En la Unión Europea	70
B. En México	70

**CAPÍTULO TERCERO**  
**LOS SERVICIOS PROFESIONALES EN LA UNIÓN EUROPEA:**  
**¿BASE PARA UNA ARMONIZACIÓN, UNIFICACIÓN O SOFT LAW**  
**COMERCIAL Y FISCAL DEL SISTEMA LEGAL INTERNACIONAL?**

<b>I. EL SOFT LAW, LA ARMONIZACIÓN Y LA UNIFICACIÓN JURÍDICA, FRENTE A LOS SERVICIOS PROFESIONALES EN LA UNIÓN EUROPEA</b>	71
1. El Soft Law	73
A. Definición y Funciones	74
B. Sus características y clasificación	75
a. Instrumentos Preparatorios e Informativos	76
1) Libros Verdes	76
2) Libros Blancos	77
3) Programas de Acción	77
4) Comunicaciones inter-institucionales	77
5) Comunicaciones totalmente informativas	77
6) Comunicaciones individuales	78
b. Instrumentos de Interpretación y Decisión	78
1) Instrumentos de Interpretación:	
Comunicaciones y noticias interpretativas	78
c. Instrumentos de Decisión: Comunicaciones y Noticias de Decisión / Guías, Códigos y Marcos de Decisión	78
1) Instrumentos de Dirección	79
2) Recomendaciones	79
3) Opiniones de la Comisión	80
4) Resoluciones del Consejo	81
5) Conclusiones del Consejo	81
6) Declaraciones del Consejo	81
7) Códigos de conducta o Códigos de práctica/guía	81
C. Su uso en el comercio de servicios profesionales en la Unión Europea	82

D. Su uso en la Política Fiscal de la Unión Europea	82
2. La Armonización Jurídica	83
A. Definición	84
B. Sus características	85
C. La Armonización en el comercio de servicios profesionales en la Unión Europea	87
D. La Armonización en la Política Fiscal de la Unión Europea	88
3. La Unificación Jurídica	90
A. Definición	91
B. Sus características e instrumentos	91
C. Su uso en el comercio de servicios profesionales en la Unión Europea	93
D. Su uso en la Política Fiscal de la Unión Europea	93
<b>II. LINEAMIENTOS DE UNA REGULACIÓN COMERCIAL Y FISCAL DEL COMERCIO DE SERVICIOS PROFESIONALES, CONFORME A LOS OBJETIVOS DEL MILENIO EMITIDOS POR LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS</b>	94
1. Los Principios jurídicos de Justicia, Igualdad, Equidad y Proporcionalidad, en la normatividad auspiciada bajo los Objetivos del Milenio de la Organización de Naciones Unidas	94
A. Principio de Justicia	96
B. Principio de Igualdad	96
C. Principio de Equidad	97
D. Principio de Proporcionalidad	97
<b>III. UNA REGULACIÓN COMERCIAL Y FISCAL DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES A NIVEL INTERNACIONAL JUSTA, IGUALITARIA, EQUITATIVA Y PROPORCIONAL: ¿ARMONIZACIÓN, UNIFICACIÓN O SOFT LAW?</b>	98
1. Sus características	99
2. Directrices en la inclusión de los principios de Justicia, Igualdad, Equidad y Proporcionalidad en las normas comerciales y fiscales internacionales relativas a los servicios profesionales	101
3. Textualismo y Contextualismo en la modificación de normas fiscales, comerciales y migratorias del sistema legal multilateral bajo el amparo de la OMC	102
<b>CAPÍTULO CUARTO</b>	
<b>COHERENCIA ENTRE EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO Y EL INTERNACIONAL EN TORNO A LA UNIFICACIÓN NORMATIVA DE LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES</b>	
<b>I. LOS SISTEMAS JURÍDICOS: NACIONAL E INTERNACIONAL</b>	104
1. La noción de sistema jurídico y su clasificación en nacional e internacional	105
A. El sistema jurídico nacional	106

B. El sistema jurídico internacional	106
2. Teoría del ordenamiento jurídico	106
3. La dinámica jurídica	107
4. El ordenamiento jurídico como sistema dinámico	109
<b>II. RELACIONES EXTERNAS DE COORDINACIÓN E INTERDEPENDENCIA DE UN SISTEMA JURÍDICO</b>	111
1. La relación de coordinación e interdependencia entre el sistema jurídico nacional y el sistema jurídico internacional	113
A. La relación de coordinación	113
B. La relación de interdependencia (supra y subordinación del sistema jurídico internacional)	113
a. La supraordinación del sistema jurídico internacional	114
b. La subordinación del sistema jurídico internacional	114
C. En materia de la comercialización de servicios profesionales	117
a. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios	117
b. Tratado de Libre Comercio para América del Norte	118
c. Acuerdo de Asociación Económica, concertación política y cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros (TLCUE) y la Decisión del Consejo Conjunto	120
D. En materia de impuestos derivados de la prestación de servicios	122
<b>III. LA COMPATIBILIDAD, COHERENCIA Y CONSISTENCIA DE LAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO</b>	123
1. Los conflictos normativos o antinomias entre el sistema jurídico mexicano y el sistema jurídico internacional	124
<b>IV. LA UNIFICACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN DE NORMAS NACIONALES E INTERNACIONALES COMERCIALES, FISCALES Y MIGRATORIAS RELATIVAS AL COMERCIO DE SERVICIOS PROFESIONALES EN MÉXICO: UN CUERPO NORMATIVO HÍBRIDO</b>	125
1. Características generales	126
2. La inserción de normas que repercutan en la legislación de tratados internacionales, migratoria, comercio, posesión de títulos y tributaria	130
A. Normas sobre tratados internacionales	130
B. Normas migratorias	131
C. Normas de comercio relativas a la prestación de servicios profesionales y relativas al ejercicio de una profesión con posesión de título profesional, su certificación, registro y suspensión permanente	133

D. Normas tributarias	133
<b>CONCLUSIONES</b>	135
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	140

## INTRODUCCIÓN

### **LIBERTAD...**

*Es la potestad que tiene todo ser humano sin excepción alguna, a ser gobernado por su propio consentimiento al amparo de la Ley, en una sociedad en que todas las personas que la integran sin temor a la discriminación ni a las represalias la disfruten, en un ambiente de seguridad, paz, cooperación extensa y profunda entre el resto de la humanidad, considerando las necesidades propias y las de los demás*

El plantear una unificación comercial y fiscal de los sistemas legales nacionales e internacionales, basada en la liberalización de los servicios profesionales que ocurre tanto en la Unión Europea, como en México, nació del contacto tangible y directo que tuve con la aplicación e interpretación de la legislación migratoria, tributaria y comercial durante mi desempeño en áreas jurídicas de la Administración Pública Federal. Justo en los momentos en que eran visibles los efectos positivos y negativos de la globalización mundial en nuestro país.

Algunos de esos efectos positivos fueron, el uso de nuevos medios electrónicos de comunicación y tecnológicos en la automatización de procesos, que debían agilizar los procedimientos administrativos implicados en la prestación de servicios profesionales. Para disminuir los tiempos de respuesta y la aplicación aislada de normas migratorias, tributarias y de comercio, según la autoridad administrativa implicada (Instituto Nacional de Migración, Servicio de Administración Tributaria, Secretaría de Economía y Secretaría de Educación Pública).

Sin embargo, fui testigo de que los objetivos de la utilización de los citados avances tecnológicos no llegaron totalmente a su cometido. Pues la ausencia de profesionistas legales que aplicasen eficazmente e interrelacionasen entre sí, el cúmulo de normas nacionales e internacionales (tratados) aplicables a los servicios profesionales prestados por nacionales y extranjeros en México, condujo a que cada autoridad, emitiera unilateralmente criterios discrecionales, aislados y contradictorios entre sí. Criterios, que en la forma de circulares internas, oficios y memorándums, han demostrado la invasión de esferas de competencia regulatorias depositadas en otras autoridades para su ejercicio individual o conjunto, como lo señalan algunas disposiciones contenidas en los tratados internacionales aplicables.

Esta falta de coordinación y monitoreo entre las diversas autoridades nacionales, en la aplicación y respeto de los tratados suscritos por nuestro país en materia de servicios profesionales, ha perjudicado a los profesionales mexicanos. Ya que al no conocerse el porcentaje de mexicanos autorizados para desempeñar su profesión al amparo de un título profesional emitido por la autoridad mexicana, en países con los que nuestra nación se ha obligado a respetar los principios multilaterales comerciales de reciprocidad, trato nacional, nación más favorecida y acceso a mercados entre otros, las autoridades mexicanas han incumplido sus obligaciones en la protección del suministro de los profesionistas nacionales.

Tal incumplimiento se ha incrementado año con año, a través de la emisión de autorizaciones discrecionales a favor de profesionales extranjeros –principalmente estadounidenses, españoles, canadienses y europeos orientales- para que suministren servicios profesionales que desplazan a nuestros connacionales. Autorizaciones que declarativamente exhortan a los extranjeros a su inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes y condicionan el suministro del servicio a la permisión que para ello les otorgue la Dirección General de Profesiones.

Ésta, a su vez en ningún momento considera la reciprocidad que el país origen del extranjero otorga en las mismas condiciones a mexicanos, ni el respeto de los principios citados, a los que la mayoría de los países se ha obligado multilateralmente en el Acuerdo General de Comercio de Servicios (General Agreement on Trade in Services). Y además evidencia la falta de control en la coordinación con otras unidades administrativas ejecutivas cuya función reglamentaria incide en la aplicación de normas diversas de las migratorias e internacionales en la regulación de la prestación de servicios profesionales. Hecho que demuestra la violación de la garantía de seguridad económica que por razones de seguridad y orden público en todo momento debe garantizarse, en perjuicio de los profesionistas mexicanos.

Por otro lado, el dinamismo armonioso de los sistemas jurídicos de los países miembros de la Unión Europea y del comunitario en la consolidación de una libre prestación de servicios profesionales, en los términos internacionalmente acordados, se aborda como ejemplo de comparación y base de la propuesta que se presentará en las siguientes páginas. Pues dicho dinamismo, se ha caracterizado por la apertura del bloque europeo de establecer una red de instrumentos legales obligatorios (hard-law) y no obligatorios (soft law) de carácter comunitario (Directivas). Además de aquellos de carácter internacional (tratados tributarios y comerciales), que junto con los comunitarios, pretenden guardar coherencia y dar paso a la unificación y sistematización de hipótesis normativas en torno a la prestación de servicios profesionales transfronterizos (vía electrónica o traslado físico del prestador).

Es por ello, que en los primeros dos capítulos se exponen las nociones conceptuales de los servicios profesionales, los obstáculos al comercio de tales servicios en los diversos cuerpos normativos en materia fiscal y comercial con incidencia en el comercio de servicios en la Unión Europea y México. Asimismo, los citados capítulos pretenden demostrar que la globalización del comercio de los servicios profesionales, obliga a su pronta liberalización y consecuente armonización o unificación legal internacional, en los ámbitos fiscal y comercial.

En esa tesitura y una vez conocidos los instrumentos armonizadores aplicables en la Unión Europea, así como el GATS a nivel internacional y las diversas leyes y tratados dispersos, que regulan la prestación de los servicios profesionales. El tercer capítulo analiza los procesos e instrumentos legales de armonización, soft law y unificación, como mecanismos idóneos para evitar distorsiones normativas entre diversos sistemas legales, incluso de diferente familia legal (Common Law / Derecho Romanista). Del mismo modo, se estudian y analizan los lineamientos de normas comerciales y fiscales respecto a tales servicios, las cuales deberán basarse en los principios de justicia, igualdad, equidad y proporcionalidad dictados por la Organización de las Naciones Unidas en su Declaración de Objetivo del Milenio del año 2005.

Este penúltimo capítulo también propone el establecimiento de un cuerpo híbrido de normas de tipo comercial y fiscal a nivel internacional, en el que se establezca el uso de instrumentos armonizadores y de soft law. Cuyas normas deberán basarse tanto en el texto o regla jurídica (textualismo) como en el estudio sobre las diferentes circunstancias políticas, económicas, culturales y sociales en que se va a aplicar la norma (contextualismo), tal y como lo señala el Realismo jurídico y los Critical Legal Studies. La creación de este cuerpo normativo se dará a través de la adopción de una terminología aceptable en las diferentes tradiciones jurídicas que pretende armonizar. A fin de abrir la posibilidad de alcanzar la Codificación y la creación de marcos jurídicos nuevos, similares o iguales y válidos multilateralmente que representen un nuevo "*ius commune*".

Finalmente, el capítulo cuarto analiza la coherencia que debe existir entre el sistema legal mexicano y el internacional en torno a la unificación normativa de la liberalización de los servicios profesionales que se propone, partiendo para ello de la teoría del ordenamiento jurídico propuesta por Norberto Bobbio, así como la de la dinámica jurídica de Hans Kelsen.

Esta propuesta se justifica en las relaciones externas de coordinación e interdependencia que guarda el sistema legal nacional frente al sistema internacional que en la especie refleja la red de tratados internacionales relativos a tales servicios comerciales y fiscales que ha celebrado nuestra nación y que deben por tanto guardar la compatibilidad, coherencia y consistencia con las leyes federales y demás normas inferiores que conforman el ordenamiento jurídico mexicano.

La finalidad de alcanzar una unificación y sistematización entre las normas nacionales e internacionales comerciales, fiscales y migratorias, relativas al suministro de los servicios profesionales en un cuerpo normativo híbrido y dinámico, debe abarcar aspectos de doble tributación, posesión de títulos, así como la prestación del servicio vía electrónica o e-commerce, entre otros. Ya que una vez lograda la homogenización y liberalización de tales servicios en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, (acorde con el Acuerdo General de Comercio de Servicios [GATS]), se podrá fomentar un comercio justo, igualitario, equitativo y proporcional.

## CAPÍTULO PRIMERO

# REGULACIÓN COMERCIAL DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES A NIVEL INTERNACIONAL, UNIÓN EUROPEA Y MÉXICO

*“Hacia el año 2000 entramos en una nueva era, la  
Globalización 3.0, cuya fuerza dinámica es el  
Poder de los individuos para colaborar y competir a escala global”*

**Thomas Friedman**  
La Tierra es plana

SUMARIO: I. *La Naturaleza de los servicios y sus barreras comerciales.* 1. *Definición de los “servicios” y de los “servicios profesionales”.* 2. *Naturaleza jurídico-económica de los “servicios” y de los “servicios profesionales”.* 3. *Definición de barreras u obstáculos comerciales en materia de servicios profesionales.* II. *La regulación del comercio de servicios y los servicios profesionales.* 1. *A nivel internacional OMC / GATS.* A. *La Organización Mundial del Comercio (OMC).* B. *El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS).* a. *La definición de “comercio de servicios” y su clasificación.* b. *La definición de “comercio de servicios profesionales.* c. *Normas de origen y obstáculos de los servicios profesionales.* d. *Cláusula de nación más favorecida.* e. *Cláusula de trato nacional.* f. *Cláusula de acceso a mercados.* g. *Lista de compromisos específicos.* h. *Anexo sobre el movimiento de personas físicas proveedoras de servicios en el marco del Acuerdo General de Comercio de Servicios.* 2. *En la Unión Europea.* A. *Concepto de los servicios y los servicios profesionales.* B. *Los servicios profesionales en el Derecho Comunitario (Directivas).* a. *Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 “relativa a los servicios en el mercado interior”.* b. *Directiva 2005/36/CE de 7 de septiembre de 2006 “relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales”.* c. *Las normas de origen y obstáculos de los servicios profesionales.* d. *Lista de compromisos específicos en materia de servicios profesionales a nivel OMC.* 3. *En México.* A. *Concepto de servicios y servicios profesionales conforme a la legislación mexicana y tratados internacionales.* a. *La Constitución.* b. *El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS/GATS).* c. *El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN).* d. *TLCUE.* e. *Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativa al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal y su Reglamento.* f. *Ley del Impuesto al Valor Agregado.* B. *Normas de origen y obstáculos de los servicios profesionales.* C. *Lista de compromisos específicos en materia de servicios profesionales a nivel OMC.*

## I. LA NATURALEZA DE LOS SERVICIOS Y SUS BARRERAS COMERCIALES

Para abordar la naturaleza de los servicios, habrá que delimitar el tema, definiendo el vocablo “servicio”, exponiendo sus diversas acepciones o significados dentro del lenguaje, así como su evolución que nos lleven a utilizar el verdadero y útil significado de dicho término.

Su importancia en el ámbito jurídico, comercial y económico crece día a día, en los rubros de la computación, las comunicaciones por satélite, la educación y la capacitación, las finanzas públicas, el transporte, la ingeniería, la contabilidad y el desplazamiento de personas a nivel mundial, en virtud de su “internacionalización”<sup>1</sup> o “globalización”<sup>2</sup> en el mundo.

<sup>1</sup> Concebida como el ensamble de los flujos de intercambios de materias primas, productos semi-terminados, servicios, dinero, ideas y personas entre dos o más naciones, en el que los movimientos comerciales y de población son los más visibles instrumentos de medición y monitoreo sobre la naturaleza, ámbito y dirección de la misma.

<sup>2</sup> Entendida según Robert Boyer como “la unificación política del mundo, el análisis centro-estatal de la integración de las sociedades mundiales en un sistema global, político y económico dirigido por un poder amplio, así como un proceso socio – cultural como punto central de un solo mundo... movimiento globalista que abarca ciudadanos mundiales”, tomada de Boyer, Robert y Drache, Daniel, *States against Markets, The limits of Globalization*, Londres – Nueva York, Routledge, 1996, p.66.

### 1. Definición de los “servicios” y de los “servicios profesionales”

El Diccionario de la Real Academia define el vocablo servicio desde su raíz latina *servitum* como “el estado de criado o sirviente y como mérito que se hace sirviendo al Estado o a otra entidad o persona”<sup>3</sup>, concepción que ha ido evolucionando<sup>4</sup> con el paso de los años hasta llegar a la conceptualización alcanzada por la economía actual<sup>5</sup> que lo define como “la producción intangible que circula o fluye en el empleo de un factor de la producción, cuya producción se va incrementando dentro de las economías que alcanzan un estado de desarrollo avanzado.”<sup>6</sup> A pesar de que las anteriores definiciones proporcionan una idea concreta respecto al vocablo “servicio”, por sí solas no denotan el significado económico-jurídico al que se intenta arribar.

Este sector terciario de la economía ha tenido un veloz crecimiento durante los siglos XX y XXI, gracias al avance tecnológico, la globalización y la apertura de los mercados comerciales a nivel internacional. Y su comercialización ha representado enormes ganancias para las economías de países desarrollados, lo cual ha llevado a varios economistas a hablar de una “era de servicios”.

En tal razón, algunas conceptualizaciones que atienden al sentido económico y jurídico de los servicios son, entre otras, la expuesta por Laura Hernández Ramírez, quien los concibe como aquellas “actividades económicas que dan origen a intangibles o inmateriales de distintos grados de complejidad determinados por el contenido de conocimientos que implican o envuelven... sin ser generados por la agricultura, la minería o industria y participan directa o indirectamente en la producción y consumo de bienes físicos o manufacturas”<sup>7</sup>.

Para algunos otros autores la definición de los servicios debe cubrir las condiciones de intangibilidad o invisibilidad, así como su carácter transitorio o consumo instantáneo, además de la inmersión del conocimiento humano en su origen y prestación<sup>8</sup>. De ahí que atendiendo a tales condicionantes, podamos concebirlos como el conjunto de conocimientos y habilidades del ser humano (“man-made”)<sup>9</sup>, actividades económicas, bienes intangibles e inmateriales de diferente grado de complejidad, de consumo en ocasiones simultáneo, que satisfacen las

<sup>3</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo VI, 19ª edición, Espasa Calpe, Madrid, 1970, p. 1207.

<sup>4</sup> Los primeros antecedentes de la acepción lingüística del término “servicio”, dentro de la Ciencia Jurídica, se encuentran en el Derecho Romano, en cuyo ordenamiento legal existieron la *locatio rei*, la *locatio operarum* y la *locatio operis*, que actuaban como calificadoras de los contratos en los que se cedía una cosa en uso. Ejemplificándose así la *locatio rei* de un “servicio” con la entrega de un esclavo –a quien se le consideraba cosa– por un determinado tiempo, a fin de que produjera una actividad. Por lo que toca a la *locatio-conductio operandum* se tiene la puesta a disposición de otra persona, para un determinado periodo de tiempo la propia actividad. Finalmente la *locatio operis* se refería a la entrega de un resultado del trabajo sobre una cosa que previamente se entregaba. Concluyéndose por tanto que el trabajo romano no se pensaba como la expresión de una voluntad, sino como el alquiler de una cosa, cuya finalidad era la “cesión de uso”. En la Edad Media la relación de vasallaje a su vez, originó el contrato de servicio fiel, en el cual el servidor tenía las manos atadas para crear una relación duradera con un fuerte deber de fidelidad, siendo la sujeción permanente. Posteriormente en las nacientes economías monetarias, la *locatio* se transformó en un intercambio que involucraba un precio, perdiendo su carácter restitutivo de cosa para ser una obligación de hacer, distinguiéndose la locación de cosas y la de obra, esta última englobadora de los servicios. Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, “Los servicios en la economía global: precisiones en la dogmática jurídica”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, año III, núm. 5, Enero-Julio de 2006, pp.153-156.

Actualmente dentro de la economía global de servicios, se introducen nuevos estándares internacionales en su prestación que concluirán en una homogeneidad transnacional en su regulación normativa, si partimos de la reducción conceptual en que la actividad humana como recurso es comprada por un precio pagado que cosifica a la prestación del “servicio”, conformándose así un intercambio patrimonial correspondiente.

<sup>5</sup> Fue en el año de 1935, cuando G.B. Fisher inventó el término terciario para designar al sector “servicios”, a fin de señalar un tercer grupo de actividad económica en adición al segundo sector. Tal término fue desarrollado por Clark (1940), Cfr. Eatwell, John, et., al, *The New Palgrave, A Dictionary of Economics*, Volume 4 (Q to Z), London, Macmillan, 1998, p. 314.

<sup>6</sup> Rutherford, Donald, *Dictionary of Economics*, London, Routledge, 1992, p.415.

<sup>7</sup> Hernández Ramírez, Laura, “Los Servicios en el Derecho Interno Mexicano y el Tratado de Libre Comercio”, en Witker Jorge (Coord), *El TLCAN, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 1993, p. 100.

<sup>8</sup> Trebilcock, Michael J., et al., *The Regulation of International Trade*, 2nd Edition, London, 1999, Routledge, p.272.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 271.

necesidades de otras personas, algunas veces participando directa o indirectamente en la producción o consumo de bienes físicos o manufacturados<sup>10</sup>, a cambio de una remuneración.

Servicios o bienes intangibles, en cuya producción, intercambio y consumo aparecen como premisas fundamentales e inherentes a ellos, el derecho de establecimiento, el trato nacional y los mecanismos que garanticen la plena seguridad jurídica de su comercialización mundial, tal y como lo señala Gesa Feketekuty<sup>11</sup>; premisas que dependerán del tipo o clase de servicio que se trate, según el destino que tenga<sup>12</sup> que de conformidad con Laura Hernández Ramírez<sup>13</sup> es la siguiente:

1. **Servicios al Consumidor**, como los de restaurantes, hoteles, tintorerías, limpieza, etc.
2. **Servicios al Productor**, los cuales, se hacen presentes antes, durante y después de la producción, y se ejemplifican en los servicios financieros, comerciales, de transportes, telemática e informática.
3. **Servicios Públicos**, prestados exclusivamente por agencias gubernamentales y que en forma excepcional pueden ser concesionados a particulares, como los servicios de defensa, seguridad, administración de justicia, servicios aduaneros, de educación, salud y seguridad social.
4. **Servicios Profesionales**, como son los administrativos, jurídicos, de salud, contables y consultoría en general.

Los *servicios profesionales* pueden ser definidos como aquél conjunto de conocimientos y habilidades del ser humano (“man-made”) actividades económicas, bienes intangibles e inmateriales de consumo en ocasiones simultáneo, que para su prestación requieren de la posesión de una educación superior especializada, un adiestramiento o una experiencia equivalentes entre sí, a cambio del pago de una remuneración por parte de la persona cuya necesidad se satisfizo con la prestación.

La prestación de estos servicios en ocasiones requiere el traslado o movilidad del prestador hacia el lugar en que señala el consumidor del servicio, y en otras la prestación virtualmente, a través de los medios de comunicación satelitales, de voz y electrónico-computacionales.

De ahí la urgencia de reemplazar la regulación con un enfoque histórico que venía realizando la Teoría del Comercio, respecto del intercambio comercial internacional de bienes,<sup>14</sup> el cual no consideraba la movilidad internacional de los **servicios, capitales y personas**<sup>15</sup>, por otra que considere la libertad en el desplazamiento y entrega de servicios profesionales<sup>16</sup>, así como la libre circulación de personas, el derecho de establecimiento, el trato nacional y los mecanismos que garanticen la plena seguridad jurídica de su comercialización internacional.

<sup>10</sup> Cfr., Witker, Jorge, *Las Reglas de Origen en el Comercio Internacional Contemporáneo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 246.

<sup>11</sup> Feketekuty, Gesa, *Comercio internacional de servicios. Panorama general y modelo para las negociaciones*, México, Ediciones Gernika, 1990, pp. 380, citado por Díaz Müller, Luis en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXVII, núm. 80, Mayo – Agosto de 1994, p. 50

<sup>12</sup> La clasificación de los servicios en cuanto a su destino, es una de varias clasificaciones que hay, las cuales atienden cada una a la producción, al consumo y a la función de los servicios, Cfr., Hernández Laura, *Comercialización Internacional de los Servicios en México (Marco Jurídico)*, México, McGraw-Hill, 1998, pp. 11-14.

<sup>13</sup> Hernández Ramírez, Laura, *op. cit.*, nota 7, pp. 102-103.

<sup>14</sup> Trebilcock, Michael J., et al., *op. cit.*, nota 8, p. 6.

<sup>15</sup> Rubros que rápidamente se han insertado en la agenda de la Política y Teoría Comercial dentro del mundo global actual.

<sup>16</sup> La comercialización sin fronteras a nivel mundial de esta clase de servicios se originó en la internacionalización y la reorganización de la economía y sociedad del llamado “Primer Mundo”.

## 2. Naturaleza jurídico-económica de los “servicios” y de los “servicios profesionales”

La naturaleza de los servicios en general y de los servicios profesionales, es la de ser un conjunto de conocimientos y habilidades humanas, que conforman un elemento dentro del esquema tripartito de la clasificación sectorial de las actividades económicas, que se caracterizan por contener las siguientes particularidades:

1. **Conocimiento o habilidad (man-made):** es el esfuerzo personal de creación y de trabajo a valorarse en la prestación de un servicio<sup>17</sup>.
2. **Intangibilidad e inmaterialidad**<sup>18</sup>: es la carencia de materialidad imputable a una mercancía o bien, que provoca la aparición del marketing (producto, precio, distribución y promoción).
3. **No son almacenables:** Su consumo es instantáneo por lo que no se concentran en un depósito.
4. **No son transportables:** Su prestación en ocasiones requiere el contacto directo entre prestador y consumidor, pues favorecidos por las nuevas tecnologías, se han reducido hasta en este último caso los costos de transporte, facilitando así su transacción internacional.
5. **Simultaneidad (opcional):** Aunque la mayoría de las ocasiones su producción y consumo se da al mismo tiempo, gracias a la teleinformática, no siempre sucede, por lo que el cumplimiento de esta característica dependerá en gran medida del tipo de servicio de que se trate.

## 3. Definición de barreras u obstáculos comerciales en materia de servicios profesionales

El uso del término **barrera** en el contexto de la política comercial<sup>19</sup> evoca un juicio de valor a calificar, ya que la medida gubernamental es condenada implícitamente como injustificable, indeseable o incluso ilegítima.

Por tal razón se entienden como barreras u obstáculos comerciales aquellas medidas o instrumentos gubernamentales “que entorpecen, dilatan o impiden el libre flujo de bienes, servicios, inversiones y personas del mercado de un territorio a otro”<sup>20</sup>, presentándose dentro del comercio de servicios como obstáculos a su comercialización las llamadas “barreras o restricciones no arancelarias”, clasificadas a su vez en dos:

1. “Cuantitativas: Tales como las cuotas, licencias o permisos de importación, exportación establecimiento de precios oficiales y depósitos previos y
2. Cualitativas: Cuyas principales aplicaciones son normas sanitarias y fitosanitarias, normas técnicas, normas sobre envasado, embalaje y etiquetado y normas de calidad”<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Cfr. Moreno Jiménez Antonio, et al., *Los servicios y el territorio*, Madrid, Editorial Síntesis, 1992, p. 16.

<sup>18</sup> Cfr. López Escudero, Manuel, *El comercio Internacional de servicios después de la Ronda Uruguay*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 20.

<sup>19</sup> La política comercial es entendida como el manejo del conjunto de instrumentos al alcance del Estado para mantener, alterar o modificar sustantivamente las relaciones comerciales de un país con el resto del mundo. Comprendiendo entre otras políticas a la arancelaria, así como un mecanismo protector y la captación de recursos para el erario nacional, bajo la forma de impuestos indirectos que gravan las operaciones del comercio exterior, especialmente a los servicios tanto nacionales como internacionales, añadiendo un componente artificial al precio del artículo y volviéndolo menos competitivo en el mercado. Cfr. Witker Jorge, *op. cit.*, nota 10, p. 3.

<sup>20</sup> Witker, Jorge, et al, *Régimen Jurídico del Comercio Exterior de México*, 2ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p.320.

<sup>21</sup> *Idem*.

Para definir a las barreras en el comercio de servicios habrá que considerar la imposibilidad que tienen los gobiernos de observar tangiblemente el momento en que los servicios cruzan las fronteras, por lo que se ven obligados a “imponer barreras en los puntos donde su comercio lleva al establecimiento de transacciones verificables”<sup>22</sup>.

Así podemos definir a las barreras u obstáculos al comercio de servicios en general como las medidas gubernamentales de un Estado (en cuyo territorio se recibe la prestación de los servicios) que crean un obstáculo para la venta de los servicios producidos en el exterior (en un territorio diverso), originando una carga para los productores extranjeros, sin afectar a los productores nacionales<sup>23</sup>.

No obstante, las transacciones internacionales de los servicios, son operaciones mucho más complejas que las relativas a las mercancías, pues inciden en un mayor número de reglamentaciones nacionales, siendo necesaria para su liberalización una paralela eliminación de obstáculos a los movimientos de personas, capital y vinculación de trabajadores.

Habrá que considerar además que las barreras u obstáculos al comercio del sector de servicios, están contenidas en un amplio número de normas internas que impiden por un lado, su liberalización y conceden el control de los mismos a nacionales de los Estados que los producen y por otro lado, definen los flujos relativos a los libres movimientos de capitales y personas en las oportunidades de su comercialización.

Es por ello que los obstáculos comerciales en el comercio de servicios, tratándose de servicios profesionales son heterogéneos y difíciles de cuantificar, en razón de que algunas barreras se relacionan directamente con las normas internas que regulan la comercialización de ciertos servicios al fijar calidades, requisitos, reconocimientos de certificaciones y entrenamientos, así como la nacionalidad.

Por lo tanto, podemos agrupar las barreras en el comercio de servicios profesionales, en 3 categorías<sup>24</sup>:

1. **Restricciones en asuntos migratorios:** Particularmente se expresan en los obstáculos que presenta la obtención de visas temporales para ingresar a los territorios de los Estados con la calidad de prestadores de servicios; restricciones establecidas por las leyes migratorias y las del mercado laboral nacional, más que por las del comercio internacional de servicios. En la mayoría de los casos las leyes migratorias imponen restricciones cuantitativas al movimiento natural de personas con el firme objetivo de crear una protección al mercado laboral de sus nacionales.

<sup>22</sup> Feketekuty, Gesa, *Comercio internacional de servicios. Panorama general y modelo para las negociaciones*, México, Ediciones Gernika, 1990, p.115.

<sup>23</sup> Algunos ejemplos de barreras al comercio de servicios, serían entre otros:

- El costo adicional que se impone a los servicios producidos en el exterior, sea mediante un impuesto discriminatorio sobre los servicios importados o a través de regulaciones que exigen a los productores extranjeros una inversión monetaria en personas o cosas que no necesitan.
- Una limitación cuantitativa de los servicios que una compañía extranjera puede producir.
- Medidas que inhiban el movimiento de dinero, información... personas
- Las barreras al flujo internacional de información a través del procesamiento de datos e información que dependen de aquel.
- Restricciones a los viajes originan barreras para comercio de servicios turísticos y profesionales, que a su vez dependen directamente del movimiento internacional de personas.
- La exigencia de la existencia de contactos personales frecuentes entre el exportador y el cliente extranjero, o entre el gerente de una casa matriz y un gerente de ventas del país importador.

<sup>24</sup> Cfr. Mattoo Aaditya, et al., *Moving People To Deliver Services*, New York, World Bank & Oxford University Press, 2003, pp.5-6.

Ejemplos claros de estas restricciones son:

- Los **exámenes de necesidades económicas**, principal barrera comercial al libre movimiento de prestadores de servicios profesionales, cuya naturaleza discrecional y no-transparente reduce la **predictibilidad** de las condiciones comerciales.
  - Los **requisitos de paridad en el pago de salarios**: Esta restricción impone la obligación de realizar un pago igual a un prestador extranjero de un servicio que al proveedor nacional; destacándose que a pesar de que el fin mismo de la restricción es establecer un ambiente de no discriminación, por otro lado erosiona el costo en la ventaja de la contratación de proveedores de servicios extranjeros.
  - La **duración limitada de los permisos laborales o de trabajo**: Estos permisos son prorrogable o renovables bajo condiciones de discrecionalidad de las autoridades migratorias del Estado bajo el cual se tramitan procedimientos costosos, lentos, obsoletos, torpes y corruptos, que redundan en su falta de transparencia y rápida respuesta.
2. **Trato Discriminatorio**: Los requisitos de residencia y ciudadanía son frecuentemente impuestos como condiciones de elegibilidad a los proveedores extranjeros de servicios profesionales, lo cual redundan en una clara desventaja al recibir por tanto un trato discriminatorio respecto de las contribuciones de seguridad social e impuestos.
  3. **Inadecuado reconocimiento de títulos, experiencia y técnica**: En la mayoría de los casos profesiones médicas y de consultoría legal reciben para su prestación en territorios nacionales por parte de extranjeros un trato proteccionista en cuanto a la regulación de los permisos para ello, que van más allá de razones de seguridad nacional y orden público.

## II. LA REGULACIÓN DEL COMERCIO DE SERVICIOS Y LOS SERVICIOS PROFESIONALES

Antes del acelerado crecimiento y desarrollo de la informática y las telecomunicaciones, los servicios eran considerados no comerciables, porque no podían ser enajenados al producirse y comercializarse simultáneamente. Sin embargo, en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, la moderna entrega de los servicios de manera instantánea, a través de la transmisión de datos por computadoras<sup>25</sup> significó un avance en su comercialidad, en la mayoría de los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>26</sup>. Este hecho derivó a su vez en el comercio bilateral internacional<sup>27</sup> en muchos de los sectores de los servicios.

<sup>25</sup> A partir del año 2000 el Internet y la prestación de servicios revolucionaron la economía, pues aumentaron los volúmenes tradicionales del comercio de los servicios, auxiliando su prestación directa o complementada electrónicamente, debido a su simultaneidad, intangibilidad e interacción.

<sup>26</sup> Organismo internacional concebido al finalizar la Segunda Guerra Mundial, cuyo nacimiento se gestó a partir de las intenciones fácticas y reales de los Estados Unidos de América para rescatar a Europa, expresadas en la Universidad de Harvard, lugar en que George Marshall, Secretario de Estado anunció el 5 de junio de 1947 la oferta de los Estados Unidos de América para hacer todo lo que fuese posible a fin de ayudar a encausar nuevamente la salud económica en el mundo, a través de *flujos de ayuda económica gratuita*, para impedir una dislocación económica, social y política del continente, con la única condición de que los distintos Estados acordaran elaborar un programa común de reconstrucción y distribución de fondos.

Esta oferta fue rechazada por la Unión Soviética, a quien también se le dirigió, mas fue aceptada por 16 países de Europa el 15 de julio de 1947, naciendo así el Plan Marshall, como un programa de ayuda que en 1948 concluyó en el establecimiento de la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE) en 1948, la que en los años 60's se transformaría en la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). Cfr. Truyol y Serra, Antonio, *La Integración Europea: Análisis histórico – institucional con textos y documentos*, Madrid, Tecnos, 1999, Tomo I, pp.166-168.

La interacción entre el prestador y el consumidor del servicio, localizados en diferentes países o regiones, podía realizarse a través de la presencia física simultánea del prestador y consumidor en el mismo lugar o de uno de ellos, o bien, a través de cualquier medio técnico que hiciese posible esta interacción o transacción internacional de servicios, que comprendiera:

- El suministro de un servicio del territorio de un estado al territorio de cualquier otro estado.
- El suministro de un servicio en el territorio de un estado a un consumidor de servicios de cualquier otro estado.
- El suministro de un servicio por un proveedor de servicios de un estado mediante presencia comercial en el territorio de cualquier estado.
- El suministro de un servicio por un proveedor de servicios de un estado mediante la presencia de personas física de un estado en el territorio de cualquier otro estado.

En el caso de los servicios profesionales,<sup>28</sup> cuyo suministro involucra la traslación del proveedor del servicio de su estado nación para entregar el servicio (producto) presencialmente en el territorio de cualquier otro Estado diferente del suyo, implica también en ciertos casos, la inclusión del fenómeno de la “migración internacional”<sup>29</sup> en su realización y consumo instantáneo. Hecho que se diferencia de otros en los que la prestación presencial sucede mediante el uso de medios electrónicos y computacionales actuales.

Asimismo, el comercio de servicios profesionales implica su vinculación con los movimientos nacionales e internacionales de personas, información, dinero y bienes. Hecho que a su vez, enfrenta el problema de regular la libre prestación a nivel nacional e internacional de manera justa, equitativa y proporcional entre los diferentes actores que participan en su suministro. Problemática normativa que quizás será solucionada mediante el logro de una unificación o armonización normativa válida internacionalmente, de conformidad con la situación actual que guarda dentro del marco jurídico internacional auspiciado por la Organización Mundial del Comercio (OMC).

---

<sup>28</sup> Para su prestación exige entre otros requisitos (barreras comerciales) la posesión de una educación superior especializada, un adiestramiento o una experiencia equivalentes entre sí, cuyo ejercicio esté autorizado o restringido por una de las partes en su comercialización.

<sup>29</sup> Definida como aquél “movimiento de personas a través de las fronteras nacionales con la intención de residir en otro país por un período de al menos un año”, alentado por factores que pueden englobarse en 4 grupos diferentes:

1. *Factores económicos*, en los que se incluyen las consecuencias de las relaciones comerciales y la integración económica de los países en el empleo, salario e ingreso; además de los problemas fundamentales sobre estrategia económica, administración y organización de cada nación. También es un factor económico importante la disminución de oportunidades laborales derivada de un inadecuado manejo de las inversiones, la tecnología y la aptitud empresarial dentro y fuera del mercado interno de cada país.
2. *Factores sociales*, que ligan al migrante con la familia, los amigos, las comunidades de origen y las de destino. Siendo destacables las fallas en la prestación de servicios sanitarios, educativos, y seguridad social por parte de sus Estados nacionales.
3. *Factores Políticos*, dentro de los que sobresalen las políticas migratorias de los Estados Nacionales, las violaciones a los derechos humanos y libertades políticas e impedimentos discriminatorios basados en criterios raciales, de género, religión, status social – económico, etc.
4. *Factores Ambientales*, ejemplificados en la diversa degradación ambiental existente, que afecta seriamente a la población, como lo es la degradación de la tierra, la erosión de los ecosistemas, la deforestación, la escasez de agua, el calentamiento global y el aumento del nivel del mar sobre la tierra.

Cfr. Muus Philip, *European Journal on Criminal Policy and Research* 9: 31-49, Netherlands, 2001, Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 32

### 1. A nivel internacional OMC / GATS

El derecho comercial internacional moderno puede justamente ser descrito como un producto de la Segunda Guerra Mundial, pero más aún como el resultado de las aspiraciones de los planes de los aliados del mundo de la posguerra.

Las discusiones sobre el comercio tuvieron lugar entre representantes del Reino Unido y los Estados Unidos de Norteamérica a partir de 1943, partiendo de sus relaciones financieras internacionales. Era entendible que sus objetivos en materia comercial fueran entre otros el establecimiento de una serie de reglas aplicables a todos los Estados del mundo, así como la creación de una organización para desarrollar y administrar tales reglas.

A pesar de las diferencias, ambas naciones lograron concluir de común acuerdo, que el comercio a través de las fronteras nacionales debía ser<sup>30</sup>:

- o Fomentado a nivel internacional.
- o Conducido principalmente por compañías privadas y no estatales.
- o Realizado sin la intervención gubernamental, la cual estaría sujeta a un código de conducta diseñado para limitar su interferencia en el movimiento de bienes.

Estas tres conclusiones han seguido siendo las premisas esenciales del Derecho del Comercio Internacional desde entonces.

Andreas F, Lowenfeld,<sup>31</sup> aborda la transformación de estas conclusiones al afirmar que fue hasta noviembre de 1945, cuando el gobierno de los Estados Unidos elaboró el documento "Propuestas para la expansión del Comercio y Empleo Mundial" para que fuese tomado en consideración por la Conferencia Internacional sobre el Comercio y el Empleo (ECOSOC) de las Naciones Unidas, como resultado de las discusiones sostenidas previamente entre los Estados Unidos y el Reino Unido.

Tales propuestas llamaron la atención porque, además de no hacer mención explícita sobre el desarrollo económico, proponía la creación de una carta detallada o código de conducta relativo a las restricciones al gobierno en el comercio internacional y la de una organización comercial internacional.

Esta Organización estaría encargada de administrar el código de conducta, de establecer un foro para la solución de diferencias; asimismo tendría que realizar las funciones de recopilación y distribución de estadísticas comerciales y la preparación de las guías de valoración aduanera.

Discutida la propuesta americana por quince países invitados, con excepción de la Unión Soviética, quien no aceptó dicha invitación, se alcanzó un primer borrador de la Carta que establecía la Organización Internacional del Comercio en Londres (1946), un segundo con aportaciones técnicas de un Comité en Nueva York (1947), y un tercero en los meses de abril a agosto de 1947 en Ginebra, el cual se convertiría en las bases de la Conferencia Plenaria sobre Comercio y Desarrollo a celebrarse bajo el auspicio de Naciones Unidas en La Habana en noviembre de 1947.

Al tiempo que se discutían los borradores de la Organización, Estados Unidos invitó a la negociación de un acuerdo comercial que finalmente registró las concesiones hechas por todos los países en su comercio transfronterizo, llamado Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (en inglés The General Agreement on Tariffs and Trade "GATT"<sup>32</sup>), así como el

<sup>30</sup> Lowenfeld, Andreas F., *International Economic Law*, London, Oxford University Press, 2002, pp.22-23.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 24-26.

<sup>32</sup> Acuerdo firmado en la Conferencia Arancelaria de Ginebra en 1947 por los representantes de 23 países no comunistas, cuyo principal logro fue la creación de un foro internacional dedicado al aumento del comercio multilateral y a la resolución de los conflictos comerciales internacionales entre sus miembros.

código de conducta diseñado para salvaguardar provisionalmente los derechos y obligaciones que adquirirían sus signantes como estándar común con respecto al comercio internacional. Finalmente, este acuerdo de vigencia supuestamente temporal hasta en tanto entrara en funciones la Organización Internacional del Comercio, se firmó el 30 de octubre de 1947 y entró en vigencia el 1º de enero de 1948, sin que México lo haya suscrito hasta el 26 de noviembre de 1986, mediante la publicación en el Diario Oficial de la Federación del protocolo de adhesión.

Por lo que respecta a la Conferencia de la Habana iniciada el 21 de noviembre de 1947, a pesar de que se elaboró y firmó el Acta Final por la que se creaba la Organización Internacional del Comercio, el 24 de marzo de 1948 a nombre de 53 países, dentro de los cuales figuraba México, dicha Carta jamás entró en vigor. La causa principal fue la falta de ratificación del Congreso de los Estados Unidos, en razón de que contenía principios regulatorios contradictorios a los intereses de ese país, que además mostró errático entusiasmo a la suscripción de la misma. En diciembre de 1950 su Departamento de Estado anunció que no sería nuevamente enviada al nuevo Congreso.

No obstante lo anterior, el GATT no sufrió el mismo destino que la Carta de La Habana, ya que al ser concebido como un Acuerdo provisional, no necesitaba la aprobación del Parlamento norteamericano para entrar en vigencia y obligar a los Estados Unidos de Norteamérica, siendo el único documento internacional en materia comercial que reguló las transacciones de bienes a nivel mundial desde el 1º de enero de 1948 hasta enero de 1995, fecha en que nace jurídicamente la Organización Mundial del Comercio.

A partir del Acta Final de la Ronda Uruguay, mediante la cual se crea jurídicamente la Organización Mundial del Comercio, también ve la luz el marco jurídico que regulará el comercio de servicios a nivel internacional, a través del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS, en inglés GATS<sup>33</sup>: General Agreement on Trade in Services).

#### **A. La Organización Mundial del Comercio (OMC)**

El Acta Final de la Ronda Uruguay se firmó de manera formal en la Reunión Ministerial de los países signantes del GATT, el 15 de abril de 1994, en Marrakech, Marruecos, por 111 países, declarándose así concluidos los trabajos del Comité de negociaciones comerciales y por consiguiente la Ronda Uruguay.

A partir de ese momento las 111 naciones se comprometieron a realizar todas las acciones tendientes a la complementación de todos los pasos necesarios para el establecimiento e inicio de funciones de la nueva Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>34</sup> el 1º de enero de 1995; Organización creada en el año de 1993, a través de la citada Acta Final de la Ronda Uruguay.

El nacimiento de la Organización Mundial del Comercio significó un nuevo comienzo para el Derecho y el comercio internacionales, pues aunque dicha institución es una continuación del sistema establecido en 1947 por el GATT, se convirtió jurídicamente en la ratificación y formalización concreta de los 55 años de vida y desarrollo de las reglas que fueron utilizadas para el intercambio de bienes a nivel mundial.

La OMC se concibió de manera formal, en el sentido de que sus decisiones son vinculantes para sus miembros, aunque es independiente de la Organización de las Naciones Unidas y posee un marco jurídico para el ejercicio de la ley dentro del comercio internacional, que incluye

---

<sup>33</sup> Siglas que serán empleadas para referirnos indistintamente al General Agreement on Trade in Services, así como al Acuerdo General de Comercio de Servicios cuyas siglas en español son AGCS.

<sup>34</sup> Abreviatura que será empleada para referirnos a la Organización Mundial del Comercio.

a los servicios, los derechos de propiedad intelectual y la inversión, además de que es la encargada de administrar y controlar los 28 acuerdos de libre comercio recogidos en el Acta Final, supervisar las prácticas comerciales mundiales y juzgar los litigios comerciales que los estados miembros le presentasen.

El sistema de trabajo que liderea la OMC sentó sus bases principalmente en 4 hechos<sup>35</sup>:

1. La reforma sufrida por el GATT del '47 en 1994, que lo fortaleció aumentándose a 12 los acuerdos multilaterales que obligaban a todos sus miembros, además de dos Acuerdos Plurilaterales<sup>36</sup> que obligaban sólo a quienes lo suscribían y aceptaban su contenido.
2. La creación del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS por sus siglas en inglés), que contendría como normas de aplicación los principios básicos del GATT (no discriminación y liberalización progresiva), y sería sujeto de numerosas excepciones y garantías de la cláusula de Trato Nacional solamente en las secciones de las listas de cada miembro, anexas al mismo.
3. El Acuerdo General sobre el Comercio relativo a Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual lleva al ámbito del Derecho Comercial Internacional los derechos de propiedad intelectual: patentes, derechos de autor, registro de marcas, copyright, entre otros. Además, aplica los principios básicos de nación más favorecida y trato nacional sean aplicables al derecho de la propiedad intelectual, y otorga su reconocimiento como cuerpos jurídicos regulatorios de tal Derecho a las Convenciones de París y Berna, así como las alcanzadas en las negociaciones dentro del marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
4. La puesta en vigor del Entendimiento de Solución de Diferencias, construido sobre el mecanismo de solución de diferencias que creció al amparo de los artículos XXII y XXIII del GATT. Entendimiento previsto como un sistema unificado, para solucionar las diferencias comerciales internacionales surgidas entre los miembros de la OMC, derivadas de la violación que hicieren a los Acuerdos y compromisos previamente adquiridos, bajo la égida del Órgano de Solución de Diferencias; éste último es concebido como una Asamblea Especial del Consejo General de la OMC, integrada por todos los miembros de dicha Organización Comercial, cuyo procedimiento de solución de diferencias estaría compuesto de 5 fases<sup>37</sup>:
  - Las consultas<sup>38</sup>
  - El establecimiento de un Grupo Especial que investiga y emite una Resolución o Informe Final<sup>39</sup>

<sup>35</sup> Lowenfeld, Andreas F., *op. cit.*, nota 30, pp. 70-71.

<sup>36</sup> Acuerdos que concluyeron como parte de la Ronda Uruguay en 1997 y son: el Acuerdo internacional sobre carne de bovino y el Acuerdo internacional de lácteos.

<sup>37</sup> Folsom, Ralph, et al., *International Trade and Investment in a Nutshell*, 2nd edition, Minnesota, West Group, 2000, pp.74 – 87.

<sup>38</sup> Cualquier miembro de la OMC que considere que las medidas adoptadas por otros miembros no son conforme los Acuerdos Abarcados puede pedir el establecimiento de Consultas sobre aquellas medidas. El demandado tiene 10 días para responder sobre la petición del Establecimiento de Consultas y debe estar de acuerdo en establecerlas dentro de los 30 días siguientes. Si la parte demandada no decide entrar al establecimiento de Consultas puede inmediatamente solicitar el establecimiento del Grupo Especial, de acuerdo al Entendimiento de Solución de Diferencias, lo cual conduce a la segunda fase del procedimiento.

Una vez que las Consultas comienzan, las partes tienen 60 días para alcanzar un acuerdo sobre la diferencia. El objetivo es buscar una solución positiva a la diferencia y la resolución preferida es la de alcanzar una solución mutuamente satisfactoria para las partes. Si dicha disputa no es solucionada después de los 60 días de consultas, el miembro que solicitó las Consultas puede solicitar el establecimiento del Grupo Especial, de acuerdo al Entendimiento de Solución de Diferencias, lo cual conduce a la segunda fase del procedimiento.

Los Terceros interesados con interés jurídico sobre la materia sobre la que se realizan las Consultas pueden ser incluidos en ellas. Si tal solicitud de inclusión es rechazada, podrían buscar el establecimiento de sus propias Consultas con el otro miembro (demandado). Los medios alternativos a las Consultas pueden ser satisfechos a través del uso de la Conciliación, la Mediación o los Buenos Oficios, en donde todas las partes tienen que estar de acuerdo en utilizar uno de estos medios alternativos de solución de diferencias.

- o La apelación de la resolución del Grupo Especial ante el Órgano de Apelación<sup>40</sup>
- o La Adopción de la Decisión o Resolución del Grupo Especial o del Órgano de Apelación<sup>41</sup> y
- o La Implementación de la Decisión adoptada<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Si las Consultas entre las partes fracasaron, la parte que las solicitó (demandante) puede solicitar al Órgano de Solución de Diferencias para establecer el Grupo Especial que investiga y emite una resolución para solucionar la disputa. El Grupo Especial generalmente se compone de 3 personas tomadas de una Lista que tiene la OMC, quienes no deben ser ciudadanos de alguna de las partes en conflicto. Si las partes lo acuerdan dicho Grupo Especial puede componerse de 5 personas. Los panelistas pueden ser servidores públicos o simplemente abogados particulares, pero deben ser seleccionados a fin de asegurar su independencia en la determinación del fallo. Los casos hechos del conocimiento del Grupo Especial pueden involucrar violaciones a los Acuerdos Abarcados o la nulificación de normas o de la afectación de beneficios bajo los Acuerdos Abarcados.

El Grupo Especial recibe los escritos de demanda y contestación, así como las pruebas y argumentos orales. Además puede allegarse de diversas documentales, fuera de las presentadas por las partes. Es decir, el procedimiento tiene aspectos familiares a los Tribunales de Derecho Civil. Un Panel puede por propia iniciativa solicitar información de cualquier cuerpo especializado, incluyendo expertos seleccionados por el Panel. También puede obtener información confidencial en ciertas circunstancias de una instancia administrativa del sector gubernamental de uno de los miembros, sin necesidad del previo consentimiento de dicho miembro.

El Panel está obligado a emitir 2 resoluciones escritas: una intermedia y una resolución o Informe Final. Se prevé que un Panel debe enviar el Informe Final escrito al Órgano de Solución de Diferencias dentro de los 6 meses siguientes de su establecimiento. El informe contendrá conclusiones de hecho, de Derecho, de Decisión y de Razonamiento para su emisión.

Antes de este Informe final el Grupo Especial emite uno intermedio, cuyo objeto es dar a las partes parcialmente el análisis de los hechos por parte del Grupo Especial, permitiéndoles comentar sobre dicho análisis. El Informe Final del Grupo Especial puede ser apelado ante el Órgano de Apelación, lo cual origina el inicio de la Fase 3 del procedimiento.

<sup>40</sup> Es procedente a petición de cualquiera de las partes, a menos que el Órgano de Solución de Diferencias rechace dicha petición por consenso invertido. La mayoría de los Informes Finales de los Grupos Especiales son apelados ante esta Instancia, el cual únicamente estudiará y emitirá la resolución correspondiente sobre la revisión que haga de ellos sobre cuestiones de Derecho o de Interpretación Legal.

El Órgano de Apelación es una nueva institución en la OMC al igual que su proceso. Este órgano está compuesto de 7 miembros (Jueces) quienes son designados por el Órgano de Solución de Diferencias por el período de 4 años. Cada juez puede ser nuevamente designado por un último período de 4 años mas, es además reconocido como autoridad sobre Derecho Comercial Internacional y Acuerdos Abarcados. La revisión del Informe Final del Grupo Especial es estudiada por 3 jueces de los 7. Hay un calendario creado por el mismo Órgano de Apelación para la rotación de cada uno de sus miembros. Este Órgano, recibe los alegatos de las partes y llega a tener 60 o en algunos casos 90 días para emitir su resolución. La revisión que hace se limita a interpretaciones de Derecho y Legales. Mediante su Resolución el Órgano de Apelación puede confirmar, modificar o revocar el Informe Final del Grupo Especial.

<sup>41</sup> La resolución del Órgano de Apelación es enviada al Órgano de Solución de Diferencias, al igual que los informes finales del Grupo Especial que no fueron apelados. Una vez que cualquiera de las resoluciones mencionadas con anterioridad llega al Órgano de Solución de Diferencias, debe adoptarse automáticamente sin modificación o enmienda alguna a menos que sea rechazada por consenso invertido de los miembros (el rechazo de todos los miembros de la OMC, sin excepción alguna).

<sup>42</sup> Una vez que la resolución del Grupo Especial o del Órgano de Apelación es adoptada, el proceso de su implementación tiene a su vez 3 pasos a seguir:

- a. El país miembro que tiene una medida violatoria a los acuerdos alcanzados en la OMC, tiene un **tiempo razonable (usualmente 15 meses)** para cambiar dicha medida de conformidad con las obligaciones contraídas ante la OMC. Esta solución es una de las preferidas y es la principal forma de implementación de la OMC. A la fecha la mayoría de las diferencias han sido resueltas e implementadas conforme a este modo.
- b. Si las medidas violatorias no han sido cambiadas de conformidad dentro del tiempo razonable, las partes proceden al segundo paso. En este segundo paso, las partes negocian alcanzar un acuerdo sobre la forma de "una compensación", la cual será garantizada por el país que violó los acuerdos hacia el país afectado. Dicha compensación usualmente comprende concesiones comerciales otorgados por el país infractor al país afectado, sobre aquellos Acuerdos Abarcados en la OMC viables. La naturaleza, ámbito, cantidad y duración de estas concesiones adicionales queda en la negociación discrecional de las partes, en la que acordarán que el paquete de compensación final es justo y está propiamente relacionado con el daño causado por la violación de las medidas.
- c. Si las partes no pueden llegar a un acuerdo sobre la cantidad apropiada de la compensación dentro de 20 días, el miembro o país demandante puede optar por el tercer paso, en el cual el país afectado por las medidas violadas busca la autoridad del Órgano de Solución de Diferencias para adoptar represalias contra el país infractor o demandado. Por lo tanto, las represalias serán en primer lugar dentro del sector y el acuerdo en el que fueron violadas las medidas. Ahora bien, si las represalias en el mismo sector son consideradas como una compensación insuficiente, el país afectado y demandante puede buscar la suspensión de sus obligaciones respecto a diversos sectores y acuerdos frente al país demandado.

Tanto la compensación en el segundo paso y las represalias del tercero son claros ejemplos del cumplimiento indirecto de las Decisiones del Órgano de Solución de Diferencias, pues a la fecha no existe mecanismo alguno que establezca el cumplimiento directo por parte de la OMC, para su propias decisiones a través de sus órdenes para suspender obligaciones comerciales.

Algunos otros deberes que tiene la OMC son la cooperación con el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM).

Aunque la OMC fue creada con un carácter institucional y capacidad procedimental, no tiene la suficiente competencia para ser vista como una Institución como tal, pues al contrario que el FMI y el BM, que tienen poderes ejecutivos sobre las entidades que los integran, la OMC no los tiene, pues carece de la competencia para realizar acciones a propia iniciativa. Así pues, únicamente los miembros de dicha organización tienen competencia de iniciar cualquier acción bajo el Entendimiento de Solución de Diferencias. Sin embargo, tiene una estructura organizacional reconocida internacionalmente, la cual significa un paso adelante hacia una verdadera organización, si consideramos el status que guardaba el GATT antes de ella.

La OMC se estructura en la Conferencia Ministerial, el Consejo General y los Consejos, Comités y Organismos en que trabaja la Conferencia Ministerial y el Consejo. La Conferencia Ministerial se reúne cada dos años, está integrada por los representantes de todos los miembros de la OMC. El voto de cada miembro tiene el mismo peso. Esta Conferencia es la responsable de todas las funciones de la OMC, estando facultada para tomar cualquier decisión necesaria, pues tiene el poder de autorizar nuevas negociaciones multilaterales y de adoptar los resultados de tales negociaciones, además de que puede adoptar las interpretaciones cubiertas por los Acuerdos. Cuando esta Conferencia está en receso, sus funciones son realizadas por el Consejo General.

El Consejo General integrado por los Embajadores de los Estados miembros antes la OMC, tiene autoridad ejecutiva sobre las operaciones y funciones diarias. Se reúne cuando es apropiado, teniendo el poder de adoptar las interpretaciones cubiertas por los Acuerdos.

Finalmente los trabajos de los Comités, Consejos y Organismos son supervisados por la Conferencia Ministerial.

### **B. El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS)**

El mayor logro de la Ronda Uruguay fue la introducción de los servicios en el sistema de comercio multilateral a través del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS, en inglés GATS<sup>43</sup>: General Agreement on Trade in Services), el cual es más que un simple esqueleto sobre el que se cimentan las bases del futuro crecimiento económico mundial<sup>44</sup>.

Si bien es cierto, se aseguró el desarrollo de este acuerdo “a través de negociaciones extendidas de los comités iniciales bajo el referido Acuerdo”,<sup>45</sup> sus verdaderos orígenes se localizan en los primeros debates en torno a la introducción del denominado “comercio de servicios” en el marco jurídico multilateral del entonces GATT.

La primera inclusión del llamado “comercio de servicios”, como tema, fue en las negociaciones de la Declaración Ministerial de Punta del Este en septiembre de 1986, constituyendo así el primer acto formal que avizoraba su análisis e inclusión en las transacciones y acuerdos comerciales entre las naciones del orbe en el marco del GATT, después de largos y controversiales debates desarrollados sobre la comerciabilidad y el papel clave de los servicios en la negociaciones comerciales multilaterales.

<sup>43</sup> Siglas que serán empleadas para referirnos indistintamente al General Agreement on Trade in Services, así como al Acuerdo General de Comercio de Servicios cuyas siglas en español son AGCS.

<sup>44</sup> Pues no todas las áreas de la Economía internacional fueron incluidas, tal es el caso del Derecho Competencial y el medio ambiente, temas que se dejaron de incluir para ser abordados en la siguiente Ronda.

<sup>45</sup> Mattoo Aaditya, et al., *op. cit.*, nota 24, p. 28.

Reunidos en un periodo extraordinario de sesiones, los Ministros emitieron la declaración Ministerial citada, en la que decidieron iniciar una nueva ronda de negociaciones que llevaría el nombre de la Ronda Uruguay<sup>46</sup>, en razón de que ahí fue el lugar en donde se finiquitaron las negociaciones previas preparatorias. Dicha Declaración consistió de dos partes, cuya parte II asentó en su contenido que “los representantes de los gobiernos partes<sup>47</sup> habían decidido iniciar negociaciones en materia del comercio de servicios, acordando que tales negociaciones no se incorporarían al marco jurídico del GATT, pero sí se les aplicarían las prácticas y procedimiento del Acuerdo”<sup>48</sup>.

En esa tesitura, establecido el Comité de Negociaciones Comerciales como el principal encargado de la negociación multilateral el 31 de octubre de 1986, arranca el proceso de negociación. Sin embargo, tal proceso enfrentó la problemática de dos cuestiones distintas: por un lado, la posibilidad de ampliar el GATT a fin de que incluyese un pacto sobre los servicios o se crease una institución o acuerdo distinto para supervisar y reglamentar su comerciabilidad, y por otro lado, la incertidumbre sobre si la celebración de las negociaciones que concertasen ese nuevo pacto serían bajo los auspicios del GATT o fuera de ese ámbito. Estas incertidumbres se resolvieron al mantenerse la negociación separada en el sentido de que las partes contratantes que entablaran negociaciones lo harían en representación de sus gobiernos, bajo el auspicio del Comité de Negociaciones Comerciales, al cual presentarían sus recomendaciones. Asimismo, se evitó con ello la ampliación del GATT o la existencia de un pacto separado sobre servicios.

Finalmente se aprobó y entró en vigor en enero de 1995 el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) como resultado de las negociaciones de la Ronda Uruguay, con la cual se posibilitaba la extensión del sistema multilateral de comercio a los servicios. Con miras a lograr un nivel de liberalización progresivamente más elevado, los Miembros de la OMC se comprometieron a entablar nuevas Rondas de negociaciones sobre los servicios, de las cuales la primera comenzó en enero de 2000.

En virtud de lo anterior, primeramente debemos explicar brevemente que dicho Acuerdo está dividido en un Preámbulo y seis Partes, en los que se distribuyen 32 artículos en total, formando además parte del mismo seis anexos:

- **Preámbulo**
- **Parte I (Alcance y Definición) y II (Obligaciones y Disciplinas).**- Sientan las reglas generales y principios respecto a la liberalización del comercio de servicios, aplicables mediante la adaptación de algunos conceptos básicos, fundamentales y principios del GATT.

<b>PARTE I</b>	<b>ALCANCE Y DEFINICIÓN</b>
Artículo I	Alcance y definición
<b>PARTE II</b>	<b>OBLIGACIONES Y DISCIPLINAS</b>
Artículo II	Trato de Nación más favorecida
Artículo III	Transparencia
Artículo III Bis	Divulgación de la información confidencial
Artículo IV	Participación creciente de los países en desarrollo
Artículo V	Integración Económica
Artículo V Bis	Acuerdos de integración de los mercados de trabajo
Artículo VI	Reglamentación nacional
Artículo VII	Reconocimiento

<sup>46</sup> Esta Ronda fue la octava conferencia arancelaria, que inició el 15 de septiembre de 1986 y fue clausurada el 15 de diciembre de 1993 en Ginebra, Suiza, con un acuerdo que incluía la sustitución del (GATT en inglés, General Agreement on Tariffs and Trade, GATT), por la Organización Mundial del Comercio.

<sup>47</sup> En la que se incluyó a México, quien actuó por primera vez con su carácter de parte contratante.

<sup>48</sup> Cfr., Hernández Laura, *op. cit.*, nota 12, p. 28.

Artículo VIII	Monopolios y proveedores exclusivos de servicios
Artículo IX	Prácticas comerciales
Artículo X	Medidas de salvaguardia urgentes
Artículo XI	Pagos y transferencias
Artículo XII	Restricciones para proteger la balanza de pagos
Artículo XIII	Compras del sector público
Artículo XIV	Excepciones generales
Artículo XIV Bis	Excepciones relativas a la seguridad
Artículo XV	Subvenciones

- **Parte III (Compromisos Específicos) y IV (Liberalización Progresiva).**- Proveen un marco general legal de la negociación de las obligaciones de acceso al mercado de específicos servicios tomados por cada país miembro en sus Anexos.

<b>PARTE III</b>	<b>COMPROMISOS ESPECÍFICOS</b>
Artículo XVI	Acceso a los mercados
Artículo XVII	Trato Nacional
Artículo XVIII	Compromisos adicionales

<b>PARTE IV</b>	<b>LIBERALIZACIÓN PROGRESIVA</b>
Artículo XIX	Negociación de compromisos específicos
Artículo XX	Listas de compromisos específicos
Artículo XXI	Modificación de las listas

- **Parte V (Disposiciones Institucionales).**- Contiene disposiciones relativas a la solución de controversias y la obligatoriedad de sus compromisos.

<b>PARTE V</b>	<b>DISPOSICIONES INSTITUCIONALES</b>
Artículo XXII	Consultas
Artículo XXIII	Solución de diferencias y cumplimiento de las obligaciones
Artículo XXIV	Consejo del Comercio de Servicios
Artículo XXV	Cooperación Técnica
Artículo XXVI	Relaciones con otras organizaciones internacionales.

- **Parte VI (Disposiciones Finales) y Anexos.**- Contiene una variedad de definiciones en la aplicación del GATS, además de que concibe a los anexos como aquellas declaraciones hechas por cada uno de los países miembros de la OMC, relativas a las excepciones al trato de nación más favorecida, al movimiento de personas, a los servicios financieros, telecomunicaciones y transporte aéreo.

<b>PARTE VI</b>	<b>DISPOSICIONES FINALES</b>
Artículo XXVII	Denegación de ventajas
Artículo XXVIII	Definiciones
Artículo XXIX	Anexos
Anexo	Sobre exenciones de las obligaciones del artículo II
Anexo	Sobre el movimiento de personas físicas proveedoras de servicios en el marco del Acuerdo
Anexo	Sobre servicios financieros
Anexo	Sobre telecomunicaciones
Anexo	Sobre servicios de transporte aéreo
Anexo	Relativo a las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas

Tal y como lo establece el GATS en su preámbulo<sup>49</sup>, el referido Acuerdo tiene por objeto contribuir a la expansión del comercio “en condiciones de transparencia y de liberalización progresiva y como medio de promover el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales y el desarrollo de los países en desarrollo”. Por consiguiente, al considerar que la expansión del comercio es un instrumento para promover el crecimiento y el desarrollo, por lo que podemos declarar que la contribución del GATS al comercio mundial de servicios se sustenta en dos pilares principales:

- a) Asegurar el aumento de la transparencia y previsibilidad de las normas y reglamentos pertinentes, y
- b) Promover la liberalización progresiva a través de rondas sucesivas de negociaciones, lo cual equivale a mejorar el acceso a los mercados y extender el trato nacional a los servicios y proveedores de servicios extranjeros en un número creciente de sectores. Sin embargo, la “liberalización” aludida no entraña una desreglamentación; por el contrario, el Acuerdo reconoce explícitamente el derecho de los gobiernos a reglamentar, y a establecer nuevas reglamentaciones, con el fin de atender a los objetivos de su política nacional y la especial necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho.

Quienes redactaron el GATS se inspiraron en gran medida en el GATT y utilizaron términos y conceptos que ya se habían puesto a prueba durante decenios en el comercio de mercancías. Entre ellos se incluyen los principios del trato de la nación más favorecida (NMF). Al igual que en el GATT, el trato NMF — es decir, la obligación de no discriminar entre Miembros de la OMC, es una obligación incondicional, que se aplica a todos los servicios comprendidos en el GATS. Pero dicha cláusula de Nación Mas Favorecida (NMF) puede estar sujeta a las reservas tomadas de manera individual por cada miembro de la OMC, dentro de sus listas, siempre y cuando los países miembros así lo hayan acordado previamente dentro del contenido de tales listas específicas. Otras cláusulas aplicables en la comercialización de este tipo de bienes intangibles, son las de Trato Nacional y la de Restricciones de Acceso al Mercado o prohibiciones de restricciones cuantitativas de diferente tipo.

Las Listas arancelarias que se establecen en el GATT, en las que los países consolidan las concesiones arancelarias que han hecho a las importaciones de mercancías, tienen su equivalente en las Listas de compromisos específicos del GATS en las que se estipulan las condiciones comerciales pertinentes para los servicios.

Asimismo, el GATS se refiere a medidas que afectan tanto al producto (servicio) como al proveedor. Aunado al hecho de que la entrada libre de contingentes (“acceso a los mercados”) y

---

<sup>49</sup>

#### PREÁMBULO

Los miembros,

...

**Deseando establecer un marco multilateral de principios y normas para el comercio de servicios con miras a la expansión de dicho comercio en condiciones de transparencia y liberalización progresiva y como medio para promover el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales y el desarrollo de los países en desarrollo;**

***Deseando*** el pronto logro de niveles cada vez más elevados de liberalización del comercio de servicios a través de rondas sucesivas de negociaciones multilaterales encaminadas a promover los intereses de todos los participantes, sobre la base de ventajas mutuas, y a lograr un equilibrio general de derechos y obligaciones, respetando debidamente al mismo tiempo los objetivos de las políticas nacionales;

***Reconociendo*** el derecho de los miembros a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política comercial, y la especial necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho, dadas las asimetrías existentes en cuanto al grado de desarrollo de las reglamentaciones sobre servicios en los distintos países;

...

el trato nacional se aplican sector por sector y sólo en la medida en que no se han consignado salvedades (“limitaciones”) en las Listas.

**a. La definición de “comercio de servicios” y su clasificación**

La reunión intermedia de Montreal en diciembre de 1988, significó un avance para el establecimiento de normas aplicables al comercio de servicios. En los trabajos iniciales de esta reunión se buscó alcanzar una definición expresa del “**comercio de servicios**”. Esta definición, según el punto de acuerdo logrado por los miembros del GATT debía proceder “...de las bases del marco multilateral, abarcando el cruce de fronteras del movimiento de los servicios, el movimiento a través del cruce de fronteras de los consumidores y el de los factores de la producción”<sup>50</sup>. Es decir, estos movimientos de personas serían esenciales para su prestación.

Este acuerdo ministerial estableció el *principio de paridad y simetría* respecto del trato del capital y la mano de obra, materializándose así la demanda de su inclusión en el marco multilateral del comercio de servicios por los países en desarrollo.

Por otro lado, los países industrializados sostuvieron debido a sus temores sobre la libertad y flujo indiscriminado de personas a sus territorios, que la definición debía tomar en consideración cuatro elementos como esenciales:

- El movimiento transfronterizo de servicios y pagos
- Los propósitos específicos
- La discrecionalidad de las transacciones
- Duración limitada

Estos elementos fueron importantes en el establecimiento de la estructura del propio GATS. Para el periodo posterior a la reunión de Montreal, se analizaron las implicaciones y la aplicabilidad de las principales reglas y principios del GATT a los sectores de servicios particulares, lo cual condujo a que en el otoño de 1989 se tuviera un proyecto que contenía el marco reglamentario de dicho comercio. Surgió además la idea sobre la creación de anexos sectoriales adjuntos a éste único marco reglamentario que identificaría y se referiría a temas de sectores de servicios específicos, para lo cual se establecieron ocho grupos de trabajo sectoriales, integrados cada uno por negociadores y expertos de cada sector en específico.

En 1990 se estableció el Grupo Negociador sobre servicios que hizo un balance del trabajo sectorial de los grupos de trabajo para finalizar con un borrador de textos sobre lo que requerían los anexos sectoriales o anotaciones.

Fue en el año 2000 cuando formalmente comenzaron las negociaciones multilaterales del sector de servicios, bajo el mandato del Consejo para el Comercio de Servicios<sup>51</sup>, llegándose finalmente a la definición de comercio de servicios expresada en el artículo I, 2) del GATS, que señala:

<sup>50</sup> Mattoo Aaditya, et al., *op. cit.*, nota 24, pp. 30-31.

<sup>51</sup> Regulado en la parte V (artículos XXII al XXVI) del GATS, se concibe un Consejo que actúa bajo la dirección del Consejo General, siendo su principal función supervisar la aplicación del GATS. Asimismo dicho organismo estableció cuatro órganos subsidiarios (dos Comités y dos Grupos de Trabajo) para atender a los distintos sectores o abordar cuestiones técnicas o bien, celebrar negociaciones en esferas en que se formulen normas que no se concluyeron en la Ronda Uruguay, los cuales son:

- *El Comité del Comercio de Servicios Financieros*: encargado del estudio sobre la evolución comercial y reglamentaria en los servicios financieros, aplicando el GATS, al recibir información actualizada de los miembros que aún no han ratificado el 5º Protocolo.
- *Comité de Compromisos Específicos*
- *Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Nacional*
- *Grupo de Trabajo sobre las Normas del GATS: Medidas de salvaguardia urgentes, Contratación Pública y Subvenciones.*

“A los efectos del presente acuerdo, se define el comercio de servicios como el suministro de un servicio:

- a) del territorio de un miembro al territorio de otro miembro
- b) en territorio de un miembro a un consumidor de servicios de otro miembro
- c) por un proveedor de servicios de un miembro, mediante presencia comercial en el territorio de otro miembro
- d) por un proveedor de servicios de un miembro, mediante la presencia de personas físicas de un miembro en el territorio de otro miembro.”

Por tal motivo, atendiendo a esta definición, podemos clasificar a los servicios en los siguientes tipos o clases:

- a) **Suministro Transfronterizo o Modo 1 (Comercio transfronterizo).** Se presta del territorio de un país al territorio de otro, por ejemplo las llamadas telefónicas internacionales, el transporte, etc.  
Ejemplo: Un usuario del país A recibe servicios del extranjero a través de su infraestructura de telecomunicaciones o de correos. Ese suministro puede incluir servicios de consultoría o informes sobre investigación de mercado, asesoramiento telemédico, capacitación a distancia o proyectos de arquitectura.
- b) **Suministro de un Servicio en el Territorio de un Estado a un consumidor de otro Estado o Modo 2 (Consumo en el extranjero).**  
Ejemplo: Nacionales del país A se han trasladado al extranjero en calidad de turistas, estudiantes o pacientes para recibir los servicios correspondientes.
- c) **Suministro de un Servicio mediante Presencia Comercial o Modo 3 (Presencia Comercial).** Se le conoce también como modo de establecimiento, y se presta mediante la presencia comercial del prestador del servicio de un Estado en el territorio de otro Estado, como sucede en los servicios bancarios, aerolíneas comerciales, etc.  
Ejemplo: El servicio es suministrado en el país A por una filial, sucursal u oficina de representación, establecida en el territorio de dicho país, de una empresa de propiedad y control extranjeros (banco, grupo hotelero, constructora, etc.).
- d) **Suministro de un Servicio por personas de un Estado en el territorio de cualquier otro Estado o por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro o Modo 4 (Presencia de personas físicas).**  
Ejemplo: Un extranjero suministra un servicio en el país A en calidad de proveedor independiente (por ejemplo, consultor, profesional sanitario) o de empleado de un proveedor de servicios (por ejemplo, consultoría, hospital, constructora).

***b. La definición de “comercio de servicios profesionales”***

Aunque en 1990 a través del balance de trabajo hecho por el Grupo Negociador sobre servicios no hubo consenso ni claridad sobre las necesidades y contenidos de un anexo relativo a la movilidad laboral, el trabajo del grupo de movilidad de trabajo y las consultas informales sobre la definición habrían llevado a un consenso sobre el enfoque a tratar en la definición del comercio de servicios.

Concluida la Ronda Uruguay, y en funciones la OMC, bajo su auspicio en 1994 se instauró el Grupo Negociador sobre el Movimiento de Personas físicas, desarrollando su trabajo mediante 9 reuniones hasta 1995, en las que participaron representantes de diversos organismos

internacionales como la Organización Internacional de las Migraciones, Organización Internacional del Trabajo, la Conferencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el Banco Mundial, alcanzando el establecimiento de 20 listados de compromisos que se anexaron al Tercer Protocolo del GATS, para entrar en vigor a partir de 1996.

Según lo señala el propio GATS en su artículo I, 2) inciso d) se entenderán por servicios profesionales:

**“A los efectos del presente acuerdo, se define el comercio de servicios como el suministro de un servicio:**

...

**d) por un proveedor de servicios de un miembro, mediante la presencia de personas físicas de un miembro en el territorio de otro miembro.”**

### ***c. Normas de origen y obstáculos de los servicios profesionales***

Se presentan como barreras comerciales al prestador del servicio extranjero, las políticas, leyes y restricciones migratorias, que condicionan y limitan su entrada temporal cuando su propósito es el proveer un servicio en el territorio de ese país a un consumidor, mediante la obligación de satisfacer innumerables requisitos para el otorgamiento de licencias y certificados, que avalen el permiso para prestar el servicio en territorio del país que se pretende.

Tales obstáculos como lo hemos expuesto con anterioridad, medularmente se presentan de la forma siguiente:

- **Restricciones en asuntos migratorios.**
  - Los **exámenes de necesidades económicas.**
  - Los **requisitos de paridad en el pago de salarios.**
  - La **duración limitada de los permisos laborales o de trabajo.**
- **Trato Discriminatorio.**
- **Inadecuado reconocimiento de títulos, experiencia y técnica.**

### ***d. Cláusula de nación más favorecida***

El artículo II del GATS, establece que deberá entenderse por cláusula de Nación Mas Favorecida (NMF), “aquél trato otorgado inmediata e incondicionalmente por un país miembro, respecto a los servicios y a los prestadores de servicios de cualquier otro miembro”.

No obstante lo anterior, el referido artículo en su punto 2 (Art. II. 2), permite a un país miembro mantener excepciones a esta cláusula a través del establecimiento de una medida<sup>52</sup> que debe estar insertada en el Anexo sobre exenciones de las obligaciones al artículo II, además de cumplir con las obligaciones del mismo artículo, es decir:

1. (Anexo, artículo II .3 y .4) Que esas exenciones concedidas por más de 5 años, sean examinadas por el Consejo del Comercio de Servicios para determinar:
  - a) Si subsisten aún las condiciones que motivaron el establecimiento de la exención.
  - b) La futura fecha para la realización de un nuevo examen.
2. (Anexo, artículo II .6) Que las exenciones no excedan de 10 años, toda vez que la expiración de su plazo podrá negociarse en subsecuentes Rondas de negociaciones multilaterales.

<sup>52</sup> Entendiendo por medida, según lo define el propio artículo XXVIII del GATS, inciso a), a “cualquier medida adoptada por un miembro, ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o en cualquier otra forma”.

**e. Cláusula de trato nacional**

Esta cláusula o principio aplicable en la comercialización de servicios a nivel internacional tal y como lo establece el referido artículo XVII del GATS, consiste principalmente en el hecho de que “en los sectores que cada miembro inscriba en su lista, con sus condiciones y salvedades, otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro miembro, respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios, un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares”.

**f. Cláusula de acceso a mercados**

Por otro lado, el Acceso a Mercados, de acuerdo a lo señalado en el Artículo XVI del GATS, sustancialmente se refiere a “la obligación de cada país miembro a la eliminación de las restricciones cuantitativas, establecidas en el artículo XVI.2 del GATS, en los sectores en que se contraigan compromisos de acceso a los mercados”.

Es decir, en ningún momento debe negarse el acceso a mercados en el comercio del sector de servicios a ningún país miembro, mediante el establecimiento de restricciones cuantitativas, y más aún en los servicios profesionales; algunos ejemplos de esta clase de restricciones que pudiesen suscitarse en el comercio de bienes intangibles profesionales son las señaladas en los incisos a), d) y e) del citado artículo XVI del GATS, consistentes en:

- a) La limitación en el número de proveedores de servicios en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas.
- ...
- d) Las limitaciones al número total de personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios pueda emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicio específico y estén directamente relacionadas con él, en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas.
- e) Las medidas que restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta, por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio.

Por tanto, una prohibición sobre restricciones cuantitativas (Artículo XVI) y Trato Nacional (Artículo XVII) puede concluirse, constituye el mínimo del contenido requerido, necesario de las obligaciones de liberalización con respecto a cualquier sector de servicios, establecido en la lista de un país miembro.

**g. Lista de compromisos específicos**

La regulación que entraña el GATS, respecto a las Listas de Compromisos Específicos está inscrita en los artículos XX y XXI de dicho ordenamiento comercial internacional.

En lo correspondiente a los sectores en que se contraigan compromisos en materia de comercio de servicios, dispone el artículo XX del GATS, que uno a uno los países miembros especificarán en cada una de sus Listas lo siguiente:

- a) Los términos, limitaciones y condiciones en materia de acceso a los mercados;
- b) Las condiciones y excepciones en materia de trato nacional;
- c) Las obligaciones relativas a los compromisos adicionales;
- d) Cuando proceda, el marco temporal para la aplicación de tales compromisos y,
- e) La fecha de entrada en vigor de tales compromisos.

Por su parte el numeral XXI del Acuerdo señalado, dispone que cualquier modificación que sufran las Listas, podrá llevarse a cabo una vez que transcurra el período de 3 años a partir de la fecha de entrada en vigor de ese compromiso.

Una lista de compromisos contiene como mínimo 8 consignaciones por sector: los compromisos en materia de acceso a los mercados y trato nacional respectivamente, para los 4 modos de suministro. Entonces, una lista se divide en dos partes: en la parte I se enumeran los “compromisos horizontales” o consignaciones que se aplican a todos los sectores inscritos en la lista y en la parte II los “compromisos sector por sector”. Así pues, las consignaciones en las Listas deben quedar limitadas a las medidas incompatibles con las disposiciones del GATS al acceso a los mercados o al trato nacional y a cualquier compromiso adicional que pueda contraer un miembro en virtud del artículo XVIII. Pero cabe decir, que los efectos obstaculizadores del comercio asociados con una reglamentación interna no discriminatoria, como prescripciones en materia de títulos de aptitud aplicables a profesionistas legales y contables, seguro obligatorio de responsabilidad civil, etc., no requieren una consignación en las Listas<sup>53</sup>.

***h. Anexo sobre el movimiento de personas físicas proveedoras de servicios en el marco del acuerdo general de comercio de servicios***

La aplicación del Anexo de referencia se realizará a las medidas que afecten a las personas físicas en su calidad de proveedoras de servicios de un miembro, y a personas que estén empleadas por un proveedor de servicios de un miembro, con relación al suministro de un servicio.

Empero, este instrumento legal no regirá lo concerniente a las medidas que afecten al acceso a los mercados de trabajo de un estado miembro por las personas físicas nacionales de otro miembro, ni a las medidas en materia de ciudadanía, residencia o empleo con carácter permanente.

De igual modo, este Anexo no impedirá en forma alguna, que una Nación miembro aplique las medidas que estime procedentes para regular la entrada o estancia temporal de personas físicas en su territorio, incluidas aquellas cuyo fin sea la protección de la integridad de sus fronteras y garantizar el movimiento ordenado de personas físicas a través de esos cruces fronterizos, siempre y cuando esas medidas no se apliquen de manera que anulen o menoscaben las ventajas resultantes para un miembro de las concesiones y obligaciones otorgadas en un compromiso específico, sin que se considere una medida causante de anulación o menoscabo el hecho de exigir un visado, por parte de un estado miembro a las personas físicas de ciertos miembros y no a las de otros.

**2. En la Unión Europea**

Los servicios en la Unión Europea son uno de los cuatro factores económicos y comerciales – bienes, personas, capitales y servicios – cuya libre circulación ha promovido la Unión desde el Tratado de Roma, como basamento para la creación de su mercado único.

Por ello, su regulación está íntimamente ligada a la del mercado interior, cuyas bases para su realización fueron sentadas en el Libro Blanco publicado en 1985 por la Comisión Europea bajo la dirección de Jacques Delors.

---

<sup>53</sup> <http://www.wto.org>

El objetivo de supresión de barreras que obstaculizaban la consecución de las libertades citadas se enfocó en tres rubros principalmente<sup>54</sup>:

1. En la eliminación de fronteras físicas, llámense controles de identidad de las personas y la seguridad en las cosas que atraviesan las fronteras, evitando así la inmigración ilícita, problemas de drogas y delincuencia, a través de la armonización de las legislaciones, la recíproca comunicación de datos, la cooperación administrativa y policial, la unificación de los documentos de identificación (pasaporte único europeo) y en reforzamiento de la política comercial común.
2. En la eliminación de fronteras técnicas, ejemplificadas en la diversidad de reglamentaciones nacionales en rubros de sanidad, medio ambiente, consumo, seguridad, etc., mediante la combinación de la armonización de las legislaciones internas con el reconocimiento mutuo por parte de los Estados miembros de sus respectivas normas de fabricación, calidad, composición, etc. Fijando los requisitos básicos obligatorios en todos los Estados miembros, cuya observancia otorgaría el derecho a circular libremente en la Comunidad.
3. En el establecimiento de medidas necesarias para la realización del mercado interior, dirigidas a la supresión de las fronteras fiscales de forma que las operaciones realizadas por los demás Estados miembros reciban el mismo tratamiento tributario que las efectuadas en el interior de un país.

El objetivo de llevar a cabo estas medidas nació al momento de la firma del Acta Única Europea, vigente a partir del 1º de julio de 1987, que a su vez fijó la consecución del mercado interior para el 31 de diciembre de 1992 en su artículo 18 y modificó su toma de decisión en un mecanismo eficaz, al someter la mayoría de los ámbitos afectados a la norma de la mayoría cualificada, que habían estado hasta ese momento sujeto a la norma de unanimidad como lo es **“la libre prestación de servicios”** (segundo párrafo del artículo 49) y la aproximación de las legislaciones nacionales (artículos 94 y 95).

Para 1992 se alcanzaron parcialmente los objetivos del Libro Blanco de 1985, en cuanto a la liberalización completa de los movimientos de capitales, la supresión total del control de mercancías en las fronteras interiores y la supresión de los controles sistemáticos de personas en estas mismas fronteras.

Sin embargo, se presentaron sólo pequeños avances a la libre prestación de servicios profesionales, mediante la armonización y reconocimientos mutuos de títulos para el acceso a profesiones reglamentadas y mediante la apertura de los mercados públicos.

Entre las causas de los minúsculos avances, destaca la vigencia del principio de igualdad de trato con limitaciones impuestas por la legislación nacional del Estado miembro en cuestión. Algunas de estas limitaciones ocurren en la educación y formación profesional, en el reconocimiento de títulos, en las prestaciones de Seguridad Social, así como en la libertad de asociación, afiliación y participación en organizaciones profesionales. Otra restricción se presenta en la circulación de personas, ya que los Estados miembros tienen la facultad de establecer las condiciones más favorables que las establecidas en las Directivas para expedir permisos de residencia. Autorizaciones que otorgan el derecho de residir únicamente en el Estado que la otorgó, y no en cualquiera de los demás territorios de los Estados miembros.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Álvarez Conde, Enrique, et al., *Comentarios a la Constitución Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, Tomo III, pp. 146 - 148.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 1099.

Pequeños avances que a su vez, presentan deficiencias como el hecho de que considerables directivas aprobadas (base de la legislación relativa al mercado interior) no habían sido incorporadas al Derecho interno o lo habían sido de manera inadecuada. Pese a esto, la Comisión empleó la vía “represiva” a tales omisiones, al perseguir las infracciones cometidas por los Estados como consecuencia de retrasos en la transposición de directivas, en la transposición incorrecta o en la aplicación errónea de las mismas.

Por lo que hoy en día, la materialización del mercado interior y con ello la realización de la libre circulación de servicios dentro del territorio de la Unión Europea, se concibe como un proceso dinámico en el marco del cual el propio bloque europeo tiene que intervenir regularmente para solucionar la deficiencias en la eliminación de los obstáculos que inhiben dicha libre circulación y las nuevas barreras creadas por las reglamentaciones nacionales y la evolución del mercado global del siglo XXI, mediante el ajuste que hagan las Instituciones Europeas de su acervo jurídico.

Asimismo la integración en el mercado de servicios de la Unión Europea actualmente obedece a la importancia que día con día va teniendo este sector dentro de la economía en la creación de fuentes de empleo potenciales, cuyas principales ventajas económicas serían fundamentalmente dos<sup>56</sup>:

1. Efectos de riqueza asociados con la convergencia de precios.
2. La tendencia de un crecimiento económico más rápido.

#### **A. Concepto de los servicios y los servicios profesionales.**

Para entender fácilmente la connotación que hace la Unión Europea de los servicios profesionales, en primer lugar tenemos que explicar la definición que su legislación hace de los servicios en general. En tal sentido, comencemos con el Tratado de la Comunidad Europea, cuyo artículo 50 define a los servicios de la manera siguiente:

“Con arreglo al presente Tratado, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Los servicios comprenderán, en particular:

- a) actividades de carácter industrial;
- b) actividades de carácter mercantil;
- c) actividades artesanales;
- d) actividades propias de las profesiones liberales.”

Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales. Es decir, los servicios comprenden: a) Actividades de carácter industrial, b) Actividades de carácter mercantil, c) Actividades artesanales y d) Actividades propias de las profesiones liberales; actividades económicas calificadas extensamente como servicios, en virtud de que abarcan toda actividad económica independiente, exista o no contrato que lo justifique y con independencia del carácter de dicho contrato, pues la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia Europeo afirma que existen numerosas actividades contenidas o no en dicho numeral que deben ser consideradas como servicios.

<sup>56</sup> OECD, *Economic Surveys, Euro Area 2005*, Volume 2005, 11 September 2005, p.119

Asimismo el artículo 4 numeral 1) de la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, define al servicio como:

**“cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración contemplada en el artículo 50 del Tratado”.**

La definición y regulación de los *servicios profesionales* dentro del ámbito territorial europeo es variada, ya que mientras para algunos es una actividad económica independiente, ejercida de forma autónoma y por cuenta propia, para cuya prestación se requiere la posesión de un título profesional, para otros no es necesaria la independencia en su prestación. Esta ausencia de unanimidad en su conceptualización, ha llevado a varios doctrinarios como Andreu Olesti Rayo<sup>57</sup> a abordar primero las características esenciales de la “profesión liberal”, cuyos principales rasgos son los siguientes:

1. Los profesionales han de haber adquirido unos conocimientos técnicos que requieren una formación intelectual y práctica en un ámbito de estudio bien definido.
2. La aplicación de estos conocimientos adquiridos les debe permitir ofrecer un servicio especializado.
3. El servicio debe implicar el establecimiento de una relación personal con sus clientes, basada en la confianza mutua y a cambio de una remuneración<sup>58</sup>.
4. Los profesionales deben estar afiliados en organizaciones o asociaciones profesionales que tengan como finalidades: la verificación de la capacidad y competencia de sus miembros, así como asegurar el cumplimiento de unas normas de comportamiento que éstos han de respetar, tratando de evitar ciertos métodos relativos a la captación de clientela.
5. La independencia jurídica<sup>59</sup> es el criterio que identifica a la profesión liberal como una actividad económica independiente, que la hace objeto de la regulación relativa a la libre prestación de servicios, distinguiéndola de la libre circulación de trabajadores, en razón de la ausencia de un contrato de trabajo, pues si el operador económico percibiese un salario no estaría sujeto a la libre prestación de servicios.

Con base a las características prescritas, para estar en la posibilidad de arribar a una definición de **servicios profesionales**, debemos considerar que el artículo 50 del TCE, los define como **“aquella prestación realizada normalmente a cambio de una remuneración, que comprende actividades propias de las profesiones liberales, cuyo prestador con objeto de realizar dicha prestación podrá ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación en las mismas condiciones que imponga a sus propios nacionales”.**

De igual modo atendiendo a que la naturaleza de los servicios profesionales radica en la posesión comprobada de un reconocimiento de calificación profesional que repute su servicio como profesional, tenemos que recurrir a la definición de **“profesión regulada”** que provee el

<sup>57</sup> Cfr., Olesti Rayo, Andreu, *La Libre circulación de los profesionales liberales en la C.E.E*, Barcelona, PPU, 1992, p. 39.

<sup>58</sup> La exigencia de la remuneración en la prestación del servicio, es un elemento habitual de la relación, ya que no debe entenderse como un salario, en virtud de que es apreciada como una ganancia económica en la prestación del servicio independiente y lucrativo. Por lo tanto, existe remuneración en tres casos:

1. Cuando se trata de una contraprestación pecuniaria, que es el supuesto más frecuente
2. Cuando se verifica una remuneración indirecta, como sucede con las actividades de publicidad transfronteriza y
3. Cuando existe una remuneración en especie, como en el caso de los intercambios de servicios entre empresas.

Cfr., Calvo Caravaca, Alfonso Luis, et al., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Madrid, Editorial Colex, 2003, p.111.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 109.

propio artículo 3 numeral 1, inciso a) de la Directiva 2005/36/CE de 7 de septiembre de 2005 “Relativa al Reconocimiento de Cualificaciones Profesionales, por lo que hace al concepto de “profesión regulada”<sup>60</sup>, al enunciarla como **“esa actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales, tales como la posesión de Título Profesional”**.

En ese mismo sentido, tenemos que valorar la definición de servicios prevista por el artículo 4 numeral 1) de la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, transcrita en párrafos precedentes.

Por lo tanto atendiendo a las definiciones de estos dos artículos, podemos concluir que dentro del ordenamiento jurídico europeo se conciben a los **Servicios Profesionales** como **“aquellas actividades o conjuntos de actividades profesionales económicas por cuenta propia, cuyo ejercicio está subordinado directa o indirectamente a la posesión de determinadas calificaciones profesionales, como un Título Profesional, según la normatividad reglamentaria o administrativa vigente, pudiendo ser su prestación temporal o permanente a cambio de una remuneración económica o en especie, bajo el régimen de la libre prestación de servicios o de la libertad de establecimiento”**.

### **B. Los servicios profesionales en el Derecho Comunitario (Directivas)**

Si bien es cierto que la regulación de la libre prestación de servicios dentro del marco jurídico de la Unión Europea obedece entre algunas causas al vertiginoso crecimiento de estos bienes intangibles y a la ampliación de las opciones de los consumidores de servicios - quienes tienen la posibilidad de acceder libremente a servicios no existentes en su país -, también lo es que la sujeción de esta actividad al Derecho comunitario se ha realizado a partir del **“prestador de servicios”** como persona física (profesionista) o jurídica (empresa) a quien la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006, le otorga expresamente la posibilidad de que el prestador del servicio fije el régimen jurídico de una actividad profesional para sí, con independencia de que se ejerza en un régimen de libre prestación de servicios o de libertad de establecimiento.

Pues el acceso de la empresa y del particular profesional a un mercado de otro país comunitario estaba sujeto a las reglas establecidas por dicho país, excepto si existiese una regulación comunitaria específica, ya que el propio TCE les ofrecía la posibilidad de acceder al mercado a través de dos regímenes<sup>61</sup>:

- a. El *régimen de libertad de establecimiento* (Artículos 43-48 TCE): Consiste en el acceso a una actividad económica independiente, no asalariada, mediante la fijación de una instalación o sede física-económica en otro Estado miembro, abarcando la posibilidad de fijar un establecimiento principal o uno secundario llamado filial o sucursal (Art. 43 TCE<sup>62</sup>).

<sup>60</sup> Artículo 3, numeral 1, inciso a) “la actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales; en particular, se considerará modalidad de ejercicio el empleo de un título profesional limitado por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas a quien posea una determinada cualificación profesional. Cuando la primera frase de la presente definición no sea de aplicación, las profesiones a que se hace referencia en el apartado 2 quedarán equiparadas a una profesión regulada”.

<sup>61</sup> Calvo Caravaca, Alfonso Luis, et al., *op. cit.*, nota 58, p. 102-106.

<sup>62</sup> “En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

- b. El *régimen de libre prestación de servicios* (Artículos 49-55 TCE): Mediante el cual se otorgaba el acceso y ejercicio a una actividad económica independiente, no asalariada, pero sin la fijación de una instalación o sede física-económica en otro Estado miembro (Art. 49 TCE<sup>63</sup>), entendiéndose que el establecimiento del prestador del servicio se encontraba en otro Estado miembro desde el cual se presta el servicio con destino a un Estado miembro diferente.

Estos regímenes están íntimamente relacionados al cubrir toda actividad económica que tenga que ver con la prestación de un servicio independiente y remunerado.

En razón de que la libertad de establecimiento por un lado permite una distribución óptima de los centros de producción y toma de decisiones, una racionalización de la distribución de los grandes grupos internacionales, y la de prestación de servicios, por otro lado es útil para las empresas que operan a escala internacional en la realización de contratos públicos, siendo por tanto complemento de la primera, ya que cubre los casos en que el acceso a la actividad económica se hace sin instalación fija en otros Estados comunitarios.

Por tanto, hoy la libre prestación y suministro de servicios profesionales tiene un futuro de enormes consecuencias, ayudado por el avance de los medios de comunicación a larga distancia, sin necesidad de instalarse físicamente en el Estado receptor del servicio, a través del uso de telefonía internacional e Internet. La remuneración de este tipo de servicios, los convierte en objeto de regulación por parte de las normas comunitarias en materia de libre prestación de servicios, quedando por tanto excluidos aquellos servicios en que no haya remuneración o lucro directo e indirecto.

Si bien la regulación de toda conducta y acción humana es la principal pretensión del Derecho, dentro de la Unión Europea la actividad comercial y más aún la relativa a la prestación de servicios profesionales es objeto de la facultad legislativa de las Instituciones que crean el ordenamiento jurídico comunitario a través de las Directivas correspondientes a la prestación de servicios, establecimiento permanente y reconocimiento de títulos, las cuales inciden de manera directa en el comercio de los servicios profesionales.

Específicamente el artículo 249 del Tratado de la Comunidad Europea enuncia a las Directivas como un tipo de las disposiciones normativas que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, sin marcar una jerarquía formal con el resto de los actos jurídicos (reglamentos, decisiones, etc). Cabe señalar que las Directivas están por debajo de los Reglamentos y están conectadas con los demás actos en el desarrollo de las políticas Comunitarias en un área en particular.

Pero las Directivas “difieren de los Reglamentos en aspectos importantes:

- No son dirigidas a todos los miembros estados.
- Su obligatoriedad depende de la forma y método que elija el estado miembro al que son dirigidas.

---

*La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el segundo párrafo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.”*

<sup>63</sup> *En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.*

*El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Comunidad.*

Además son particularmente útiles cuando el objetivo es armonizar las leyes dentro de una cierta área o aspecto, o introducir un cambio legislativo complejo. Esto se debe a que la discrecionalidad se otorga a los estados miembros en la manera en que implementarán la propia Directiva. Asimismo, estos instrumentos legales han recibido del Tribunal de Justicia Europeo el reconocimiento de su obligatoriedad a través de los resolutive de sus sentencias, resolviendo que los estados miembros podrán ser responsables de los daños por no implementación de una Directiva<sup>64</sup>.

Las Directivas cuyas disposiciones inciden directamente en la regulación del comercio de los servicios profesionales en el territorio de la UE, son la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 “Relativa a los Servicios en el Mercado Interior” y la Directiva 2005/36/CE de 7 de septiembre de 2005 “Relativa al Reconocimiento de Cualificaciones Profesionales.

**a. Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 “relativa a los servicios en el mercado interior”**

El objeto de esta Directiva, estipulado en su considerando 7, es el establecimiento de un marco jurídico general que beneficie a una amplia gama de servicios, sin descuidar las peculiaridades de cada tipo de actividad o de profesión y de sus respectivos sistemas de regulación. Así, se pone a salvo lo dispuesto por las Directivas 2005/36/CE de 7 de septiembre de 2005 “relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales”, la 96/71/CE, la 89/552/CEE de 3 de octubre de 1989 y el Reglamento (CEE) 1408/71<sup>65</sup>. Además de que se fomentará la consulta y armonización complementaria de cuestiones específicas que modernicen progresiva y coordinadamente los sistemas nacionales de regulación de las actividades de servicios, para alcanzar un verdadero mercado interior hacia el año 2010.

El considerando 16 de esta Directiva señala que sus disposiciones sólo afectan a los prestadores establecidos en un Estado miembro. Por lo tanto, al no tratar aspectos exteriores, deja libre de afectación a las negociaciones en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

A diferencia de México, en el que las resoluciones que constituyen Jurisprudencia derivadas de la actividad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, jamás son reconocidas ni incorporadas en las normas dentro del sistema jurídico mexicano. Esta Directiva, tiene insertados los criterios y definiciones establecidos en las jurisprudencias pronunciadas por el Tribunal de Justicia. Ya que se busca evitar futuras contradicciones entre lo previsto por sus disposiciones normativas y los criterios aludidos.

El objeto de esta Directiva es “facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios... con calidad en los servicios”<sup>66</sup>, exceptuando los servicios de interés económico general. Por lo que respecta a su ámbito de aplicación, dicha normativa se aplicará “a los servicios prestados por prestadores nacionales de un Estado miembro, establecidos en algún Estado miembro”<sup>67</sup>, previa autorización de la

<sup>64</sup> Craig, Paul, et al., *EU Law (Text, Cases and Materials)*, 3<sup>rd</sup> edition, London, Oxford University Press, 2003, pp. 114-115.

<sup>65</sup> Según lo dispone en su artículo 3 “Relaciones con las demás disposiciones del Derecho comunitario”, previendo para el caso de un conflicto o antinomia entre una disposición de esa Directiva y la de otro acto comunitario relativo a aspectos concretos relacionados con el acceso a la actividades de un servicio o su ejercicio en sectores concretos o en relación con profesiones concretas, estas normas y las enunciadas primarán y se aplicarán a esos sectores o profesiones en concreto. Es decir, prevé la solución de posibles contradicciones a través del criterio de Jerarquía.

<sup>66</sup> **Artículo 1.- Objeto**

1. En la presente Directiva se establecen las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios.

<sup>67</sup> **Artículo 2.- Ámbito de Aplicación**

1. La presente Directiva se aplicará a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro

autoridad competente que disponga cada uno de los países miembros, quienes por razones imperiosas de interés general<sup>68</sup>, orden y seguridad públicos impondrá al prestador requisitos justificados de conformidad con su legislación nacional.

El artículo 4 inciso 1) define al **servicio** como “cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración contemplada en el artículo 50 del Tratado”. Por **prestador** define “cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o cualquier persona jurídica de las contempladas en el artículo 48 del Tratado y establecida en un Estado miembro, que ofrezca o preste un servicio” señalándonos además en su numeral 11) se entenderá por **profesión regulada**, “la actividad o conjunto de actividades profesionales tal y como se definen en el artículo 3 apartado 1, letra a) de la Directiva 2005/36/CE. Cubre además lo servicios que implican un desplazamiento del destinatario o del prestador y los que se realicen a través del uso del Internet.

La presente Directiva solamente se encarga de la regulación de la prestación de los servicios profesionales de sus nacionales comunitarios, previo cumplimiento de los requisitos marcados por la Directiva 2005/36/CE relativa al Reconocimiento de Cualificaciones Profesionales, sujetando dicha prestación a la prohibición de fijarla en el cumplimiento de requisitos de discriminación basados en la nacionalidad, además de la posesión de multiplicidad de establecimientos. Asimismo prohíbe sujetar el acceso al mercado bajo condiciones de reciprocidad, las pruebas económicas, avales financieros y la inscripción en los registros o una temporalidad fija y previa en el ejercicio del servicio<sup>69</sup>.

#### ***b. Directiva 2005/36/CE de 7 de septiembre de 2005 “relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales”***

La finalidad de esta directiva es, según su artículo 1, establecer las normas según las cuales un Estado miembro que subordina el acceso a una profesión regulada o su ejercicio, en su territorio, a la posesión de determinadas calificaciones profesionales, reconocerá para el acceso a dicha profesión y su ejercicio las calificaciones profesionales adquiridas en otro u otros Estados miembros, permitiéndole al titular de las calificaciones ejercer en él la misma profesión.

Conforme al diverso numeral 2, se aplicará a todos los nacionales de un Estado miembro, incluidos los miembros de las profesiones liberales que se pregona ejercer una profesión regulada en un Estado miembro diferente de aquel en el que obtuvieron sus calificaciones profesionales, sea por cuenta propia o ajena.

#### **Artículo 4.- Definiciones**

...

2) Prestador, cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o cualquier persona jurídica de las contempladas en el artículo 48 del Tratado y establecida en un Estado miembro que ofrezca o preste un servicio.

#### <sup>68</sup> **Artículo 4.- Definiciones**

...

8) “**razón imperiosa de interés general**” razón reconocida como tal en Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

#### **Considerando 40**

“... objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria.

<sup>69</sup> **Artículo 14.-Requisitos Prohibidos y Artículo 16.- Libre prestación de servicios**

En ese sentido define a la profesión regulada (artículo 3 inciso a) como la actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales; en particular, se considerará modalidad de ejercicio el empleo de un título profesional limitado por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas a quien posea una determinada cualificación profesional. Cuando la primera frase de la presente definición no sea de aplicación, las profesiones a que se hace referencia en el apartado 2 quedarán equiparadas a una profesión regulada.

Entonces el reconocimiento de las calificaciones profesionales por el país de acogida permite al beneficiario acceder en ese país al ejercicio de la misma profesión que tenía en su estado de origen. Es decir, le permite ejercerla con los mismos derechos que los nacionales, respetando el principio de libre prestación de servicios.

Libre prestación que según lo dispone el artículo 5 prohíbe a los Estados miembros, restringir por razones de cualificación profesional la libre prestación de servicios en otro estado miembro, siempre y cuando:

- El prestador este legalmente establecido en un Estado para ejercer en él la profesión
- En caso de desplazamiento del prestador, si ha ejercido dicha profesión durante 2 años como mínimo en 10 anteriores a la prestación en el estado de establecimiento cuando la profesión no este regulada en el mismo. Sin que la condición de dos años se aplique cuando la profesión sí esté regulada.

El carácter temporal y ocasional de la prestación se evaluará en cada caso por separado, atendiendo a la duración de la prestación, su frecuencia, periodicidad y continuidad.

### **c. Las normas de origen y los obstáculos de los servicios profesionales**

Los servicios profesionales en la Unión Europea son internacionales y no originarios de la Unión Europea<sup>70</sup> cuando su prestación es:

1. *Activa*: Cuando se realiza el desplazamiento temporal del prestador del servicio al Estado receptor para llevar a cabo la prestación en dicho país, en la que la residencia del destinatario del servicio no es relevante, pues puede residir en el mismo país que el prestador del servicio o en el Estado receptor.
2. *Pasiva*: Consiste en el desplazamiento temporal del destinatario del servicio al Estado donde radica el establecimiento del prestador.
3. *Sin desplazamiento*: Radica en el desplazamiento internacional del servicio, sin que ninguno de los sujetos, prestador y prestatario deban trasladarse a otro país, ya que la prestación se da a través de la asistencia letrada por teléfono o vía electrónica (computadora e Internet).

**Los extranjeros extracomunitarios no pueden obtener las ventajas de la libertad de establecimiento ni de la libre prestación de servicios mediante la invocación de la Cláusula de Nación Más Favorecida (NMF), contenida en un Tratado internacional firmado entre un Estado miembro de la Comunidad y un tercer Estado. Lo anterior, en razón de que no ostentan la nacionalidad de algún estado comunitario y por tanto no se obtienen los beneficios contenidos en las Directivas señaladas con antelación, lo cual a todas luces es violatorio de la invocación de la NMF.**

<sup>70</sup> Calvo Caravaca, Alfonso Luis, et al., *op. cit.*, nota 58, p. 113-114.

Sin embargo, un profesional extracomunitario puede prestar el servicio profesional que se le requiera sin necesidad de poseer un establecimiento permanente e incluso de trasladarse hasta el territorio que comprende la Unión Europea, pues los nuevos avances tecnológicos como el Internet, la telefonía local y celular, así como la transmisión de datos vía fax, posibilitan su prestación sin necesidad de tener establecimiento permanente e incluso la traslación del prestador al territorio del consumidor.

Los obstáculos comerciales en el comercio de servicios profesionales son heterogéneos y difíciles de cuantificar, en razón de que algunas barreras se relacionan directamente con las normas internas que regulan la comercialización de ciertos servicios al fijar calidades, requisitos, reconocimientos de certificaciones y entrenamientos, así como la nacionalidad cada uno de los países miembros que conforman la Unión Europea.

De manera general tales barreras se han de agrupar en 3 categorías:

**Restricciones en asuntos migratorios:** Expresados en los **exámenes de necesidades económicas**, los **requisitos de paridad en el pago de salarios** y la **duración limitada de los permisos laborales o de trabajo**.

Por lo que hace al artículo 7º de la Directiva 2005/36/CE de 7 de septiembre de 2005 “Relativa al Reconocimiento de Cualificaciones Profesionales”, se faculta a cada Estado para exigir cuando el prestador de servicios se desplace por primera vez informe de ello con antelación, mediante una declaración por escrito a la autoridad competente del Estado miembro de acogida, que incluirá información sobre garantías de seguros o medios similares de protección personal o colectiva de que pueda disponer en relación con la responsabilidad profesional y se renovará anualmente en caso de que el prestador tenga la intención de prestar servicios temporal u ocasionalmente durante dicho año. Además deberá acompañarla de los documentos siguientes:

- Una prueba de la nacionalidad del prestador
- Un certificado que acredite que el beneficiario está establecido legalmente en un Estado miembro para ejercer en él las actividades que pretende
- Los títulos relativos a las calificaciones profesionales
- La prueba de que ha ejercido la actividad durante dos años, dentro de un mínimo de 10, cuando la profesión no este regulada en el Estado en la que pretende realizar.
- En caso de profesiones del sector de la seguridad, el certificado de ausencia de condenas penales, cuando el estado miembro lo exija a sus nacionales.

Otros ejemplos de restricciones migratorias, son las leyes migratorias nacionales que emiten cada uno de los países miembros de la UE, que pueden restringir o fomentar la libre prestación de servicios profesionales, sujetándola al cumplimiento de ciertos requisitos.

Tal es el caso de Finlandia, cuya nueva Ley sobre Extranjeros del 1º de mayo de 2004, establece el derecho de trabajar para los extranjeros sin que sea necesario el permiso de trabajo correspondiente para ciertas ocupaciones calificadas, como las medidas que promueven la migración de investigadores extranjeros y personas que se autoempleen en el mercado laboral<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> OCDE, *International Migration Outlook 2006, Annual Report*, 2006 Edition, p. 57.

En Austria por ejemplo, las cuotas de establecimiento de ciudadanos de terceros países ajenos a la UE, así como de sus familiares están exclusivamente abiertos a personas altamente calificadas<sup>72</sup>.

Algunos otros países de la UE, han demostrado un creciente interés en el uso de políticas selectivas, como sucede en el Reino Unido que supone la selección de inmigrantes altamente calificados, sin que sea necesario demuestren previamente una oferta laboral, ofreciéndoles la residencia permanente después de 5 años únicamente a este tipo de flujos migratorios.

Otro caso es el de los Países Bajos, quienes han utilizado el sistema selectivo de flujos migratorios laborales a partir del 1º de octubre de 2004, dirigido a estimular la inmigración de personas altamente calificadas. Para ello, han simplificado los procedimientos y fijado los ingresos anuales de los inmigrantes en cantidades mayores a 45000 euros. No obstante, que el criterio salarial para inmigrantes menores de 30 años dentro del mercado laboral holandés es de 32600 euros. De ahí que con el cumplimiento de estas condiciones, un extranjero pueda obtener el permiso de residencia con un tiempo máximo de 5 años, con la posibilidad de trabajar sin un permiso para ello y obtener después de los 5 años de residencia, la residencia definitiva.<sup>73</sup>

- **Trato Discriminatorio:** Los requisitos de residencia y ciudadanía son frecuentemente impuestos como condiciones de elegibilidad a los proveedores extranjeros de servicios profesionales, lo cual redundaría en una clara desventaja al recibir por tanto un trato discriminatorio respecto de las contribuciones de seguridad social e impuestos.
- **Inadecuado reconocimiento de títulos, experiencia y técnica:** En la mayoría de los casos profesiones médicas y de consultoría legal reciben para su prestación en territorios nacionales por parte de extranjeros un trato proteccionista en cuanto a la regulación de los permisos para ello, que van más allá de razones de seguridad nacional y orden público.

Actualmente, las Directivas de la UE han clasificado en 4 categorías las condiciones de admisión de migrantes de terceros países a la UE, como son:

1. Trabajadores altamente calificados
2. Trabajadores temporales o estacionales
3. Traslados empresariales y
4. Personas sujetas a entrenamiento empresarial

Siendo el proceso de entrada de los trabajadores altamente calificados, acelerado y sujeto por parte de la Comisión de la posible creación de un permiso de trabajo dentro de la Unión, en forma de Visa Verde (green card), entregada por un miembro del bloque, pero que sería válida en toda el área de la UE. Para lo cual la Comisión propuso la actualización de información sobre los flujos migratorios laborales a finales del año 2007 a fin de crear el portal en Internet sobre movilidad y empleo, en cuya elaboración confluyan campañas de información, resultados de estudios y cooperación con los países de origen de esos flujos, para fomentar la migración temporal, su movilidad y regreso a países de origen según el caso<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> *Idem.*

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 76-78.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 77.

#### **d. Lista de Compromisos Específicos en materia de servicios profesionales a nivel OMC**

De conformidad con la lista de Compromisos Específicos que se aplican según lo dispone el propio documento Acuerdo General sobre Comercio de Servicios GATS/SC/31 de 15 de abril de 1994, únicamente a las relaciones de las Comunidades y sus Estados miembros con países no comunitarios. No afectan a los derechos ni a las obligaciones de los Estados miembros que derivan del derecho comunitario.

Las Directivas de la CE sobre el reconocimiento recíproco de títulos no se aplican a los nacionales de terceros países. El reconocimiento de los títulos que se necesitan para el ejercicio por nacionales de países no comunitarios de servicios profesionales regulados sigue siendo de competencia de cada Estado miembro, a menos que el derecho comunitario disponga otra cosa. El derecho a ejercer actividades profesionales reguladas en un Estado miembro no otorga el derecho a ejercerlas en otro Estado miembro.

### **3. En México**

Este nuevo siglo XXI se perfila como un tiempo de enorme, profunda y progresiva interdependencia mundial en la que todas las naciones, incluyendo México, deben distinguirse por poseer un interés común que encierre en si mismo la unión de todas las naciones en una causa común: el bienestar y desarrollo sustentable de la humanidad, con base en un comercio internacional equitativo, justo y proporcional.

Ese comercio internacional justo, equitativo y proporcional establecido como uno de los objetivos de la Declaración del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), debe seguir a su vez las recomendaciones que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), a través de su reporte "**Growth in Services, fostering employment, productivity and innovation, 2005**"<sup>75</sup>, dirige a sus miembros para el crecimiento del empleo, la productividad y la innovación de los servicios en sus territorios y economías; organización internacional de la que México como economía emergente forma parte y quien debe sopesar las oportunidades que brinda la globalización para el crecimiento y competitividad de la nación en el comercio de servicios y más aún en el de los servicios profesionales, buscando siempre garantizar la equidad, justicia y proporcionalidad en las transacciones que realicen sus nacionales, como lo hace la Unión Europea.

Para lo cual nuestro país deber hacerse frente al **desequilibrio de poder** reinante en todo el mundo, con la finalidad de que una vez superado ese desafío, todo mexicano disfrute de esa garantía y derecho inherente a su naturaleza misma: la libertad de prestación de servicios.

Libertad entendida como esa potestad que tienen todos los hombres y mujeres sin excepción alguna, a ser gobernados por su propio consentimiento, al amparo de la Ley, en una sociedad en que todas las personas que la integren sin temor a la discriminación ni a las represalias disfruten de la libre expresión de opinión, culto, asociación, trabajo y desarrollo sustentable en un ambiente de seguridad, cooperación extensa y profunda entre el resto de la humanidad, considerando las necesidades propias y las de los demás.

Para lo cual debemos delimitar la connotación que reciben los servicios en México, la cual según nuestra norma superior fundamental, denota como una actividad económica, que puede ser desarrollada por el Estado y por los particulares. Sin embargo la propia Constitución ha

<sup>75</sup> La OCDE a través de su reporte "Growth in Services, fostering employment, productivity and innovation 2005", ha puesto especial énfasis en la promoción del crecimiento de estos los servicios, cuya regulación comercial internacional dicta las reglas a seguir y por lo tanto marca los pasos que deben seguir las legislaciones nacionales de los países soberanos miembros de la comunidad internacional. Cfr., OCDE, *Growth in Services –Fostering employment, productivity and innovation*, 2005 Edition.

delimitado la competencia exclusiva del Estado para la prestación de servicios específicos o actividades económicas orientadas a las áreas prioritarias y estratégicas.

En este orden de ideas los servicios como actividades económicas de áreas prioritarias y estratégicas cuyo ejercicio y comercialización corresponde únicamente al Estado mexicano, así como la participación en estos de particulares y las actividades económicas desarrolladas por particulares que poseen un título profesional, están reglamentadas no sólo por los artículos 25, 26, 27 y 28 constitucionales, sino por diversas Leyes Federales como la Ley de Inversión Extranjera, Ley de Propiedad Industrial, Ley Federal de Competencia Económica, Ley Federal de Protección al Consumidor, Ley Federal de Turismo, Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativa al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, Ley Federal sobre Metrología y Normalización, por citar algunas.

#### **A. Concepto de servicios y servicios profesionales conforme a la legislación mexicana y tratados internacionales.**

La multiplicidad de disposiciones insertas en la Constitución, así como en las leyes, reglamentos y códigos federales que norman la actividad económica dentro del ordenamiento jurídico mexicano, nos lleva a concluir que ninguno de estos cuerpos normativos define específicamente a los “servicios”, ni remite a las definiciones insertadas en los Tratados comerciales como el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS / GATS), el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) y el Tratado de Asociación y Concertación Política entre México y la Unión Europea (TLCUE) como deberían de hacerlo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 133 constitucional.

Pero atendiendo a la naturaleza de nuestro ordenamiento jurídico<sup>76</sup>, es menester ubicar a los servicios y los servicios profesionales en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en primer lugar, para después analizar las definiciones que de los mismos hacen los Tratados comerciales internacionales suscritos por nuestro país, a fin de arribar a la concepción prevista por la Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativa al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal por lo que se refiere al los servicios profesionales.

##### **a. La Constitución**

Según lo señala la propia norma fundamental en su artículo 5º, específicamente en sus párrafos primero y segundo:

“A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La Ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo”.

La Constitución concibe a los servicios como una libertad con la naturaleza de actividad económica lícita, acotando a los servicios profesionales como aquella libertad consistente en la

<sup>76</sup> Como un sistema o unidad sistemática ordenada, entre cuyas normas existe tanto unidad, como la disposición determinada (orden) respecto a nuestra norma fundamental (constitución) reflejada en la consistencia o coherencia (relación de compatibilidad), entre tales normas, con la cual excluyen de su seno las contradicciones entre ellas.

actividad económica permitida por la ley (lícita) amparada en una profesión; profesión que cada Estado que integra la Federación determinará la obligatoriedad de poseer título para su ejercicio y por consiguiente prestación, señalando además las condiciones que se deban cubrir para su obtención ante las autoridades que determine previamente.

**b. El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS / GATS)**

El citado artículo 133 define a los Tratados como un instrumento jurídico no contrario a la Constitución que al ser celebrado por el Presidente de la República, con aprobación del Senado constituye la Ley Suprema de la Unión, siendo por tanto su contenido lo que hace a las obligaciones y derechos que establece parte integrante del ordenamiento jurídico mexicano y de aplicación obligatoria.

En este sentido considerando que al ser los Tratados Internacionales instrumentos jurídicos que obligan a todo el Estado Federal Mexicano y cuyas disposiciones contienen asuntos de interés general relativos a la relaciones comerciales internacionales que pacta México con la comunidad internacional y otros Estados, les son aplicables las disposiciones del Código Civil en materia Federal, tratándose de aspectos relativos a su publicación y entrada en vigor y por tanto obligatoriedad a nivel nacional, en virtud de que con la publicación en el Diario Oficial se inicia su vigencia en el ámbito interno o nacional, como lo dispone la Ley Sobre Celebración de Tratados en el párrafo segundo de su artículo 4º:

“ ...

Los Tratados, para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados previamente en el Diario Oficial de la Federación.”

Por consiguiente, siguiendo el procedimiento de validez de un tratado internacional, tenemos que únicamente sus disposiciones se tendrán por obligatorias cuando haya sido previamente aprobado por el senado de la República, sea depositado el instrumento de ratificación, la Secretaría de Relaciones Exteriores informe a la Secretaria de Gobernación del depósito, a fin de que ésta última elabore el decreto de promulgación del tratado, en cuyo contenido se observará la copia fiel de éste, las reservas y declaraciones interpretativas realizadas y las firmas del Presidente de la República, así como la de los secretarios de Gobernación y Economía por tratarse de temas relacionados al comercio internacional de servicios, convirtiéndose por tanto en Derecho Interno, cuyos derechos y obligaciones podrán ser invocadas por los mexicanos hasta ese momento dentro de la esfera nacional.

La definición de servicios a la que debemos remitirnos para analizar lo concerniente a los mismos y a los servicios profesionales es en primer lugar a lo que dispone la Constitución y después a lo que disponen no las leyes federales sino los tratados internacionales, pues en una reciente tesis<sup>77</sup>, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que los tratados

<sup>77</sup> Registro No. 172650, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Abril de 2007, Página: 6, Tesis: P. IX/2007, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional. **TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.** La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.

Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan

internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la constitución federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales (caso de México con la OMC, en lo relativo al AGCS / GATS) o entre Organizaciones Internacionales y atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone una responsabilidad de carácter internacional.

Pues de conformidad con el novedoso criterio <sup>78</sup> emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los tratados se ubican en el segundo plano siguiente descendiente del primero que ocupa en la cúspide del orden jurídico mexicano la Constitución, lo cual considerando los argumentos anteriores nos llevan a concluir que las definiciones válidas y obligatorias de servicios y servicios profesionales vigentes en nuestro Derecho Interno, son las que contienen los Tratados comerciales como el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS / GATS), el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) y el Tratado de Asociación y Concertación Política entre México y la Unión Europea (TLCUE) que México ha signado en términos de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados y al principio "pacta sunt servanda".

En este contexto, a fin de evitar repeticiones innecesarias en cuanto a la definición de servicios que prevé el AGCS (GATS), habremos de remitirnos a la definición expuesta en el subíndice a. "La definición de "comercio de servicios" y su clasificación, del inciso B., de la parte II de este capítulo. Del mismo modo nos remitiremos en la misma parte II, inciso B., al subíndice b. La definición de "comercio de servicios profesionales", por lo que se refiere al comercio de servicios profesionales.

---

N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez. El Tribunal Pleno, el veinte de marzo en curso, aprobó, con el número IX/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de marzo de dos mil siete. Nota: En la sesión pública de trece de febrero de dos mil siete, además del amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc Cain México, S.A. de C.V., se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 1084/2004, 1651/2004, 1277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 815/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, respecto de los cuales el tema medular correspondió a la interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a que se refiere esta tesis aislada.

<sup>78</sup> Registro No. 172667, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Abril de 2007, página: 6, Tesis: P. VIII/2007, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional. **SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.** A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las Leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de "supremacía constitucional" implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la "Ley Suprema de la Unión", esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales.

Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez. El Tribunal Pleno, el veinte de marzo en curso, aprobó, con el número VIII/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de marzo de dos mil siete. Nota: En la sesión pública de trece de febrero de dos mil siete, además del amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc Cain México, S.A. de C.V., se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 1084/2004, 1651/2004, 1277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 815/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, respecto de los cuales el tema medular correspondió a la interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a que se refiere esta tesis aislada.

**c. El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN)**

Según lo previsto y establecido por los criterios jurisprudenciales antes invocados, debemos entender a los *servicios* en el Capítulo XII “Comercio transfronterizo de servicios”, del TLCAN lo señalado por el artículo 1213, numeral 2:

Para los efectos de este capítulo: Comercio transfronterizo de servicios o prestación transfronteriza de un servicio significa la prestación de un servicio:

- a. del territorio de una parte al territorio de otra parte;
- b. en territorio de una parte, por personas de esa parte a personas de otra parte
- c. por un nacional de una parte en territorio de otra parte pero no incluye la prestación de un servicio en el territorio de una parte mediante una inversión, tal como está definida en el artículo 1139 “inversión-definiciones”, en ese territorio.

Ahora bien, conforme a lo señalado en el **Capítulo XII “Comercio Transfronterizo de Servicios”**, artículo 1213 “Definiciones” numeral 2, se entenderá en el Tratado del Libre Comercio para América del Norte como “servicios profesionales”:

“significa los servicios que para su prestación requieren educación superior especializada o adiestramiento o experiencia equivalentes y cuyo ejercicio es autorizado o restringido por una parte, pero no incluye los servicios prestados por personas que practican un oficio o a los tripulantes de barcos mercantes y aeronaves”

En el comercio transfronterizo de servicios profesionales, las partes se comprometen a otorgar Trato Nacional a los prestadores de servicios de otra parte, es decir, darles un trato no menos favorable que el que otorgue en circunstancias similares a sus prestadores de servicios, respecto a un estado o a una provincia<sup>79</sup>.

De igual forma las partes otorgarán a los prestadores de servicios de otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares a prestadores de servicios de cualquier otra parte o de un país que no sea parte<sup>80</sup>.

Sin que se exija a un prestador de servicios de otra de las partes que establezca o mantenga una oficina de representación ni ningún tipo de empresa, o sea residente en su territorio como condición para la prestación del servicio<sup>81</sup>; y otorgándosele a los prestadores de cualquier parte el mejor de los tratos requeridos por los artículo 1202 y 1203<sup>82</sup>.

Por su parte el **Capítulo XVI “Entrada temporal de personas de negocios”**, en su artículo 1603, expone que cada una de las partes tiene la facultad de autorizar la **entrada temporal a personas de negocios y a las contenidas en el anexo 1603** –en donde encontramos a los *profesionistas*- que cumplan con las medidas aplicables, relativas a salud y seguridad públicas, así como con las referentes a seguridad nacional, pudiendo negar la expedición del documento migratorio que autorice empleo a una persona de negocios cuando su entrada temporal afecte desfavorablemente la solución de algún conflicto laboral en curso en el lugar donde esté empleada o vaya emplearse o el empleo de cualquier persona que intervenga en ese conflicto, teniendo la facultad cada parte a limitar el importe de los derechos que cause el trámite de solicitudes de entrada temporal de personas de negocios al costo aproximado de los servicios que se presten.

<sup>79</sup> Art. 1202 TLCAN.- Trato Nacional

<sup>80</sup> Art. 1203 TLCAN.- Trato de Nación más Favorecida

<sup>81</sup> Art. 1205 TLCAN.- Presencia Local

<sup>82</sup> Art. 1204 TLCAN.- Nivel de Trato

Debiéndose entender por **entrada temporal**, la entrada de una persona de negocios de una parte a territorio de otra, sin la intención de establecer residencia permanente, con la calidad migratoria de **persona de negocios**, es decir con el carácter de ser ciudadano de una parte que participa en el comercio de bienes o prestación de servicios o en actividades de inversión<sup>83</sup>. En el caso que nos ocupa un prestador de servicio profesional dentro de este capítulo, podemos concebirlo como aquella persona de negocios (ciudadano<sup>84</sup> canadiense, mexicano o estadounidense) que se desplaza del territorio en el que reside, al de una de las partes a fin de prestar un servicio, entrando como persona de negocios.

Asimismo de conformidad con el artículo 1605 las partes establecieron un **Grupo de Trabajo sobre Entrada Temporal**, integrado por representantes de cada una de ellas, incluyendo funcionarios de migración, cuya finalidad dentro de su reunión anual examinar:

- La aplicación y administración del capítulo XVI.
- La elaboración de medidas que faciliten aún más la entrada temporal de personas de negocios conforme al principio de reciprocidad.
- La exención de pruebas de certificación laboral o de procedimientos de efecto similar, para el cónyuge de la persona de negocios a la que se haya autorizado la entrada temporal por más de un año y
- Las propuestas de modificaciones o adiciones al capítulo XVI.

#### **d. TLCUE**

Con la entrada en vigor del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre México y la Unión Europea (TLCUE) se han abierto nuevas oportunidades para los operadores económicos de ambas partes. El Acuerdo, el cual se logró tras más de un año de intensas negociaciones, se extiende a todos los ámbitos de las relaciones comerciales bilaterales y establece un marco favorable y seguro para que los operadores económicos, tanto mexicanos como europeos, puedan desarrollar sus actividades en las mejores condiciones.

De esta forma, una vez que el proceso de liberalización comercial haya concluido en su totalidad, el mercado de servicios estará ampliamente liberalizado y los inversionistas podrán contar con un clima favorable para sus inversiones. El acuerdo se aplica a todos los servicios comerciables internacionalmente, definiéndose como comercio de servicios, conforme a la definición del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios de la OMC.

En el tema de servicios, el acuerdo garantiza que los prestadores de servicios mexicanos y europeos podrán acceder al mercado de la contraparte en las mismas condiciones de los nacionales de ésta.

De ahí que México y la Unión Europea se hayan comprometido a liberalizar progresiva y recíprocamente el comercio de servicios entre sí, de conformidad con el Art. V del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS), según lo dispone el propio TLCUE en su artículo 6, al delegar a favor del **Consejo Conjunto**<sup>85</sup> integrado<sup>86</sup> por México y por la Unión Europea, la

<sup>83</sup> Artículo 1608 TLCAN.- Definiciones

<sup>84</sup> Entendido conforme al **Anexo 1608 del TLCAN**, respecto a México, un nacional o ciudadano, de acuerdo con las disposiciones existentes de los Artículos 30 y 40 de la Constitución.

<sup>85</sup> Artículo 45 TLCUE.- Se crea un Consejo Conjunto encargado de supervisar la aplicación del presente Acuerdo. El Consejo se reunirá a nivel ministerial, a intervalos regulares y cada vez que lo exijan las circunstancias. Examinará todas las cuestiones principales que surjan dentro del marco del presente Acuerdo y cualquier otra cuestión bilateral o internacional de interés mutuo.

<sup>86</sup> Artículo 46 TLCUE

1. El Consejo Conjunto estará formado por miembros del Gobierno de México, por una parte, y los miembros del Consejo de la Unión Europea y miembros de la Comisión Europea, por otra.

2. Los miembros del Consejo Conjunto podrán hacerse representar, de conformidad con las condiciones establecidas en su reglamento interno.

facultad de decidir las medidas necesarias<sup>87</sup> para la liberalización progresiva y recíproca del comercio de servicios, de conformidad con las normas pertinentes de la OMC, basado en los principios de Acceso al mercado, Trato de Nación Más Favorecida y Trato Nacional, debiendo considerar los compromisos adquiridos por cada una de las partes en el referido acuerdo.

El ritmo de la liberalización de servicios lo dictará el Consejo Conjunto, quien establecerá mediante una Decisión los sectores y modos de prestación. Esto significa que, en estos sectores, ninguna de las partes podrá imponer -con respeto a la otra- ni un límite al número de prestadores y servicios, ni limitar el valor total de los activos o transacciones ni al número total de operaciones de servicios. Asimismo, tampoco podrá imponer limitaciones a la participación de capital extranjero (fijando límites porcentuales máximos a la tenencia de acciones por extranjeros o al valor total de las inversiones extranjeras individuales o agregadas) o limitaciones al número total de personas físicas que puedan emplearse, ni podrá requerir tipos específicos de entidades jurídicas o de co-inversión como condición para poder prestar un servicio.

La Decisión No 2/2001 del Consejo Conjunto UE-México<sup>88</sup>, define en su artículo 2 al *comercio de servicios* como la prestación de un servicio:

- Del territorio de una parte al territorio de la otra.
- En el territorio de una parte a un consumidor de servicios de la otra parte
- Por un proveedor de servicios de una parte mediante la presencia comercial en el territorio de la otra parte y
- Por un proveedor de servicios de una parte mediante la presencia de personas físicas en el territorio de la otra parte.

Los *servicios profesionales*, pueden concebirse como **la prestación un servicio realizado por un proveedor de servicios de una parte en territorio de otra parte a un consumidor de servicios de esa parte, bajo el amparo de un título profesional, cuyos requisitos de reconocimiento mutuo, licencias y otras regulaciones establecidos por el Consejo Conjunto UE-México**, sin que a la fecha hayan sido establecidas.

Conforme lo previsto por el artículo 2 y el diverso 9<sup>89</sup> de la Decisión No. 2/2001, para el año 2005 el Consejo Conjunto establecería los pasos para negociar un acuerdo que estableciese los requisitos de reconocimiento mutuo, requisitos, licencias y otras regulaciones, tratándose de servicios profesionales, hecho que no ha ocurrido al año 2007, momento en el que se ha celebrado la Quinta reunión de dicho Consejo el 19 de abril de 2007, en cuyo comunicado en el punto 16<sup>90</sup>, acordaron su intención de lograr nuevos avances en torno a la cláusula sobre servicios, sin especificar lo relativo a los servicios profesionales.

3. El Consejo Conjunto establecerá su propio reglamento interno.

4. La Presidencia del Consejo la ejercerá, alternativamente, un miembro del Gobierno de México y un miembro del Consejo de la Unión Europea, de conformidad con las disposiciones que se establezcan en su reglamento interno.

<sup>87</sup> **Artículo 47 TLCUE.-** El Consejo Conjunto, a efectos de alcanzar los objetivos del presente Acuerdo, estará facultado para tomar decisiones en los casos previstos en el Acuerdo. Las decisiones que se adopten tendrán carácter vinculante para las partes, que tomarán las medidas necesarias para ejecutarlas. El Consejo Consultivo podrá también hacer las recomendaciones pertinentes. Las decisiones y recomendaciones se adoptará previo acuerdo entre las dos partes.

<sup>88</sup> Del 27 de febrero de 2001, por la que se aplican los artículos 6 y 9, la letra b) del apartado 2 del artículo 12 y el artículo 50 del Acuerdo de Asociación económica, concertación política y cooperación.

<sup>89</sup> **Artículo 9 “Reconocimiento mutuo”**

1. En principio a más tardar tres años después de la entrada en vigor de esta Decisión, el Consejo Conjunto dispondrá los pasos necesarios para la negociación de un acuerdo que establezca los requisitos de reconocimiento mutuo, requisitos, licencias y otras regulaciones, con objeto de que los servicios o proveedores de servicios cumplan, en todo o en parte, con los criterios aplicados por cada Parte para la autorización, obtención de licencias, operación y certificación de los proveedores de servicios, en particular para los servicios profesionales.

<sup>90</sup> “16. Las Partes examinaron el estado de las negociaciones en torno a las cláusulas de revisión sobre la agricultura, los servicios y las inversiones y han confirmado su intención de lograr nuevos avances.”

Además las obligaciones negociadas estarían sujetas a su implementación sobre un periodo transitorio de 10 años a partir del año 2005. Es destacable señalar que el Acuerdo no está dirigido a cubrir el movimiento a través de los prestadores de servicios bajo el GATS, en razón de que el propio GATS dispone en cuanto al acceso en el modo 4 “movilidad del prestador de servicios profesionales” la no inclusión del acceso al mercado laboral (Art. 3, c, i) dejando a las partes a ejercer su derecho de regular la entrada y permanencia de los profesionales Limitándose así el TLCUE únicamente a especificar la regulación sobre trabajo, condiciones laborales y establecimiento de personas naturales en su Artículo 3 f).

***e. Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativa al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal y su Reglamento.***

Las disposiciones de esta Ley (LGPDF) y de su Reglamento (RLGPDF), según sus artículos 7º y 1º respectivamente<sup>91</sup>, regirán en todo el país en materia Federal en lo relativo al ejercicio de las profesiones, y por consiguiente tiene repercusión en la prestación de servicios profesionales.

El ejercicio profesional según lo señala el artículo 24<sup>92</sup>, es “la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión”, definición que podemos atribuir al concepto de “**prestación de servicio profesional**”, cuyo ejercicio está sujeto al cumplimiento de los siguientes requisitos obligatorios<sup>93</sup>:

1. Estar en pleno goce y ejercicio de los derechos civiles<sup>94</sup>, es decir, poseyendo una capacidad de goce “la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones, la cual tiene todo ser humano desde su concepción por el mero hecho de serlo” y una capacidad de ejercicio “la aptitud del sujeto para ejercitar derechos, contraer y cumplir obligaciones personalmente y para comparecer en juicio por derecho propio al ser mayor de edad (18 años cumplidos) y no ser incapaz o interdicto”.
2. Poseer título legalmente expedido y debidamente registrado: Lo cual queda a sujeción del cumplimiento de las formalidades que dispone la Dirección General de Profesiones.
3. Obtener de la Dirección General de Profesiones patente de ejercicio.

En especial en cuanto hace a la autorización de los extranjeros para ejercer una profesión dentro del Distrito Federal, que como lo señala su artículo 15<sup>95</sup>, los “extranjeros” podrán ejercer cualquier profesión que sea objeto de la Ley de referencia, sujetándose primero a lo previsto en los tratados internacionales en que México es parte, como sucede en los casos del TLCAN y

<sup>91</sup> **ARTICULO 7º LGPDF.-** Las disposiciones de esta ley regirán en el Distrito Federal en asuntos de orden común, y en toda la República en asuntos de orden federal.

**ARTÍCULO 1º RLGPDF.-** Las disposiciones de la Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional regirán:

I. En el Distrito Federal en asuntos del fuero común:

II. En toda la República en los asuntos del orden federal siguientes:

a) Al ejercicio profesional ante las autoridades federales, excepto las materias excluidas por la Ley;

b) El ejercicio profesional que se haga en actividades reguladas por una ley federal, excepto cuando el asunto sea de jurisdicción concurrente y conozca de él la autoridad local o para cumplir requisitos exigidos por una ley federal.

<sup>92</sup> **ARTICULO 24 LGPDF.-** Se entiende por ejercicio profesional, para los efectos de esta Ley, la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter del profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo. No se reputará ejercicio profesional cualquier acto realizado en los casos graves con propósito de auxilio inmediato.

<sup>93</sup> **Artículo 25 LGPDF.-** Para ejercer en el Distrito Federal cualquiera de las profesiones a que se refieren los Artículos 2o. y 3o., se requiere:

I.- Estar en pleno goce y ejercicio de los derechos civiles.

II.- Poseer título legalmente expedido y debidamente registrado, y

III.- Obtener de la Dirección General de Profesiones patente de ejercicio.

<sup>94</sup> Conceptos derivados de los artículos 22, 23 y 24 del Código Civil Federal.

<sup>95</sup> **ARTICULO 15.-** Los extranjeros podrán ejercer en el Distrito Federal las profesiones que son objeto de esta Ley, con sujeción a lo previsto en los tratados internacionales de que México sea parte.

Cuando no hubiere tratado en la materia, el ejercicio profesional de los extranjeros estará sujeto a la reciprocidad en el lugar de residencia del solicitante y al cumplimiento de los demás requisitos establecidos por las leyes mexicanas.

TLCUE, por citar algunos ejemplos, condicionando dicho ejercicio profesional por un lado, para el caso de la inexistencia de tratado alguno, a la reciprocidad que hubiera para los nacionales mexicanos en el país de residencia del solicitante, y por otro al cumplimiento de los demás requisitos establecidos por las leyes mexicanas.

De igual modo el diverso numeral 17<sup>96</sup> de la Ley citada da reconocimiento a los títulos expedidos en el extranjero una vez que sea registrado ante la Dirección General de Profesiones<sup>97</sup>, dependiente de la Secretaría de Educación Pública, siempre y cuando tales estudios sean iguales o similares a los impartidos en las instituciones mexicanas reconocidas. Pues dicha Dirección elabora las normas y criterios para el reconocimiento de licencias y certificados a prestadores de servicios profesionales extranjeros con los que México tiene celebrados tratados sobre la materia, pues tiene además la atribución de registrar los títulos profesionales y grados académicos, así como para expedir cédulas profesionales con efectos de patente para su ejercicio<sup>98</sup>.

Los efectos de patente se circunscriben al derecho exclusivo que le confieren al titular de dicha cédula al ejercicio de la actividad profesional en su naturaleza de prestación del servicio profesional, determinado según las reivindicaciones aprobadas para cada profesión, que no vulneren ninguna disposición en contrario y no sean por tanto ilícitas.

Aunado a lo anterior para el caso de profesionales extranjeros, deberán primeramente acreditar su legal estancia migratoria, a través del documento que para el efecto le haya sido expedido por el Instituto Nacional de Migración, pues en caso de que ejerza la profesión prestando los servicios correspondientes a ella dentro del territorio nacional sin tener el título correspondiente debidamente registrado, ni la cédula profesional cuando lo exija la ley, incurre en penas y no tiene derecho a cobrar la retribución económica, según lo dispone el propio artículo 2608 del Código Civil Federal.

#### **f. Ley del Impuesto al Valor Agregado**

En términos de lo dispuesto por el artículo 14 de dicha Ley, la prestación de un servicio independiente y personal calificado como profesional es “la prestación de obligaciones de hacer que realice una persona a favor de otra, cualquiera que sea el acto que le dé origen y el nombre o clasificación que a dicho acto le den otras leyes”<sup>99</sup>

<sup>96</sup> **ARTÍCULO 17.-** Los títulos expedidos en el extranjero serán registrados por la Secretaría de Educación Pública, siempre que los estudios que comprenda el título profesional, sean iguales o similares a los que se impartan en instituciones que formen parte del sistema educativo nacional.

En los casos en que resulte imposible establecer la igualdad o similitud de estudios en la forma prevista en los términos del párrafo anterior, se establecerá un sistema de equivalencia de estudios, sometiendo, en su caso, a los interesados a pruebas o exámenes, para la comprobación de sus conocimientos.

<sup>97</sup> A través de su Dirección General de Profesiones, facultada para vigilar el ejercicio profesional y ser el punto de conexión entre el Estado y los colegios de profesionistas (**Art. 21 LGPDF**).

<sup>98</sup> **ARTÍCULO 22 LGPDF.-** Corresponde a la Dirección General de Profesiones el ejercicio de las siguientes atribuciones:

...

III. Coordinar la participación de los Colegios de Profesionistas y demás instancias pertinentes en la elaboración de las normativas y criterios para el reconocimiento de licencias y certificados a prestadores de servicios profesionales de otros países con los que México tenga celebrados tratados sobre la materia;

IV. Registrar los títulos profesionales y grados académicos, así como expedir cédulas profesionales con efectos de patente;

<sup>99</sup> **ARTÍCULO 14 LIVA.-** Para los efectos de esta Ley se considera prestación de servicios independientes:

I. La prestación de obligaciones de hacer que realice una persona a favor de otra, cualquiera que sea el acto que le dé origen y el nombre o clasificación que a dicho acto le den otras leyes.

## **B. Normas de origen y obstáculos de los servicios profesionales**

En cuanto al origen del servicio profesional se tendrá como originariamente mexicano, aquél cuya prestación la realice una persona física o moral mexicana, bajo el amparo del título de grado expedido y la consiguiente autorización emitida por la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública a través de la emisión de la cédula profesional correspondiente con efectos de patente.

El reconocimiento de licencias y certificados de prestadores de servicios profesionales de otros países, exige la aceptación de la Dirección General de Profesiones de la SEP con los Colegios de Profesionistas. Además de cubrir los requisitos de llenado de solicitud y la remisión de los siguientes documentos:

1. Copia de la CURP.
2. Acta de nacimiento debidamente legalizada por el Servicio Consular Mexicano o apostillado en el país de origen. En caso de que no esté en español deberá presentar su traducción por perito autorizado por el Tribunal Superior de Justicia.
3. Copia certificada ante Notario Público del documento migratorio, que compruebe su legal estancia en el país, según el caso particular:
  - **Nacionales de países que otorgan reciprocidad en el ejercicio profesional a mexicanos:** Documento migratorio FM3 (No Inmigrante)
  - **Nacionales de países que no otorgan la reciprocidad en el ejercicio profesional a mexicanos:** Documento migratorio FM2 (Inmigrante o Inmigrado).

Este requisito se advierte como una restricción en asuntos migratorios, en virtud de que los documentos migratorios FM3 y FM2 son las formas migratorias que amparan las calidades de No Inmigrante Profesional<sup>100</sup> e Inmigrante Profesional<sup>101</sup>, cuyas características en particular dependerán de la actividad específica que realizará en el país el extranjero<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> Que como lo define el artículo 42 fracción III de la Ley General de Población, tiene esta calidad migratoria "el extranjero que con permiso de la Secretaría de Gobernación se interna en el país temporalmente, dentro de la característica de Visitante (fracción III) para dedicarse al ejercicio de alguna actividad lucrativa, siempre que sea lícita y honesta, con autorización para permanecer en el país hasta por un año. Cuando el extranjero visitante se dedique a actividades científicas, técnicas, de asesoría, artísticas, deportivas o similares podrán concederse hasta cuatro prórrogas por igual temporalidad cada una, con entradas y salidas múltiples"

<sup>101</sup> Tal y como lo dispone el artículo 44 de la Ley General de Población es Inmigrante "el extranjero que se interna legalmente en el país con el propósito de radicarse en él, en tanto adquiere la calidad de Inmigrado, cuya característica de Profesional según lo dispone el diverso 48 fracción III de la misma Ley, otorga a su internación el objeto de ejercer una profesión, debiendo para el caso de que se trate de profesiones que requieran título para su ejercicio, cumplir con lo ordenado por las disposiciones reglamentarias del artículo 5o. Constitucional en materia de profesiones.

<sup>102</sup> Para cuya autorización deberá satisfacer los requisitos vigentes en los artículos 163 y 182 del Reglamento de la Ley General de Población, además de aquellos que el mismo Instituto Nacional de Migración señala:

1. Formato oficial de Solicitud de Internación a México
2. Pasaporte vigente del extranjero.
3. Carta en papel membretado y redactada o traducida al español, dirigida al Instituto Nacional de Migración formulada por la institución pública o privada, nacional o extranjera que pretenda utilizar los servicios del profesional, manifestando el domicilio donde laborará, la naturaleza del proyecto o actividad en que intervendrá, la remuneración que recibirá y el tiempo estimado de la estancia, así como los lugares en la República Mexicana en que va a desarrollar su actividad.
4. Identificación oficial vigente con fotografía y firma de la persona que suscribe la carta (si es extranjero, documento migratorio).
5. Si representa a una empresa extranjera, carta mandato elaborada en papel membretado, indicando motivo de la visita a México, así como su remuneración económica, en México o en el exterior, apostillada o legalizada, y traducida al español.
6. Si el solicitante es una persona moral o una persona física con actividades empresariales, deberá presentar:

\*Acta constitutiva de la empresa.

\*Última declaración del pago de impuestos (o recibo electrónico vía Internet de la última declaración de impuestos).

\*En su caso, constancia del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

\*En caso de que la persona física con actividades empresariales sea extranjera, deberá presentar su documento migratorio vigente.

Estos requisitos no son aplicables si se trata de una dependencia o entidad gubernamental o de una institución de educación superior pública, o si la empresa tiene un expediente básico actualizado conforme a los establecido en el "Trámite de Estancia".

7. En el caso de que el extranjero profesionalista pretenda ejercer en forma independiente, deberá cumplir con lo establecido en el numeral anterior e indicar la actividad y el lugar donde pretende desempeñarla.

Sin embargo, la autorización para el otorgamiento de alguno de estos dos documentos migratorios son una facultad discrecional cuya emisión esta únicamente delegada al Instituto Nacional de Migración, quien como lo dispone la Ley General de Población y su correspondiente Reglamento, emiten los requisitos que deben cubrirse para la obtención de cualquier visa temporal o permanente para ingresar a territorio nacional con la calidad idónea que le permita obtener la característica de prestador de servicios y con ello pueda insertarse en el mercado laboral nacional.

Pues como sucede en las demás naciones México a través de su Ley General de Población y su Reglamento, imponen un sin fin de restricciones cuantitativas al movimiento natural de personas con el firme objetivo de crear una protección al mercado laboral de sus nacionales.

Las restricciones impuestas son por citar algunas, **exámenes de necesidades económicas, requisitos de paridad en el pago de salarios y duración limitada de los permisos laborales o de trabajo**, estos últimos según la discrecionalidad personal que maneje el servidor público migratorio serán prorrogables o no, siendo un procedimiento costoso, lento, obsoleto, torpe y corrupto, que redunde en su falta de transparencia y rápida respuesta.

Dentro del TLCAN, específicamente en su **Capítulo XII “Comercio Transfronterizo”** las restricciones que se permiten imponer entre las partes son las llamadas **restricciones cuantitativas**<sup>103</sup>, las cuales no son medidas discriminatorias como expresamente lo señala el citado tratado; tales restricciones son permitidas siempre y cuando correspondan a las que cada una de las partes tiene a nivel federal, local y provincial en su territorio y se expresen en las listas del Anexo V. Pudiendo además ser revisadas y eliminadas cada 2 años, indicando en cada una de sus listas del Anexo XVI sus compromisos para liberalizarlas, así como los requisitos para el otorgamiento de licencias, requisitos de desempeño y otras medidas no discriminatorias<sup>104</sup>.

El **Anexo 1603 en su sección A “Visitantes de Negocios”**, numerales 3 y 4, especifica que se autorizará la entrada temporal a la persona de negocios que pretenda llevar a cabo alguna actividad distinta a las señaladas en el Apéndice 1603.A.1, sin exigirle autorización de empleo, en términos no menos favorables que los previstos en las disposiciones existentes de las medidas señaladas en el Apéndice 1603.A.3, siempre que dicha persona de negocios cumpla con las medidas migratorias existentes, aplicables a la entrada temporal. Prohibiéndoles:

- Exigir como condición para autorizar la entrada, procedimientos previos de aprobación, peticiones, pruebas de certificación laboral u otros procedimientos de efecto similar o
- Imponer o mantener ninguna restricción numérica a la entrada temporal.

---

8. Título profesional y, en su caso, la cédula profesional expedida por la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública (cotejada). En el caso de médicos, también se requerirá copia del el registro correspondiente otorgado por la Secretaría de Salud, o la autorización de ésta para el ejercicio de la medicina por parte del interesado.

Tanto el punto número 7 como 8 son restricciones que impiden la prestación del servicio profesional, en razón de que para obtener el Registro y autorización de la Dirección General de Profesiones primero tenemos que adjuntar el FM3 o FM2 en su caso con el que ingresó al país el extranjero, para que le sea autorizado prestar sus servicios profesionales, y el INM a su vez requiere la cédula profesional expedida por la citada Dirección, para autorizar la internación del extranjero en el país.

<sup>103</sup> **Art. 1213 TLCAN.-** Son medidas no discriminatorias que imponen limitaciones sobre el número de prestadores de servicios, a través de una cuota, monopolio, prueba de necesidad económica o por cualquier otro medio cuantitativo y también son aquellas operaciones de cualquier prestador de servicios, a través de una cuota o de una prueba de necesidad económica, o por cualquier otro medio cuantitativo.

<sup>104</sup> **Art. 1208 TLCAN.-** Liberalización de medidas no discriminatorias.

Pero sí se le podrá imponer el cumplimiento de la obtención de visa o documento equivalente.

Para el caso de los **Profesionales (sección D)**, el referido Anexo dispone que cada parte autorizará la entrada temporal y expedirá documentación a la persona de negocios que pretenda llevar a cabo actividades a nivel profesional en el ámbito de una profesión señalada en el Apéndice 1603.D.1, cuando además de cumplir los requisitos migratorios existentes, exhiba:

- Prueba de nacionalidad de una parte y
- Documentación que acredite que la persona emprenderá tales actividades y que señale el propósito de su entrada.

Sin exigir procedimientos previos de aprobación, peticiones, pruebas de certificación laboral u otros de efecto similar como condición para autorizar la entrada temporal ni imponer o mantener restricciones numéricas en relación con la entrada temporal. Sin embargo, sí se le podrá imponer el cumplimiento de la obtención de visa o documento equivalente, así como cada parte podrá establecer un límite numérico anual.

Por tanto las restricciones fijadas por los Estados Unidos de América en 2005, en el marco del TLCAN fue el establecimiento de las visas tipo E-3, sujetándose a su emisión en un número de 10 500 anualmente para profesionistas en ocupaciones especializadas y fijadas por dicha nación. Dejándose sin efectos a partir del 1º de enero de 2004, las restricciones aplicables a los profesionistas mexicanos que quisieran entrar a dicho país<sup>105</sup>.

Por su parte México a través del Instituto Nacional de Migración<sup>106</sup>, mediante el oficio CRM/254/07 de fecha 25 de abril de 2007, expuso que de conformidad con la circular R.E.-1 en la que se detallaron las Reglas a las que se sujetaban el ingreso temporal de personas de negocios, de conformidad con el TLCAN (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 mayo 1994), los extranjeros que ingresen a México como personas de negocios con la forma migratoria para Turistas, Transmigrantes, Visitantes Personas de negocios o visitantes consejeros (FMTTV) están autorizados para realizar en el territorio nacional entre otras actividades:

- Profesionales: personas que pretendan llevar a cabo actividades a nivel profesional de las señaladas en el TLCAN.

Pudiendo desarrollar actividades en empresas ubicadas en México siempre que las mismas, les sean remuneradas en su país de origen y no obtengan el ingreso por ellas en México.

Otros obstáculos que se presentan son el trato discriminatorio al condicionar la expedición del FM2 o FM3 del extranjero, a su inscripción en el Servicio de Administración Tributaria, con la finalidad de que señale un establecimiento permanente o domicilio fiscal en que vaya a establecer la fuente de sus ingresos por la prestación de los servicios profesionales que pretenda realizar en México.

<sup>105</sup> OCDE, *International Migration Outlook 2006, Annual Report*, 2006 Edition, p. 57

<sup>106</sup> Órgano Técnico desconcentrado, dependiente de la Secretaría de Gobernación, creado por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de octubre de 1993, cuyo objeto establecido tanto en el Considerando del Decreto de su publicación como en el artículo 2º de dicho acto, es: ***“La planeación, ejecución, control, supervisión y evaluación de los servicios migratorios que presta el Gobierno Federal, así como la atención de los asuntos relacionados con dicha materia y el ejercicio de la coordinación con las dependencias de la Administración Pública Federal que por razón de su competencia, concurren en el análisis y planteamiento de soluciones a los problemas derivados del fenómeno de las migraciones...”***

Configurándose un trato discriminatorio respecto de los nacionales mexicanos, quienes no están ni siquiera inscritos en el SAT, como contribuyentes cuyas actividades profesionales sean objeto del cobro de impuestos.

De igual modo el citado **Capítulo XII del TLCAN**, en su artículo 1210 señala que a fin de garantizar que toda medida que una parte adopte o mantenga en relación con los requisitos y procedimientos para el otorgamiento de licencias o certificaciones a los nacionales de otra parte, no constituyan una barrera al comercio, tales medidas deberán:

- Sustentarse en criterio objetivos y transparente, como la capacidad y aptitud para prestar un servicio
- No ser más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad de un servicio y
- No sean una **restricción encubierta** a la prestación transfronteriza de un servicio.

Relacionado a lo anterior, el **Anexo 1210.5 “Servicios Profesionales”**, ahonda en la tramitación de la solicitudes para el otorgamiento de licencias y certificados, así como la elaboración de normas profesionales, su revisión, además de las consultas con organismo profesionales y la liberalización futura de este sector de servicios cuando se trate de consultores jurídicos extranjeros, en cuyo caso de liberalización se informará a la Comisión de Libre Comercio<sup>107</sup> sobre los avances en este rubro Y respecto del otorgamiento de licencias temporales para ingenieros.

4. Tratándose de estudios en el extranjero presentar oficio de revalidación expedido por la S.E.P.
5. Original del oficio de revalidación de estudios profesionales otorgado por la S.E.P.
6. Original de la constancia de liberación de Servicio Social. En caso del Área de Salud la constancia de convalidación será expedida por la Secretaría de Salud en el D. F., previo oficio personalizado otorgado por esta Dirección General.
7. Original del título profesional debidamente legalizado por el Servicio Consular Mexicano o Apostillado del país que lo expidió. En caso de que el título no esté en español, deberá presentar traducción por perito autorizado por el Tribunal Superior de Justicia.

### **C. Lista de Compromisos Específicos en materia de servicios profesionales a nivel OMC**

Según lo dispuesto con la lista de Compromisos Específicos que se aplican según lo dispone el propio documento Acuerdo General sobre Comercio de Servicios GATS/SC/31 de 15 de abril de 1994, por parte de México a los demás miembros de la OMC, en materia de servicios profesionales es la restricción de que la posibilidad de ejercer profesionalmente en México queda condicionada a la obtención del título reconocido o revalidado por la Secretaría de Educación Pública (SEP), así como en la obtención de la cédula profesional. Existen requisitos especiales a ser llenados por los ingenieros, arquitectos y médicos.

---

<sup>107</sup> La cual esta integrada por representantes de cada parte a nivel de Secretaría de Estado o por las personas a quienes éstos designen, para que dicha Comisión supervise la puesta en práctica del Tratado, vigile su desarrollo, resuelva las controversias que pudiesen surgir respecto a su interpretación o aplicación, supervise la labor de los Comités y grupos de Trabajo, establecidos conforme al tratado y conozca de cualquier asunto que pueda afectar el funcionamiento del referido tratado (**Art. 2001 TLCAN**)

## CAPÍTULO SEGUNDO

# REGULACIÓN FISCAL DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES A NIVEL INTERNACIONAL, UNIÓN EUROPEA Y MÉXICO

*“Existe hoy un régimen tributario internacional coherente,  
Inscrito en la red internacional de tratados  
y en las leyes fiscales nacionales”*

**Avi-Yonah Reuven S.**  
International Tax as International Law

SUMARIO: I. *La fiscalidad de la prestación de servicios profesionales.* 1. *La causación del IVA e ISR en la prestación internacional de servicios Profesionales en la Unión Europea y en México de manera física y vía electrónica (e-commerce).* A. *El Impuesto al Valor Agregado.* B. *El Impuesto sobre la Renta.* C. *La prestación de servicios profesionales vía electrónica o e-commerce.* 2. *En la Unión Europea.* A. *Fiscalidad Directa.* a. *Impuesto sobre la Renta.* B. *Fiscalidad Indirecta.* a. *El Impuesto sobre el Valor Añadido (Directiva 2006/112/CE).* 1) *Objeto y ámbito de aplicación.* 2) *Sujeto Pasivo.* 3) *Hecho imponible y lugar de su realización.* 4) *Devengo y exigibilidad del impuesto.* 5) *Base imponible.* 6) *Tipos de IVA.* 7) *Deducciones.* 8) *El régimen especial aplicable a los sujetos pasivos no establecidos que suministren por vía electrónica servicios a personas que no sean sujetos pasivos.* 9) *Reembolso a sujetos pasivos no establecidos en la Comunidad Europea.* b. *Impuesto sobre el Valor Añadido: Reembolso a sujetos pasivos no establecidos en el país (8ª Directiva 79/1072/CE).* c. *Impuesto sobre el Valor Añadido: Reembolso a sujetos pasivos no establecidos en la Comunidad 13ª Directiva 86/560/CEE).* d. *Impuesto sobre el Valor Añadido: Directiva 2008/8/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a la Reforma de la Directiva 2006/112/CE del Consejo correspondiente al lugar de la prestación de servicios en materia del Impuesto al Valor Añadido.* e. *Directiva 2008/9/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa al establecimiento de las reglas detalladas sobre el reembolso del Impuesto al Valor Añadido, previsto en la Directiva 2006/112/CE del Consejo correspondiente a sujetos pasivos no establecidos en el estado miembro retenedor del impuesto, pero con establecimiento en otro estado miembro.* 3. *En México.* A. *Impuesto Directo: Impuesto Sobre la Renta.* a. *Objeto y ámbito de aplicación.* b. *Sujetos pasivos y lugar de causación.* c. *Hecho imponible.* d. *Devengo y exigibilidad.* e. *Obligaciones.* B. *Impuesto Indirecto: Impuesto al Valor Agregado.* a. *Sujetos pasivos, ámbito de aplicación y tasa.* b. *Hecho imponible.* c. *Causación del impuesto.* d. *Obligaciones.* C. *La tributación en la prestación de servicios vía electrónica.* a. *Impuesto sobre la Renta.* b. *Impuesto al Valor Agregado.* II. *La doble tributación internacional en el comercio de servicios profesionales.* 1. *Definición de doble tributación internacional.* 2. *Clases y características.* III. *Tratados internacionales como mecanismos para evitarla.* 1. *Concepto y características de los Tratados para evitar la doble tributación internacional.* A. *En la Unión Europea.* B. *En México*

## I. LA FISCALIDAD DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

En general un Estado ejerce su jurisdicción fiscal<sup>108</sup> basado en criterios de nacionalidad o territorialidad de los sujetos que perciben el ingreso a gravar, pero dicha nación podría reclamar que todo el ingreso generado en ella, por un ciudadano o una empresa se encuentra sujeto a su facultad de imposición contributiva, en virtud de la conexión legal que mantiene con esa nación. No obstante, aunque una persona no sea ciudadano o residente de un país, ese Estado puede ejercer su jurisdicción fiscal territorial sobre el ingreso percibido dentro de su territorio, al efectuarse el pago por el servicio profesional realizado. Dicha facultad la ejerce al exigir el cobro

<sup>108</sup> Derivada de la soberanía tributaria de cada país, que considera la imposición fiscal un atributo esencial de la soberanía, ejercido con una libertad absoluta, extralimitándose al entender que no existe ningún límite de derecho internacional. Cfr., Uckmar Victor, et al, *Curso de Derecho Tributario Internacional*, Bogotá, Temis, 2003, Tomo I, p. 2.

del impuesto<sup>109</sup> correspondiente, pues el estado impone dicha carga a sus ciudadanos y a las actividades de negocios en el comercio internacional dentro de sus fronteras, a fin de recaudar los ingresos que satisfagan las erogaciones del sector público.

Si bien es cierto, la evolución normativa estimulada por la rápida expansión de la globalización en el comercio internacional, ha repercutido medularmente en las normas tributarias de cada nación, debido a las limitantes y obligaciones impuestas por la reglamentación comercial internacional. También lo es que aquellas actividades comerciales, están siendo sujetas de una mayor y homologada tributación por parte de los Estados nación.

En este orden de ideas es válido señalar que tanto la armonización fiscal como la libertad del comercio internacional coinciden en el aseguramiento del libre flujo de los intercambios comerciales. Sin embargo el logro parcial de una armonización fiscal como ha sucedido en el ámbito regional, representado por la Unión Europea, no implica por sí mismo un mayor avance en la liberalización de los flujos comerciales, toda vez que algunos sistemas fiscales resultan proteccionistas, anticompetitivos y desalentadores de esos flujos.

Las reglas de la OMC en materia tributaria están orientadas esencialmente hacia los impuestos indirectos que inciden sobre los intercambios comerciales, en razón de que afectan directamente los precios de los servicios, y en un menor grado hacia los impuestos directos que afectan los ingresos de los productores de los servicios. Pues los dos impuestos característicos que gravan la comercialización tanto nacional como internacional de la prestación de un servicio profesional son de manera indirecta, el impuesto al valor agregado, conocido por sus siglas IVA (en inglés VAT: Value Added Tax) y directamente el Impuesto Sobre la Renta cuyas siglas son ISR (en inglés FIT: Federal Income Tax).

De tal manera que la fiscalidad emerge a escena en el proceso económico comercial que vivimos actualmente, debido entre otras causas, a la transformación de los esquemas sociales, económicos, políticos, culturales y militares a nivel mundial, así como al avance y desarrollo de la tecnología en las comunicaciones y transportes, que originaron el auge en la movilidad de personas y con ello están fomentando el crecimiento de la prestación de los servicios profesionales, poniendo con ello en la mesa de discusión, el rol de la autoridad nacional frente a sus pares internacionales, en el ejercicio de su jurisdicción fiscal sobre los servicios profesionales prestados tanto por sus nacionales, como por los de otros terceros estados.

No obstante lo anterior, habrá que considerar las consecuencias ineludibles del acelerado crecimiento de la prestación de los servicios profesionales en forma de consultoría vía electrónica, a través del uso de Internet<sup>110</sup>, ámbito virtual cuyo boom en los años 90's, ha sido el medio idóneo en el que se esconden tanto los sujetos prestadores de los servicios, como su ubicación. Presentándose como aspectos sobresalientes de este comercio internacional la eliminación de los intermediarios<sup>111</sup> y el establecimiento de direcciones comerciales de Internet en jurisdicciones con beneficios impositivos, prescindiéndose de la veracidad sobre la residencia real de las partes.

Por tal motivo las autoridades fiscales reconociendo que los impuestos como el IVA necesitaban ser adaptados al comercio global mundial sin las fronteras que implica el e-commerce o comercio electrónico, adoptaron un enfoque común para solucionar tales problemas como fue la

---

<sup>109</sup> Entendido como una carga obligatoria impuesta por las autoridades públicas por la cual no se recibe alguna contraprestación directa. *Cfr.*, Lymer Andrew, et al., *The International Taxation System*, London, Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 2.

<sup>110</sup> Cuya libertad natural ha sido una de las razones que impulsa el crecimiento de este tipo de comercio en el ciberespacio, con mayores productos y canales de distribución que se expanden sin incluir a los conceptos de territorio y frontera, sobre los cuales se han regulado los principales aspectos del comercio internacional y se han basado los criterios de imposición fiscal. *Cfr.* Uckmar Víctor, et al, *op. cit.*, Tomo II, nota 108, p. 536.

<sup>111</sup> Tal eliminación provocará la desaparición de agentes de retención que en el sistema actual facilitan el recaudo. *Ídem.*

adopción en 2001 de las pautas de la OCDE sobre la fiscalidad al consumo para las transacciones realizadas vía comercio electrónico, que otorgaban la facultad impositiva a la jurisdicción del consumidor final<sup>112</sup>.

Asimismo, habrá que poner atención al hecho de que el acelerado intercambio de servicios a nivel internacional, en ocasiones ha sujetado los ingresos de los prestadores y consumidores de tales servicios al fenómeno de la doble tributación internacional.

### **1. La causación del IVA e ISR en la prestación internacional de servicios Profesionales en la Unión Europea y en México de manera física y vía electrónica (e-commerce).**

El suministro de servicios ha estado avanzando rápidamente a la par de la migración temporal, la cual ha logrado el objetivo de satisfacción temporal de la falta de mano de obra. Pero en sí, los prestadores de servicios no se han convertido en empleados con establecimiento local en el país anfitrión, sino que continúan teniendo su base fija en su país de origen.

Tomando en consideración que la fuerza laboral desempeñada por todo ser humano a cambio de un ingreso, otorga a favor del país en que realice el trabajo, el derecho o facultad de ejercer su jurisdicción fiscal o impositiva sobre el ingreso obtenido por dicho sujeto en razón de la fiscalidad inherente a su capacidad contributiva. Habrá que partir del hecho tangible que ubica a la "fiscalidad" como un elemento personal inherente a todo sujeto generador de ingresos.

De ahí que los impuestos sobre los servicios prestados en el extranjero sean recaudados la mayoría de las veces mediante la utilización del mecanismo de "cobro revertido"<sup>113</sup>, el cual atribuye al cliente sujeto del impuesto, la carga del pago del impuesto por el suministro recibido del prestador extranjero. Hecho que tiene un impacto de flujo de caja, sobre la aportación del impuesto pagado por los prestadores, al no ser compensado contra el rendimiento sujeto al referido impuesto y cargado al consumidor.

#### **A. El Impuesto al Valor Agregado**

Tal es el caso del impuesto del IVA, cuya característica de neutralidad fomenta el comercio internacional y representa una obligación impuesta al consumo del servicio profesional (prestado/recibido) cuyo pago esta determinado por las reglas aplicables a la jurisdicción del consumidor y por lo tanto todo el ingreso derivado de la prestación del servicio debería ser gravado por la jurisdicción en donde la venta al consumidor final ocurre. Esto con el objetivo de que el IVA mantenga su neutralidad frente al comercio internacional. Aun cuando la implementación de este principio sea a nivel nacional podría ser menor en las transacciones hechas dentro de las federaciones o en las áreas económicamente integradas, pues además de que contrasta con el Principio de Origen, este actuar significaría que en aquellos casos en donde el valor de la cadena cruza varias jurisdicciones, cada jurisdicción podría recaudar el impuesto sobre el valor agregado de conformidad con la tasa o porcentaje que corresponda.

Pero la continua globalización del comercio en servicios y bienes intangibles, ha estado presionando los aspectos internacionales de los sistemas del IVA, cuyas inconsistencias demostradas por la OCDE en julio de 2004, denotaban casos de doble tributación o no gravación involuntaria. Pero la clasificación y nomenclatura dada por la OCDE a los impuestos al consumo en 2 categorías<sup>114</sup>, llevo a la conclusión de que después de 50 años de existencia el

<sup>112</sup> OCDE, Consumption Tax Trends VAT/GST and Excise rates, Trends and Administration Issues, 2006 Edition, p. 17.

<sup>113</sup> Expresado mediante el anglicismo "reverse charge mechanism", *Idem*.

<sup>114</sup> Las cuales son:

1. Los impuestos generales al consumo, cuyo típico ejemplo es el IVA y su equivalente sobre Bienes y Servicios, como lo es el Impuesto sobre Ventas recaudado por las autoridades federales y estatales.

IVA se ha convertido en un impuesto clave en la fuente de ingresos de los gobiernos en más de 130 países a nivel mundial, con características a nivel internacional de:

- Ser un impuesto sobre el consumo, cuyo pago corresponde al último consumidor.
- Ser una carga impuesta y recaudada por transacciones derivadas de la producción y el proceso de distribución de bienes y servicios, con la salvedad que el impuesto a pagar puede ser reducido en ciertas mercancías.
- Que cada prestación de un servicio gravado por este impuesto, forma parte del proceso de control y recaudación del impuesto, remitiendo la parte proporcional del IVA que corresponda sobre el margen de cada transacción o a la diferencia entre el IVA pagado por los prestadores y el IVA cargado al consumidor.

### **B. El Impuesto sobre la Renta**

La prestación de servicios profesionales suele entenderse para efectos de las rentas del trabajo como un trabajo autónomo en razón de que existe la ausencia de la subordinación en la prestación de la actividad y la preeminencia de la actividad del prestador con respecto a la organización de los medios para la prestación, pues además desde el perfil positivo, existe un desenvolvimiento de la referida actividad (servicio profesional) y desde el perfil negativo la inexistencia de una subordinación representada con la ausencia de una organización en forma de empresa<sup>115</sup>.

Lo anterior en razón del principio de imposición universal o renta mundial, el cual implica que frente al sujeto que posea una conexión<sup>116</sup> estable con el territorio de un Estado, el impuesto sobre la renta se aplicará sobre los beneficios que obtenga, independientemente del lugar en que estos se produzcan, inclusive fuera del territorio del Estado de pertenencia. Situación en la que el residente de un Estado que produce rentas en otro, origina la debe tributación internacional, por la que frente a la misma renta y al mismo sujeto se presenta la aplicación simultánea de las normas tributarias de ambos Estados, cuyos ordenamiento jurídicos son diferentes.

Así pues, la renta producida por la prestación del servicio profesional como trabajo autónomo llevado a cabo en el territorio de un Estado por un sujeto no residente del mismo, resulta imponible para las dos jurisdicciones fiscales estatales, al momento en que dicha renta deriva de esa actividad que se ejerció en el territorio del referido Estado como una actividad habitual del prestador, ligado por su nexo personal o económico<sup>117</sup> al otro Estado.

Dentro de la Unión Europea, los servicios en principio son objeto de imposición fiscal de conformidad con el lugar en que el prestador está establecido (regla de origen). Sin embargo esta regla tiene muchas excepciones, como sucede cuando se trata de servicios intangibles agrupados en el modo 4 o “servicios profesionales” (que abarcan servicios de intelectuales, de consultoría, y electrónicos), cuya fiscalización corresponderá al país en el cual el cliente de

2. Los impuestos sobre determinados y específicos bienes y servicios, como los aranceles en aduanas, impuestos sobre seguros y operaciones financieras.

Cfr., OCDE, *Consumption Tax Trends VAT/GST and Excise rates, Trends and Administration Issues*, 2006 Edition, p. 9, t del a.

<sup>115</sup> Cfr. Uckmar Victor, et al, *op. cit.*, nota 108, Tomo I, pp. 479-481.

<sup>116</sup> Conexión expresada por las diversas legislaciones tributarias como residencia, permanencia prolongada o ciudadanía. *Ídem*.

<sup>117</sup> Criterios o nexos utilizados para definir al hecho imponible o hipótesis normativa, que originan las similitudes en los preceptos que contienen la obligación a la que se le somete al contribuyente a pagar una contribución, atendiendo a tales nexos que son:

- El de Nacionalidad (nexo personal)
- El de Residencia (nexo personal)
- El de Fuente de Riqueza o del lugar en que tenga verificativo el hecho generador (nexo económico)

negocios esta ubicado o en el que el cliente se localiza para el caso en que su establecimiento permanente este fuera de la Unión Europea.

En el caso de México<sup>118</sup> existen varias razones atribuibles a la baja movilidad de capacidad recaudadora en materia de comercio de los servicios profesionales, como lo son los tratos especiales y las lagunas jurídicas en su legislación fiscal, además de la evasión fiscal atribuida a la infortunada administración fiscal y la corrupción.

### **C. La prestación de servicios profesionales vía electrónica o e-commerce**

El comercio electrónico o conjunto de transacciones realizadas por la red (Internet) es un fenómeno que viene repercutiendo en las estructuras sociales y jurídicas, que se define como aquella contratación “que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo”<sup>119</sup>, cuyo impacto en el ámbito de la tributación internacional ha urgido a su análisis y estudio.

Este tipo de comercio no sólo tiene algunos inconvenientes fiscales, sino también algunos beneficios como la creación de declaraciones electrónicas, firmas digitales, oficinas virtuales, ciberauditorías. Además juega un importante rol en la prestación de servicios al ofrecerse una venta de servicio<sup>120</sup> a través del asesoramiento on-line a sus clientes, o mediante video conferencias; no obstante, dicho comercio origina en el ámbito del impuesto a la renta problemas de determinación en cuanto al lugar de producción de la renta y la dificultad de establecer el momento en que pudiese existir un lugar fijo de negocios que haga calificar ciertos elementos utilizados en esa transacción mercantil bajo el concepto de establecimiento permanente y en consecuencia sujeto a tributación<sup>121</sup>.

En esta tesitura la Doctrina, ha sostenido 3 principios fundamentales de aplicación para la gravabilidad del comercio electrónico<sup>122</sup>:

1. El de Neutralidad, esto es que la imposición de estas formas de comercio sean similares a las del comercio tradicional.
2. El de Utilización de los principios de tributación existentes internacionalmente.
3. El de Flexibilidad, que permite adaptar los principios existentes a los desarrollos e innovación tecnológicos que esta forma de comercialización origina.

## **2. En la Unión Europea**

Durante la puesta en marcha de la consecución del mercado interior de la Comunidad Europea, se encontraron algunas diferencias entre las relaciones de los distintos sistemas fiscales de sus miembros, la cuales repercutirían en distorsiones y obstáculos para la consolidación de la libre circulación de mercancías, capitales, personas y servicios en ese bloque regional. Problemática que pretendió resolverse mediante algunas alternativas de Cooperación como fue la Teoría de la Integración Fiscal Europea<sup>123</sup>, que ordenó sistemáticamente los tipos de distorsiones que se producían para el establecimiento de los mecanismos de lucha contra los mismos.

<sup>118</sup> OCDE, Challenges to Fiscal adjustment in Latin America, 2006 Edition, p. 19

<sup>119</sup> Cfr., Silva-Ruiz, Pedro, F., “La Contratación Electrónica”, en Quintana Adriano, Elvia Argelia, (Coord), *Panorama Internacional de Derecho Mercantil, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, Tomo I, pp. 151-152.

<sup>120</sup> Término que agrupa las transacciones en la que no se habla de producción o tratamiento logístico de productos físicos, como la prestación de servicios pura o de apoyo a la venta de productos, como sucede en la prestación de los servicios entre profesionales. Cfr., Groeneveld Kees, et al, *La nueva Economía de servicios*, México, Editorial Prentice Hall, 2002, p. 61.

<sup>121</sup> Cfr. Uckmar Victor, et al, *op., cit.*, nota 108, Tomo II, pp.540-541.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 548.

<sup>123</sup> Teoría surgida del Informe Neumark, y cuyas finalidades principales fueron:

No obstante lo anterior, la integración económica plena de la Comunidad tenía que incluir la desaparición total de las fronteras fiscales<sup>124</sup>, hecho que jamás sucedió principalmente por problemas de carácter político, como la reticencia de los Estados a perder parte de su Poder tributario y soberanía fiscal.

De ahí que la ausencia de un ordenamiento fiscal europeo se deba entre otras muchas causas a la falta de regulación dentro del Tratado de la Comunidad Europea de las atribuciones de competencias fiscales a las Instituciones Comunitarias que les permitan la creación de un impuesto propio, así como la definición de la base imponible, su determinación y el aseguramiento de su recaudación.

Por tal razón y debido al interés de la Comunidad Europea de reducir las distorsiones fiscales y financieras existentes entre sus miembros, surgió como solución a la ausencia de la total eliminación de límites fiscales y unificación tributaria, la armonización fiscal.

La armonización fiscal en la Unión Europea debe entenderse como un “proceso de aproximación progresivo e irreversible llevado a cabo por la Comunidad, respecto de los sistemas fiscales de los Estados que la componen, con la finalidad de suprimir cualesquiera distorsiones o discriminaciones de origen fiscal que pudieran producirse entre los mismos y que dificulten en alguna medida el advenimiento de un verdadero mercado Común o Interior”<sup>125</sup>.

Proceso que se materializó en la adopción a nivel comunitario de reglas que tendieran a asegurar el buen funcionamiento del Mercado Común y a las que debieron conformarse las legislaciones nacionales.

La Política de Armonización Fiscal, baso su desarrollo en algunos Principios generales como el de Igualdad de tratamiento, el de libre circulación de mercancías, capitales, servicios<sup>126</sup> y personas, además del de No Discriminación. De ahí que la fiscalidad o tributación comunitaria corresponda a un “sistema de reglas europeas de carácter fiscal que tienen incidencia sobre la estructura y la evolución de las fiscalidades nacionales de los Estados miembros para el cumplimiento de los objetivos de la construcción europea”<sup>127</sup>, en la que la armonización fiscal juega un papel crucial.

Lo anterior es evidente ya que la no-cesión de soberanía fiscal de cada miembro a favor de las Instituciones de la Unión, en el caso de la tributación directa se ha atribuido al hecho de que los impuestos directos representan la mayor fuente impositiva de los Estados, al ser contribuciones en las que se ponen de manifiesto las políticas fiscales de cada gobierno a través de su acción redistributiva.

- 
1. Examinar la estructura fiscal de los Estados Comunitarios y las disparidades que podían existir entre los mismos, interponiéndose en el camino de la consecución del mercado interior sin fronteras fiscales
  2. Examinar los medios y las posibilidades de eliminar o compensar contra dichas disparidades
  3. Exponer el tipo de política financiera que convenía practicar para respetar la competencia entre los Estados.
  4. Examinar hasta que punto podrían eliminarse las fronteras fiscales.

El Informe Neumark o Informe del Comité Fiscal y Financiero, fue la primera propuesta de reorganización de la fiscalidad de los Estados miembros en el ámbito Comunitario en el año de 1962. *Cfr.*, Mata Sierra, María Teresa, *La Armonización Fiscal en la Comunidad Europea*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1996, p. 37.

<sup>124</sup> Para dar paso a la creación de un ordenamiento fiscal europeo que presupondría un conjunto orgánico de impuestos europeos, superpuestos a los impuestos de los Estados miembros derivado del ejercicio de una competencia fiscal plena de la Unión. Pero en la realidad, una fiscalidad o tributación Europa que deriva de semejante ordenamiento no existe.

Dicho ordenamiento debe ser el resultado de diversos cambios como el que se deje a un lado, la votación por unanimidad del Consejo en materia de adopción de normas comunitarias relacionadas con la imposición, se eliminen de raíz las fronteras entre las legislaciones fiscales que impida una mayor pérdida del poder financiero de los Estados a favor de las fuerzas del mercado.

<sup>125</sup> *Cfr.*, Mata Sierra, *op. cit.*, nota 123, p. 69.

<sup>126</sup> Ciertamente los principios de libre circulación de servicios y personas conllevan a los nacionales comunitarios a situar su ahorro, residencia y establecimiento en aquellos Estados miembros en los que se ofrezcan mayores tratamientos favorecedores a sus rendimientos o regímenes fiscales, operando tales principios como límites a situaciones discriminatorias.

<sup>127</sup> Uckmar Victor, et al, *op. cit.*, nota 108, Tomo II, p. 228.

La armonización fiscal la realiza la Unión Europea de conformidad con los artículos 90 al 93 del Tratado de la Comunidad Europea<sup>128</sup>, mediante la utilización de Directivas aplicables a los impuestos directos e indirectos, a fin de hacer viable la realización del mercado interior europeo, sin distorsiones en la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales comunitarios.

Por ello, la armonización en impuestos indirectos es concebida como un instrumento idóneo para descartar las distorsiones en las decisiones de consumo y procurar un sistema más acorde al logro de un comercio intracomunitario mayormente viable y expedito sin obstáculos nacionalistas.

Por todo lo anterior, para el Derecho Tributario Comunitario ha sido fundamental la clasificación de los impuestos en directos e indirectos, a fin de abordar el amplio e incipiente desarrollo que ha presentado la Armonización Fiscal por un lado en la fiscalidad indirecta y por otro en la directa, cuya incidencia en la comercialización de los servicios profesionales es visible de un modo u otro.

### **A. Fiscalidad Directa**

La regulación de los impuestos Directos realizada por el Derecho Comunitario ha sido derivada, pues no ha ofrecido un contexto semejante al de los impuestos indirectos, en virtud de que el único objetivo de procurar la libre circulación de personas, que en nuestro caso de estudio serían análogamente los “prestadores de los servicios profesionales”, sentando además las bases para definir el país que según la fuente de la renta o el domicilio o la nacionalidad de quien la obtiene, tiene la facultad de recaudar el tributo fijado al ingreso derivado de la prestación del servicio profesional realizado, descartándose cualquier indicio de doble tributación internacional. Impidiéndose con ello las prácticas de evasión fiscal.

Es en el informe Neumark, que se estima el establecimiento de un mismo tipo de impuesto sobre la renta, empero dicha realización quedó condicionada a la armonización de los impuestos indirectos. Toda vez que la armonización fiscal directa, se enfrentó a las cargas sociales en cada Estado los niveles de imposición de los diferentes impuestos directos no armonizados.

---

<sup>128</sup> Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

#### **Artículo 90**

Ningún Estado miembro gravará directa o indirectamente los productos de los demás Estados miembros con tributos internos, cualquiera que sea su naturaleza, superiores a los que graven directa o indirectamente los productos nacionales similares.

Asimismo, ningún Estado miembro gravará los productos de los demás Estados miembros con tributos internos que puedan proteger indirectamente otras producciones.

#### **Artículo 91**

Los productos exportados al territorio de uno de los Estados miembros no podrán beneficiarse de ninguna devolución de tributos internos superior al importe de aquellos con que hayan sido gravados directa o indirectamente.

#### **Artículo 92**

En cuanto a los tributos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y los otros impuestos indirectos, no se podrán conceder exoneraciones ni reembolsos a las exportaciones a los demás Estados miembros ni imponer gravámenes compensatorios a las importaciones procedentes de los Estados miembros, a menos que las medidas proyectadas hubieren sido previamente aprobadas por el Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, para un período de tiempo limitado.

#### **Artículo 93**

El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, adoptará las disposiciones referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior en el plazo previsto en el artículo 14.

### **a. Impuesto sobre la Renta**

En relación a este impuesto el Derecho Tributario comunitario no ha ofrecido un contexto semejante al de una armonización fiscal, como sucede en los impuestos indirectos, sino simplemente aspira a una aproximación. Es decir, se ha dirigido a procurar una libre circulación de personas, sentando las bases para definir el país que según la fuente de la renta o el domicilio o quizás la nacionalidad de quien la obtiene, tiene la facultad de recaudar el tributo por dicho ingreso generado, a fin de descartar una doble tributación. Asimismo, esta aproximación impositiva ha tendido a impedir las prácticas intracomunitarias de evasión fiscal, estableciendo políticas y estrategias comunes para lograr lo propio en relación con los Terceros Estados.

En este sentido la Comisión en su Comunicación sobre *“Política Fiscal en la Unión Europea, Prioridades por los años venideros”* del 23 de mayo de 2001, estableció su posición en relación a que los impuestos sobre el ingreso personal como el ISR, debería dejarse en la esfera competencial de los Estados miembros, aun cuando la Unión Europea logrará un mayor nivel de integración. Al mismo tiempo la Comisión reconoció la coordinación a nivel comunitario en todos los casos necesarios para garantizar la aplicación de los tratados de liberalización y eliminación de los obstáculos tributarios en la realización de actividades transfronterizas. De igual modo la Comisión se refirió a la necesidad de coordinar los impuestos sobre la renta para prevenir la doble tributación o evasión fiscal en actividades transfronterizas.

Por su parte el Tribunal de Justicia Europeo reiteradamente ha sostenido que a falta de una armonización de impuestos sobre los ingresos personales (ejemplo de ello el ISR), recae la facultad de su recaudación dentro de la competencia de los Estados miembros, pero estos últimos deben respetar los principios fundamentales del TCE en lo relativo al libre movimiento de trabajadores, servicios y capitales, así como libertad de establecimiento (artículos 39, 43, 49 y 56 del TCE). Lo anterior, a fin de que no exista ningún tipo de discriminación directa o indirecta basada en criterio de nacionalidad ni exista ninguna restricción injustificada para alguna de las cuatro libertades mencionadas.

Pues en términos generales, el TCE señala que cada ciudadano de la unión tiene el derecho de desplazarse y residir libremente dentro del territorio de los miembros Estados (Art. 18 TCE).

Cabe mencionar que los tratados para evitar la doble tributación forman parte integral de las reglas tributarias o fiscales de los Estados miembros, teniendo las reglas sobre ISR incluidas en estos acuerdos la característica de permanecer dentro de las fronteras establecidas por el TCE, como cualquier otro Derecho Nacional.

Finalmente la necesidad de evitar distorsiones al libre movimiento de capitales y de asegurar la efectiva tributación de los pagos de intereses recibidos por los individuos en los Estados miembros, ha conducido además de los Estados de residencia, a adoptar la Directiva sobre la tributación de los ingresos ahorrados en la forma de pagos por intereses. Directiva que posibilita que los pagos de tales intereses sean objeto de una efectiva tributación de acuerdo con las Leyes de cada país en el que se comprueba la residencia del sujeto pasivo (contribuyente).

### **B. Fiscalidad Indirecta**

La armonización fiscal europea se ha ceñido de conformidad con las disposiciones del Derecho Comunitario originario a la regulación de materias relacionadas con los impuestos indirectos, especialmente los que gravan la prestación de los servicios profesionales como lo es el Impuesto al Valor Agregado (IVA) reglamentado a través de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido

**a. El Impuesto sobre el Valor Añadido (Directiva 2006/112/CE)**

Es el Comité Fiscal y Financiero que elaboró el Informe Neumark, el que prepondera a este impuesto como el eje fundamental de la fiscalidad indirecta de la Comunidad Europea, al considerarlo como un instrumento sustitutivo de los sistemas de imposición múltiple sobre las ventas en la mayoría de los países miembros en los años 60's; consideración que fue materializada a través de dos Directivas del IVA del 11 de abril de 1967<sup>129</sup>.

Sin embargo el nacimiento de la pujante armonización de este tributo se realizó con la emisión de dos actos: el primero, la *Decisión de 21 de abril de 1970*, la cual impuso la utilización del IVA para el cálculo de uno de los recursos propios de los que a partir de esa fecha dispone la Comunidad en ese entonces fijado en un máximo del 1%. Y el segundo fue la *Sexta Directiva del IVA de 17 de mayo de 1977 (77/388/CEE)* en vigor hasta el 1º de enero de 1979 y de efectividad plena hasta 1981, acto comunitario que en el aspecto fiscal convierte al IVA en un impuesto más neutro en el contexto de la competencia al asegurar la libre circulación de mercancías y servicios.

A la postre el Libro Blanco de la Comisión Europea "*La Consolidación del Mercado Interior*"<sup>130</sup> de 1985, llegó a la conclusión que el enfrentamiento de problemas respecto a la uniformidad de las bases imponibles, al número de tipos de gravamen, y al nivel de los mismos en el tipo normal, originado por el proceso armonizador del IVA evidenciaba la urgente supresión de las fronteras fiscales, previa armonización del IVA general.

Múltiples han sido las Directivas y Reglamentos emitidos con la finalidad de armonizar este impuesto aplicado al consumo de las actividades comerciales que involucran la producción y la distribución de bienes y la prestación de servicios en la Unión Europea, que han desembocado en la actual codificación de disposiciones relativas al establecimiento del Sistema Común del IVA de la Comunidad Europea (CE) contenidas en la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006.

El ámbito de aplicación del Sistema Común del IVA abarca a los bienes y servicios comprados y vendidos con fines de consumo en la CE. Calculándose el impuesto a pagar, en función del valor añadido a los bienes y servicios en cada etapa de la producción y de la cadena de distribución. De modo tal que se entrará al estudio de la presente Directiva únicamente por lo que hace a la prestación de servicios profesionales.

Así pues, esta Directiva se presenta como la refundición de la Sexta Directiva 77/388/CEE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido y la base imponible uniforme, pues codifica las disposiciones de la Directiva 77/388/CEE a partir del 1 de enero de 2007 sin modificar la legislación en vigor en cuanto al fondo.

Una de su finalidades tomando en cuenta las tecnologías reinantes en el mundo actual, es facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales a los operadores económicos que prestan servicios por vía electrónica y que no están ni establecidos ni obligados a identificarse a efectos del IVA en la Comunidad, mediante el establecimiento de un régimen especial<sup>131</sup> para ellos, a fin de que cualquier operador que preste tales servicios por vía electrónica en la Comunidad a

<sup>129</sup> "*La Primera Directiva del IVA en materia de armonización de legislaciones de los Estados miembros relativas a los Impuestos sobre el Volumen de negocios 67/227/CEE*", abordaba la necesidad de sustituir los impuestos existentes en los Estados miembros, por un impuesto general por el consumo a más tardar el 1 de enero de 1970. "*La Segunda Directiva del IVA en materia de armonización de legislaciones de los Estados miembros relativas a los Impuestos sobre el Volumen de negocios 67/228/CEE*", acometió la armonización de los elementos estructurales de esta figura impositiva, otorgando una amplia facultad discrecional para los miembros al momento de configurar un sistema común del impuesto. Cfr., Mata Sierra, María Teresa, *op. cit.*, nota 123, pp. 201-203.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 206-232.

<sup>131</sup> Capítulo 6 "*Régimen especial aplicable a los sujetos pasivos no establecidos que suministren por vía electrónica servicios a personas que no sean sujetos pasivos*" (artículo 357 al 369)

personas que no sean sujetos pasivos de la comunidad, deban identificarse en un único Estado miembro.

### **1) Objeto y ámbito de aplicación**

Esta Directiva aplicará al comercio de servicios un impuesto general sobre el consumo exactamente proporcional al precio de los servicios, sea cual fuere el número de operaciones que se produzcan en el circuito de producción y distribución precedente a la fase de gravamen. Por tanto la prestación de servicios realizadas a título oneroso en el territorio de un Estado miembro por un **sujeto pasivo** que actúe como tal, estará sujeta al IVA [**Art. 2, 1. c)**]

### **2) Sujeto Pasivo**

El sujeto pasivo de la obligación tributaria debe entenderse a “la persona física o moral, nacional o extranjera que realiza el hecho imponible del tributo”<sup>132</sup>, como en el presente caso lo es el prestador de un servicio en la UE, pues según lo dispone el artículo 9, tendrán esa característica:

- Quienes realicen con carácter independiente y cualquiera que sea el lugar de realización, alguna actividad económica, cualesquiera que sean los fines o los resultados de esa actividad.

Considerando además, como actividad económica la actividad de prestación de servicios en el ejercicio de profesiones liberales o asimiladas. Y licitándola como “independiente”, cuando no este vinculada a su empresario por un contrato de trabajo o por cualquier otra relación jurídicas de subordinación que abarque condiciones laborales y retributivas

Por tanto son deudores del IVA:

- ⇒ Los sujetos pasivos que efectúen una prestación de servicios gravadas, salvo en determinados casos específicos en que sea deudora del impuesto otra persona, en concreto un cliente que utilice el mecanismo de autoliquidación;

Los sujetos pasivos deben declarar el comienzo, la modificación y el cese de su actividad como tales sujetos pasivos y están obligados a llevar registros suficientemente detallados. Además deben asegurarse de que se expida una factura suficientemente detallada correspondiente a las entregas de bienes o las prestaciones de servicios que efectúen para otro sujeto pasivo o para una persona jurídica que no sea sujeto pasivo. Hay otros casos en los que debe expedirse también una factura.

### **3) Hecho Imponible y lugar de su realización**

Es la hipótesis normativa prevista en una disposición jurídica que se actualiza al ubicarse el sujeto pasivo en alguno de los supuestos previstos en dicha hipótesis. Para el caso que nos ocupa, serán consideradas “prestaciones de servicios” [**Art. 24 1.**], todas las operaciones que no constituyan una entrega de bienes:

La regla general para el caso de la prestación de servicios, supone que un servicio se considerará prestado en el lugar donde:

- Esté situada la sede de la actividad económica de quien los preste [**Art. 43**] o
- En el lugar donde quien los presta posea un establecimiento permanente desde el que se suministre la prestación de servicios [**Art. 43**] o
- El lugar de su domicilio o residencia habitual [**Art. 43**]

<sup>132</sup> Arrijo Vizcaino, Adolfo, *Derecho Fiscal*, México, Themis, 1999, p.187.

- Para el caso de prestadores de servicios establecidos fuera de la comunidad o a sujetos pasivos establecidos en la Comunidad, pero fuera del país del prestador, será el lugar en que el destinatario de dichos servicios haya establecido [**Art. 56**]:
  - La sede de su actividad económica o
  - Disponga de un establecimiento permanente al que vaya dirigida la prestación o
  - El lugar de su domicilio o de su residencia habitual.

Siempre y cuando se trate de prestaciones de publicidad, de prestaciones de consejeros, ingenieros, gabinetes de estudios, abogados, expertos contables, tratamiento de datos y suministro de informaciones, obligaciones de no hacer total o parcialmente un actividad profesional, así como las prestaciones de servicios vía electrónica, entre otras.

Así pues, este tributo recae en última instancia en el consumidor final, en forma de porcentaje aplicado al precio final del bien o del servicio. Este precio final es la suma de los valores añadidos en cada etapa de producción y de distribución. El proveedor de bienes o el prestatario de servicios (el sujeto pasivo) ingresa el IVA pagado sobre los bienes o los servicios a la administración fiscal nacional, una vez deducido el IVA que él ha pagado a sus propios proveedores.

En las relaciones con países terceros, a fin de evitar los casos de doble imposición, de no imposición o de distorsiones de la competencia, los Estados miembros pueden considerar:

- Situado fuera de la CE el lugar de determinadas prestaciones de servicios situado en el interior de un Estado miembro, cuando la utilización y la explotación efectivas se realicen fuera de la CE;
- Situado en el interior del Estado miembro el lugar de determinadas prestaciones de servicios situado fuera de la CE, cuando la utilización y la explotación efectivas se realicen en el interior del Estado miembro.

#### **4) Devengo y exigibilidad del impuesto**

El devengo del impuesto [**Art. 62**] es el hecho mediante el cual quedan cumplidas las condiciones legales para hacer exigible el pago del IVA; exigibilidad [**Art. 63**] nace en el momento en que se efectúa la prestación del servicio.

#### **5) Base imponible**

En el caso de la prestación de servicios, la base imponible está constituida por la totalidad de la contraprestación que quien preste el servicio obtenga o vaya a obtener, con cargo a estas operaciones, del adquirente, incluidas las subvenciones directamente vinculadas al precio de estas operaciones. La base incluye también los impuestos, derechos, tasas y exacciones parafiscales (con excepción del propio IVA) y los gastos accesorios exigidos por el proveedor al adquirente, pero no incluye determinadas disminuciones de precio, rebajas y descuentos de precio, ni las sumas recibidas en reembolso de los gastos pagados.

#### **6) Tipos del IVA**

Los tipos impositivos y las condiciones aplicables a los hechos imposables son los vigentes en el Estado miembro en que tenga lugar el devengo del impuesto. El tipo normal de IVA está fijado en un porcentaje de la base imponible que no puede ser inferior al 15 % hasta el 31 de diciembre de 2010.

Los Estados miembros pueden aplicar uno o dos tipos reducidos a un porcentaje que no puede ser inferior al 5 %. Los tipos reducidos se aplican únicamente a las entregas de bienes y a las prestaciones de servicios de las categorías que figuran en el anexo III de la Directiva IVA.

Además, determinados Estados miembros que hayan introducido una solicitud antes del 31 de marzo de 2006, están autorizados por el Consejo para aplicar, hasta el 31 de diciembre de 2010, uno de los tipos reducidos a determinados servicios de gran intensidad de mano de obra prestados localmente a los consumidores finales.

Por último, como excepción a las reglas normales, determinados Estados miembros están autorizados a mantener tipos reducidos, incluidos tipos muy reducidos o tipos nulos, en determinados ámbitos.

### **7) Deducciones**

Si un sujeto pasivo adquiere bienes o servicios, tiene derecho a deducir el importe del IVA en el Estado miembro en el que efectúe sus operaciones, en la medida en que los bienes y los servicios adquiridos se utilicen para las necesidades de su actividad económica profesional.

Cuando el sujeto pasivo ha pagado el IVA en un Estado miembro en el que no está establecido, puede obtener su reembolso mediante un procedimiento especial. El derecho de deducción no se aplica cuando se trata de una actividad económica exenta o cuando el sujeto pasivo se beneficia de un régimen particular (por ejemplo, franquicia para las pequeñas empresas).

En determinados casos, la deducción puede estar limitada o regularizada. Para poder ejercer el derecho a la deducción, hay que cumplir determinadas condiciones, sobre todo la obligación de estar en posesión de una factura.

### **8) El régimen especial aplicable a los sujetos pasivos no establecidos que suministren por vía electrónica servicios a personas que no sean sujetos pasivos**

El antecedente inmediato de éste régimen fue la Directiva 2002/38/CE, del 7 de mayo de 2002, por la que se modificó la anterior Directiva del IVA 77/388/CEE, al incluirse en esta última el Régimen del Impuesto sobre el Valor Añadido, aplicable a los servicios de radiodifusión y televisión y algunos servicios prestados por vía electrónica.

La Directiva 2002/38/CE tenía por objetivo crear las condiciones de competencia equitativas en el ámbito de la fiscalidad indirecta aplicada al comercio electrónico, con la finalidad de modernizar las normas que regular el lugar de prestación de los servicios a efectos del IVA, pues con las normas anteriores, los servicios originarios de la UE prestados por vía electrónica en general quedaban sujetos al IVA, independientemente del lugar de consumo, mientras que no ocurría así con los procedentes de países terceros, pese a ser suministrados en la UE. De ahí que esta Directiva eliminaba el falseamiento de la competencia en el ámbito de los servicios prestados por vía electrónica en la UE, estableciendo nuevas normas armonizadas. Meta que se logró al incluirse en la actual Directiva del IVA 2006/112/CE.

En este nuevo y actual régimen podemos decir que se incluyen los prestadores de servicios profesionales no comunitarios, es decir los pertenecientes a terceros países ajenos a la Unión Europea, a quienes de conformidad con esta Directiva se les considera individualmente **“sujeto pasivo no establecido” [Art. 358 1)] a todo sujeto pasivo que:**

- **No haya situado la sede de su actividad económica en el territorio de la Comunidad**
- **Ni posea en él un establecimiento permanente y**
- **No tenga la obligación de estar identificado a efectos fiscales.**

Ese sujeto pasivo no establecido [Art. 359] debe acogerse a este régimen, así como todo aquél que presta servicios vía electrónica a una persona que no tenga la condición de sujeto pasivo del IVA en uno de los estados miembros, o tenga su domicilio o residencia habitual en dicho Estado.

Dentro de las obligaciones del sujeto pasivo, esta la de declarar [Art. 360] al Estado miembro de identificación<sup>133</sup> en el que haya optado, la iniciación de su actividad como sujeto pasivo, el cese o la modificación vía electrónica, además deberá presentar por la misma vía una declaración del IVA [Art. 364] en euros por cada trimestre, independientemente de que haya suministrado o no servicios electrónicos, la cual presentará dentro de 20 días contados a partir del final del periodo al que se refiere la declaración; el pago del IVA será abonado en el momento de presentación de la declaración a través de una cuenta bancaria en euros. Otra obligación que deberá cumplir es la de mantener un registro<sup>134</sup> de las operaciones realizadas con la precisión suficiente para que la administración tributaria del estado miembro de consumo pueda comprobar si la declaración del IVA es correcta [Art. 369].

### **9) Reembolso a sujetos pasivos no establecidos en la Comunidad Europea**

Reconoce los criterios y disposiciones de las Directivas: 8ª Directiva 79/1072/CE y la 13ª Directiva 86/560/CEE, al establecer las condiciones para obtener la devolución del impuesto del IVA con base en las anteriores Directivas mencionadas.

Lo anterior en virtud de que dispone que la devolución del IVA [Art. 170] será procedente a favor de todo sujeto pasivo, así reconocido por la 8ª Directiva 79/1072/CE y la 13ª Directiva 86/560/CEE, así como la actual Directiva 2006/112/CE no establecido en el territorio de la Comunidad, a través del procedimiento establecido por la 13ª Directiva 86/560/CEE.

### **b. Impuesto sobre el Valor Añadido: Reembolso a sujetos pasivos no establecidos en el país (8ª Directiva 79/1072/CE)**

La presente directiva se aplica a los sujetos pasivos que no estén establecidos en el interior del país pero se hallen establecidos en otro Estado miembro, es decir se aplica a prestadores de servicios profesionales, nacionales de algún Estado miembro, que tiene para efectos de la presente Directiva el carácter de sujeto pasivo, definido como lo dispone la actual Directiva 2006/112/CE (antes Directiva 77/388/CE) en razón de que conforme a su artículo 411 numerales 1 y 2<sup>135</sup>, este instrumento jurídico derogó la Directiva 77/388/CE y por tanto, las referencias a las Directivas derogadas se entenderán como referencias a la presente Directiva, por lo cual el sujeto pasivo es:

- Aquel prestador de un servicio profesional en el ejercicio de una profesión liberal o asimilada de manera independiente.
- Sujeto que entra en el ámbito de aplicación de la directiva siempre que, durante un periodo superior a tres meses e inferior a un año natural o durante un periodo inferior a tres meses cuando éste constituya el saldo de un año natural:

<sup>133</sup> Estado que de conformidad con el artículo 362 de la misma Directiva le proporcionará un número individual y le informará por vía electrónica de tal número, excluyéndolo solamente (Art. 363) cuando le informe que ya no presta servicios electrónicos, que sus actividades gravadas han concluido, que ha dejadazo de cumplir los requisitos para acogerse a dicho régimen especial o ha incumplido sistemáticamente las normas de dicho régimen.

<sup>134</sup> Este registro se mantendrá durante un período de diez años a partir del 31 de diciembre del año en que se hubiera realizado la operación (Art. 369)

<sup>135</sup> **Capítulo 3 “Incorporación al Derecho nacional y entrada en vigor”**

**Artículo 411**

1. Quedan derogadas la Directiva 67/227/CEE y la Directiva 77/388/CEE, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros respecto a los plazos de incorporación al Derecho interno y de aplicación de dichas Directivas que figuran en la parte B del anexo XI.
2. Las referencias a las Directivas derogadas se entenderán como referencias a la presente Directiva y deberán leerse conforme al cuadro de correspondencia que figura en el anexo XII.

- No haya tenido en dicho país:
  - Sede de su actividad económica, ni un establecimiento permanente a partir del cual se hayan llevado a cabo las operaciones;
  - A falta de una sede o establecimiento de este tipo, su domicilio o residencia habitual;
- No haya efectuado ninguna prestación de servicios en ese país, a excepción de prestaciones de servicios de transporte y de servicios accesorios a dichas prestaciones, y prestaciones de servicios en los casos en que el impuesto sea debido únicamente por el destinatario del servicio.

Una vez reunidas estas condiciones, los Estados miembros reembolsarán a los sujetos pasivos en cuestión:

- El IVA que grava servicios que le sean prestados dentro del país por otros sujetos pasivos;
- El IVA que grava la importación al país de bienes que sean necesarios para las prestaciones de servicios gravadas al que recibe dichos servicios.

Debiéndose sujetar la devolución del impuesto se determinará con arreglo a la Directiva 2006/112/CE, debiendo los interesados dirigirse a las autoridades nacionales competentes y presentarles las solicitudes de reembolso. De igual modo los sujetos pasivos que abonen el IVA en un Estado miembro en el que no están establecidos, podrán beneficiarse de la devolución del IVA por parte del Estado miembro en el que se haya liquidado el impuesto.

### ***c. Impuesto sobre el Valor Añadido: Reembolso a sujetos pasivos no establecidos en la Comunidad (13ª Directiva 86/560/CEE)***

La presente directiva se aplica a los sujetos pasivos que no estén establecidos en el territorio Comunitario, es decir se aplica a prestadores de servicios profesionales no comunitarios o nacionales de terceros Estados ajenos a la Unión Europea, que tienen para efectos de la presente Directiva el carácter de sujeto pasivo, definido como lo dispone la actual Directiva 2006/112/CE (antes Directiva 77/388/CE) en razón de que conforme a su artículo 411 numerales 1 y 2 este instrumento jurídico derogó la Directiva 77/388/CE y por tanto, como se indicó con antelación, las referencias a las Directivas derogadas se entenderán como referencias a la presente Directiva.

Así pues, el principal fin de la 13ª Directiva 86/560/CEE del 17 de noviembre de 1986, fue la armonización de la nueva legislación de los Estados miembros, por lo que respecta al reembolso del IVA a personas no residentes en la CE.

***Un contribuyente no establecido en el territorio de la Comunidad*** fue definido como ***aquella persona que no ha tenido una dirección comercial, o un lugar permanente de residencia en un Estado miembro durante un período de tiempo que han de determinar los Estados miembros, y que no ha ofertado ninguna mercancía o servicio en dicho Estado miembro a excepción de servicios de transporte o de aquellos servicios por los que sólo ha de pagar impuestos el que recibe el servicio.***

Por ello, los Estados miembros reembolsarán por lo general cualquier IVA satisfecho por contribuyentes no establecidos en la Comunidad por las mercancías o servicios que les han sido provistos por un contribuyente establecido en el territorio de la Comunidad. Tales reembolsos pueden condicionarse a la reciprocidad de terceros países respecto a acciones análogas (reciprocidad).

Los reembolsos deberán ser solicitados por el contribuyente extranjero. Los Estados miembros determinarán los detalles prácticos para reclamar dichos reembolsos; por ejemplo, límites de tiempo, cantidades mínimas, etc. Podrán también requerir la designación de un representante fiscal. Deberán tomar todas las medidas necesarias para la prevención de fraudes.

Tales reembolsos no deberán realizarse en condiciones más favorables que las que se realizan respecto de los contribuyentes establecidos en la Comunidad.

Las condiciones para poder optar a tales reembolsos se determinarán según las normas nacionales del Estado miembro sobre deducciones del IVA, aunque puedan excluirse algunos gastos o puedan imponerse determinadas condiciones.

**d. *Impuesto sobre el Valor Añadido: Directiva 2008/8/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a la reforma de la Directiva 2006/112/CE del Consejo correspondiente al lugar de la prestación de servicios en materia del Impuesto al Valor Añadido.***

Esta Directiva establece específicamente disposiciones relativas a la prestación de servicios, señalando medularmente que en cuanto a la imposición, al cobro, pago y acumulación del impuesto generado por la prestación de cualquier servicio a partir del 1º de enero de 2010, corresponderá al país en el cual se prestó el servicio (territorio en el que radica el consumidor) cuando se trate de un servicio realizado de empresa a empresa, y no en donde el prestador tiene su establecimiento permanente.

Del mismo modo este instrumento legal comunitario dispone que para el caso de un servicio prestado de una empresa a un consumidor (persona física) se tendrá como lugar para su cobro y pago el del establecimiento permanente del prestador. Exceptuando en éste último caso que a partir del 1º de enero de 2015, de dicho trato la prestación de servicios relacionados a servicios de restaurante, comidas y bebidas, así como la contratación de servicios de transporte, culturales, deportivos, científicos y educativos, además de los servicios de telecomunicación (televisión, radio y banda ancha) y servicios de transmisión de datos vía electrónica a los consumidores, en los cuales la retención, pago y acumulación del IVA corresponderá al país en el que se prestó el servicio, es decir en el territorio en el que radica el consumidor del servicio.

**e. *Directiva 2008/9/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa al establecimiento de las reglas detalladas sobre el reembolso del Impuesto al Valor Añadido, previsto en la Directiva 2006/112/CE del Consejo correspondiente a sujetos pasivos no establecidos en el estado miembro retenedor del impuesto, pero con establecimiento en otro estado miembro.***

La presente Directiva medularmente implanta para el caso del reembolso del IVA a prestadores de servicios no establecidos en algún estado miembro, un nuevo procedimiento totalmente electrónico que asegura una más rápida devolución del impuesto, cuya vigencia empezará a partir del 1º de enero de 2010.

### **3. En México**

De la misma manera en que en nuestra legislación encontramos la definición y regulación comercial de los servicios profesionales dentro de las disposiciones de diversos cuerpos normativos, lo mismo sucede por lo que hace a la regulación fiscal no sólo de los servicios profesionales, sino de su comercialización.

Pues el intercambio comercial de los servicios profesionales desempeñados por nacionales y extranjeros dentro del territorio nacional, les da el carácter de “sujetos pasivos de los tributos”

generados en la realización de dicha actividad, en razón de que son en lo individual “una persona física moral, nacional o extranjera que realiza el hecho generador”<sup>136</sup>, previsto en la hipótesis normativa de un tributo o contribución previsto en Ley. Actividad que por ende al incidir en el ámbito fiscal, puede actualizar las hipótesis normativas previstas en el Código Fiscal de la Federación, su Reglamento, la Ley del Impuesto sobre la Renta y en la Ley del Impuesto al Valor Agregado. Legislaciones cuyo análisis y estudio práctico en torno a la comercialización de servicios profesionales se abordarán en los subsiguientes numerales.

Si bien es cierto, dentro del marco jurídico mexicano y en especial en materia fiscal existen normas clasificadas en sustantivas y adjetivas<sup>137</sup>, dependiendo de lo que pretenden llevar a cabo los sujetos, trátase de personas físicas o jurídicas, a quienes les son aplicables. También lo es que las normas sustantivas fiscales, son aquellas encargadas de regular el fondo de una obligación a cargo de un sujeto pasivo, contenidas en el vasto número de leyes fiscales como la Ley del Impuesto sobre la Renta e Impuesto al Valor Agregado por citar unos ejemplos, en lo relativo al sujeto, el objeto, la base y la tasa o tarifa.

Las normas adjetivas fiscales en cambio, contienen el procedimiento a seguir que garantiza el ejercicio del derecho (potestad) y el cumplimiento de las obligaciones establecidas en las hipótesis normativas aplicables a las partes involucradas en una controversia contencioso-administrativa, entre un particular y la autoridad. Concluyéndose entonces que las normas adjetivas son aquellas reglas que regulan, determinan un acto o serie de operaciones y trámites que deben ser agotados por los gobernados afectados por una resolución o acto emanado de autoridad gubernamental que violenta su esfera jurídica, a fin de lograr la defensa del derecho subjetivo y autónomo presuntamente infringido, propugnando por la efectividad de las normas sustantivas.

No obstante lo anterior, se harán algunas referencias a conceptos y definiciones insertas en el Código Fiscal de la Federación, cuya naturaleza de jurídica sustantivo-adjetiva<sup>138</sup> establece los derechos de la Federación en cuanto a la facultad de recaudar los ingresos generados dentro del territorio nacional, y más aún por la prestación de servicios profesionales, así como los procedimientos tendientes a su cobro y a la impugnación de estos cuando sean ilegales, nos obliga a consultarlo en el estudio a realizar. Aunado a lo anterior resulta procedente hacer mención de la aplicación estricta de las normas tributarias, la cual debe reinar en todo momento, pues como lo dispone el mismo artículo 5º del citado Código Tributario “las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta”, considerándose que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa como sucede con la incidencia de la prestación de servicios profesionales en territorio nacional en los marcos normativos de la Ley del Impuesto Sobre la Renta e Impuesto al Valor Agregado.

## **A. Impuesto Directo: Impuesto Sobre la Renta**

### **a. Objeto y ámbito de aplicación**

La norma sustantiva que es el ISR, hace objeto de la aplicación de sus normas a los ingresos generados por la prestación de un servicio profesional realizado en un establecimiento permanente de una persona física o moral, con carácter de **residente** en el territorio Nacional

<sup>136</sup> Arrijoa Vizcaino, Adolfo, *op. cit.*, nota 132, p.187

<sup>137</sup> Bettinger Barrios, Herbert, *Estudio Práctico sobre los Convenios Impositivos para evitar la Doble Tributación*, 9ª edición, México, Ediciones Fiscales ISEF, 2001, Tomo I, p. 184.

<sup>138</sup> Moreno Sánchez, Gabriel, *La Nulidad Procesal*, México, Oxford University Press, 2000, p.72

de México<sup>139</sup>, y además causados conforme se realizan las situaciones jurídicas o de hecho, previstas en las leyes fiscales vigentes durante el lapso en que ocurran, como lo dispone el Código Fiscal de la Federación. Ya que tales contribuciones se determinarán según las disposiciones vigentes en el momento de su causación<sup>140</sup>.

#### **b. Sujetos pasivos y lugar de causación**

Es decir, el prestador del servicio profesional con carácter de “residente”, será esa persona física obligada al impuesto sobre la renta cuando se trate de:

- **Residente en México:** Respecto de todos sus ingresos cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan
- **Residente en el extranjero con establecimiento permanente:** Que tengan un establecimiento permanente en el país, respecto de los ingresos atribuibles a dicho establecimiento permanente.
- **Residente en el extranjero:** Respecto de los ingresos procedentes de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional, cuando no tengan un establecimiento permanente en el país, o cuando teniéndolo tales ingresos no sean atribuibles a éste.

Ahora bien, el establecimiento permanente aludido se refiere a “cualquier lugar de negocio en el que se desarrollen, parcial o totalmente, actividades empresariales o se presten servicios personales independientes”<sup>141</sup>, siendo ejemplos de ellos: las sucursales, agencias, oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, entre otros.

#### **c. Hecho imponible**

De conformidad con lo dispuesto por el diverso numeral 4º, se considerarán ingresos atribuibles a un establecimiento permanente en el país, los provenientes de...la prestación de un servicio personal independiente.

Del mismo modo el artículo 120 ahonda al señalar que son obligados al pago del impuesto sobre la renta, las personas físicas que perciban ingresos derivados de la prestación de servicios profesionales, definidos estos últimos según la fracción II del artículo 120 como “las remuneraciones que deriven de un servicio personal independiente, no siendo sus ingresos por salarios y en general por la prestación de un servicio personal subordinado.

#### **d. Devengo y exigibilidad**

Según lo dispone el artículo 122 de la Ley de la materia, los ingresos derivados de la realización de una prestación de servicio profesional independiente, se tendrán como efectivamente percibidos, cuando se reciban en efectivo, en bienes o en servicios, aun cuando correspondan a anticipos, o depósitos, sin importar el nombre con el que se les designe.

#### **e. Obligaciones**

Algunas obligaciones del prestador del servicio profesional son:

- Su inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes por las actividades a realizar, ante el Servicio de Administración Tributaria, señalando su domicilio fiscal; esa autoridad fiscal a su vez asignará la clave que corresponda a cada persona inscrita, quien deberá citarla en todo documento que presente ante las autoridades fiscales y jurisdiccionales.

<sup>139</sup> Llamado también México y país, que según lo dispone el artículo 8º del Código Fiscal Federal se entenderá como tal lo que conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos integra el territorio nacional y la zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial en sus artículos 27 y 42.

<sup>140</sup> Artículo 6º CFF

<sup>141</sup> Artículo 2 LISR

Dicha clave se dará a través de la cédula de identificación fiscal o constancia de registro fiscal (Art. 27 CFF).

- Conservar en su domicilio la documentación comprobatoria de haber cumplido con las obligaciones que establece el Código Fiscal de la Federación y su Reglamento (Art. 27 CFF).
- Llevar contabilidad observando las reglas que dispone el diverso 28 del CFF.
- El pago mensual y la declaración anual relativa al citado impuesto, a fin de llevar un control sobre la realización de la prestación del servicio, los ingresos obtenidos y por tanto la obtención de la recaudación correspondiente.
- Es obligatorio que al momento del pago por los servicios profesionales prestados se expida el comprobante fiscal correspondiente, que tratándose de servicios profesionales independientes será un “recibo de honorarios”, el cual deberá cumplir los requisitos señalados en los artículos 29 y 29-A del Código Fiscal de la Federación.

### **B. Impuesto Indirecto: Impuesto al Valor Agregado**

El Impuesto al Valor Agregado nació dentro del ordenamiento jurídico mexicano, a través de la iniciativa que envió el Ejecutivo Federal a la Cámara de Diputados el 19 de noviembre de 1978, con la finalidad de que se sustituyese al impuesto federal sobre ingresos mercantiles.

#### **a. Sujetos pasivos, ámbito de aplicación y tasa**

Son sujetos pasivos obligados al pago del referido impuesto, las personas físicas que realicen un servicio profesional independiente en territorio nacional, en razón de que conforme al artículo 1º fracción II de la Ley del IVA **“prestan servicios independientes”**.

Para los efectos de esta Ley, la prestación de servicios en territorio nacional se entiende “cuando se lleva a cabo de manera total o parcial por un residente en el país”<sup>142</sup>. Remitiéndonos a la definición que hace el artículo 9 fracción I del Código Fiscal de la Federación de **“residente en territorio nacional”**, al considerar como tal tratándose de personas físicas a:

- Las que hayan establecido su casa habitación en México.
- Cuando las personas físicas de que se trate también tengan casa habitación en otro país, serán “residentes en México”, si en territorio nacional se encuentra su centro de intereses vitales.

Centro de intereses vitales: Es el centro ubicado en territorio nacional que se ubique en los supuestos siguientes:

- Cuando más del 50% de los ingresos totales que obtenga la persona física en el año calendario tengan fuente de riqueza en México.
- Cuando en el país tengan el centro principal de sus actividades profesionales.
- Las personas físicas de nacionales mexicana que sean funcionarios del Estado o trabajadores del mismo, aun cuando su centro de intereses vitales este en el extranjero.
- Las personas físicas de nacionalidad mexicana, que salvo prueba en contrario se presume son residente es territorio nacional.

La tasa aplicada será del 15% sobre el precio neto del servicio prestado y del 10% cuando la prestación se lleve a cabo en la región fronteriza, entendida ésta última como “la franja fronteriza de 20 kilómetros paralela a las líneas divisorias internacionales de norte y sur del

<sup>142</sup> Artículo 16 LIVA.

país, todo el territorio de los Estados de Baja California, Baja California Sur y Quintana Roo, los Municipios de Caborca y de Cananea, Sonora, así como la región parcial del Estado de Sonora comprendida en los siguientes límites: al norte, la línea divisoria internacional desde el cauce del Río Colorado hasta el punto situado en esa línea a 10 kilómetros al oeste del Municipio Plutarco Elías Calles; de ese punto, una línea recta hasta llegar a la costa, a un punto situado a 10 kilómetros, al este de Puerto Peñasco; de ahí, siguiendo el cauce de ese Río, hacia el norte hasta encontrar la línea divisoria internacional”<sup>143</sup>.

#### **b. Hecho imponible**

Se considera objeto del impuesto la prestación de servicios independientes, cuya generalidad podemos aplicar al caso particular de los servicios profesionales independientes, ya que en términos del artículo 14 fracción I y último párrafo de la Ley del IVA se entiende por “la prestación de servicios independientes”:

***“la prestación de obligaciones de hacer que realice una persona a favor de otra, cualquiera que sea el acto que le dé origen y el nombre o clasificación que a dicho acto le den otras leyes... con carácter personal y no tenga la naturaleza de actividad empresarial”.***

#### **c. Causación del impuesto**

Según lo señala el artículo 17 de la Ley del IVA en la prestación de servicios nace la obligación de pagar el impuesto en el momento en el que se cobren efectivamente las contraprestaciones en dinero o en especie y será sobre el montó de cada una de ellas,

#### **d. Obligaciones**

Como lo dispone el artículo 32 de la Ley en cita las personas físicas obligadas al pago de este impuesto tendrán además de las obligaciones señaladas en diversos artículos del referido cuerpo normativo, las siguientes:

- Llevar la contabilidad de conformidad con el Código Fiscal de la Federación, su Reglamento y el Reglamento de esa Ley, efectuando la separación de los actos o actividades de las operaciones por las que deba pagarse el impuesto por las distintas tasas de aquellos por los cuales esta Ley libera de pago.
- Dar comprobantes donde se traslade por separado el IVA, que en el caso de estudio son los recibos de honorarios, en lo que deberá consignarse la aplicación de la tasa correspondientes, la retención y el traslado del mismo al consumidor del servicio profesional prestado. Expresando en los comprobantes la leyenda de impuesto retenido.
- La consideración de que el pago se tendrá en una sola exhibición y no como una parcialidad, en razón de que es un servicio personal independiente.
- Expedir constancias de retenciones.
- Proporcionar información en las declaraciones.

Es procedente aclarar que a partir del 1 de julio de 2006 el artículo 31 de la citada Ley del IVA, ha convenido en devolver el IVA únicamente a los extranjeros con calidad migratoria de turistas conforme a la Ley General de Población vigente, cuando retornen al extranjero vía aérea o marítima, siempre y cuando cumplan los requisitos siguientes:

- El comprobante fiscal expedido al extranjero turista, reúna los requisitos de los artículos 29 y 29-A del Código Fiscal de la Federación y los que señale el SAT en la resolución miscelánea fiscal.

<sup>143</sup> Artículo 2 del LIVA, último párrafo.

- Las mercancías adquiridas y amparadas por los comprobantes fiscales expedidos a favor del extranjero turista salgan efectivamente del país.
- El valor de las compras realizadas por establecimiento, amare un monto mínimo en moneda nacional de 1, 200 pesos.

A la devolución procedente se le aplicará la disminución que representa el costo de administración que corresponda a las devoluciones efectuadas.

### **C. La tributación en la prestación de servicios vía electrónica**

El notable y estrepitoso avance tecnológico y con ello la evolución de los usos, herramientas y costumbres en las transacciones internacionales, han originado la eliminación primigenia de fronteras fiscales y comerciales entre tales actividades mercantes, por encima de la eliminación de las fronteras y obstáculos físicos, fiscales, migratorios y comerciales existentes hoy día, en la libre circulación de los bienes, servicios, capitales y personas del nuevo siglo XXI.

Claro es el papel desempeñado por el Internet para este fin, en su naturaleza de “canal mundial de telecomunicaciones informáticas, que esta integrado por muchos canales que a su vez, están interconectados entre sí, lo cual lo convierte en el medio de telecomunicación más veloz en toda la historia de la humanidad”<sup>144</sup>

De ahí que ese intercambio comercial a través del uso del Internet, llamado comercio electrónico, abarque transacciones financieras y económicas, pues se reputa como toda forma de comercio en la cual se utilizan las redes de los ordenadores como medio de comunicación entre los diferentes agentes implicados en ella.

México, inmerso en el fenómeno globalizador diario, no ha sido la excepción en la utilización del comercio electrónico, por ello ha urgido a su normativa a evolucionar, una de las primeras exigencias de regulación del comercio electrónico tuvieron lugar en el Decreto de 29 de abril de 2000, por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor, en cuanto a los aspectos básicos relativos a la contratación electrónica, dispersa en el sistema jurídico mexicano en diversos textos. Sin embargo, no se tocó en momento alguno las posibles problemáticas que enfrentaría el sistema tributario y las administraciones fiscales encargadas de la recaudación de las contribuciones generadas por transacciones electrónicas, como son<sup>145</sup>:

- **La falta de identificación efectiva de los sujetos intervinientes**, pues la dificultad de localización y reconocimiento de los agentes personas físicas en la prestación de un servicio profesional, conlleva al que obtuvo el ingreso por la actividad realizada, el uso de seudónimos creando paraísos fiscales digitales que se unen a los territoriales, que debe enfrentar la autoridad recaudadora al momento de atribuir tales rentas a los operadores.
- **El nulo control efectivo de las transacciones**, en razón de la facilidad que encuentran los sujetos pasivos de los impuestos sobre la renta o valor agregado para la deslocalización del sistema informático, mediante el uso de servidores repetidores de señal, así como la desaparición de intermediarios como retenedores en la producción y distribución de servios. Lo cual se refleja en la fácil deslocalización de los centros

<sup>144</sup> Reyes Kraft, Alfredo Alejandro, *La Firma Electrónica y las Entidades de certificación*, México, Porrúa, 2003, p. 27.

<sup>145</sup> Cfr., Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, “Los Tributos que gravan el Comercio electrónico: el caso de México”, en Ríos Granados, Gabriela (Coord), *La influencia de las nuevas tecnologías en el Derecho Tributario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 73-75.

servidores fuera de la jurisdicción mexicana o la creación de dispositivos que borran cualquier huella de transacción telemática. Hechos que repercuten en una falta de control y posibilidad real de sujeta a tributación dichas operaciones, por parte del Fisco nacional.

- ***El desconocimiento efectivo de la jurisdicción fiscal competente para gravar una operación***, lo cual plantea la revisión a nivel internacional de los conceptos de nacionalidad, fuente de riqueza o residencia fiscal, doctrinariamente utilizados para evitar la doble imposición y evasión fiscal.
- ***La falta de calificación de las rentas y hechos imposables***, pues no es fácil delimitar tajantemente los ingresos gravables de la prestación de servicios vía *on line*.
- ***La falta de certeza jurídica respecto a la determinación de conceptos fiscales aplicables a la variante comercial que representa la prestación de servicios profesionales a través del comercio electrónico***, además del de establecimiento permanente o el valor del mercado de las operaciones vinculadas.

Es visible entonces que el comercio electrónico tomó por sorpresa más aún a la legislación fiscal federal mexicana, pues ésta no ofrecía soluciones normativas a la nueva realidad mercantil y fiscal electrónica. Por tal motivo, México adoptó la posición de mantener los tributos existentes, intentando respetar en la medida de lo posible los principios de neutralidad, flexibilidad, equidad y seguridad jurídica, esto es, que los tributos que gravan las prestaciones de servicios profesionales independientes y personales, llevadas a cabo mediante el comercio electrónico son aquellos que recaen sobre el comercio en general, por lo que el comercio electrónico de este tipo de bienes intangibles, queda sujeto al impuesto sobre la renta y al impuestos al valor agregado.

#### **a. Impuesto sobre la Renta**

La ley de este tributo no contiene entre sus normas la palabra comercio electrónico, sin embargo tal y como lo señala el artículo 1º en su fracción I “el primer criterio de atribución de todos los ingresos obtenidos por las personas físicas que realicen un servicio profesional independiente, es el de residencia”<sup>146</sup>, queda claro que los prestadores de servicios profesionales residentes en México están sometidos al impuesto sobre la renta por toda la renta mundial (renta obtenida en el país como extranjero). Posteriormente la fracción II grava los ingresos de los residentes en el extranjero, cuando tales rentas fueron obtenidas a través de un establecimiento permanente. Y finalmente la fracción III aplica el criterio de Territorialidad para gravar los ingresos de los residentes en el extranjero en el país de la fuente de renta, que en el caso de nuestro país es donde se produciría la renta.

Así pues, son totalmente aplicables tanto para el comercio tradicional como para el comercio electrónico, los supuestos recogidos en nuestra Ley del ISR, por lo que un prestador de servicios profesional independiente: residente en México o residente en el extranjero con establecimiento permanente en México que realice dicha actividad vía electrónica y por ello obtenga un ingreso, renta o rendimientos, quedará sujeto al ámbito y facultad impositiva en materia de ISR de México, debiendo por tanto acumular tales ingresos y pagar el impuesto generado. Pero a la fecha al no existir calificación alguna respecto de las rentas obtenidas en el país, como es el saber el lugar en que se obtiene y quien las obtiene, refleja una inseguridad latente en el avance hacia una recaudación eficaz, transparente y justa del ISR en México.

---

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 83

### **b. Impuesto al Valor Agregado**

No fue necesaria la creación de un nuevo tributo, para gravar las operaciones de comercio electrónico dentro del ordenamiento jurídico mexicano, ya que únicamente se optó por adaptar los impuestos ya existentes como es el caso del impuesto al valor agregado para aplicar sus disposiciones en ese ámbito comercial, dependiendo del tipo de comercio electrónico que sea, esto es *off-line*<sup>147</sup> (*indirecto*) y *online*<sup>148</sup> (*directo*)<sup>149</sup>.

En el comercio *off-line*, se presentan tres supuestos, respecto al IVA:

- La ubicación territorial del adquirente: Caso en el que si el servicio procede del territorio nacional, se tratará como una enajenación en territorio nacional pues el enajenante (prestador) trasladará al adquirente el IVA correspondiente.
- La procedencia u origen del servicio adquirido:
  - Si el servicio proviene del extranjero la operación será una importación de servicios, según el artículo 1º fracción IV de la Ley del IVA, por lo que el importador tributará con el IVA correspondiente al ser el consumidor final.
  - Si el vendedor está en México pero el adquirente del servicio fuera del territorio nacional, el IVA mexicano no es exigible, en razón de que es una exportación de un servicio y por tanto la tasa aplicable es del 0%.
- La condición que el adquirente ostenta a efectos del IVA (profesional –sujeto pasivo del impuesto- o particular –consumidor final-): Como se trata de

En el caso del comercio online, al no haber entrega material de un bien intangible, la operación se califica como prestación de servicios que debe sujetarse a las reglas siguientes:

- Que los servicios prestados y destinados al consumo dentro del territorio nacional, resulten gravados por el IVA, independientemente de su origen o procedencia y
- Que tales servicios, cuando se destinen al consumo fuera del territorio nacional estén sujetos al IVA en su tasa de exportación del 0%.
- En caso de que los servicios prestados los realice un operado extranjero a favor de un comprador mexicano, el lugar de imposición es el territorio nacional mexicano y por tanto los servicios estarán sujetos al IVA mexicano.
- Cuando los servicios sean prestados por un operador situado en el territorio nacional a un comprador extranjero, el lugar de imposición será el país extranjero, no quedando los servicios citados sujetos al IVA mexicano.
- Finalmente cuando un operador situado en México preste tales servicios a un comprador establecido en territorio nacional, el lugar del consumo será mexicano causándose con ello el IVA correspondiente.

<sup>147</sup> Aquél tipo de comercio en que lo único que se efectúa por medios electrónicos es el pedido del cliente, teniendo lugar la entrega del producto a través de los medios terrestres tradicionales.

<sup>148</sup> Es un tipo de comercio en el que la entrega del producto adquiridos por el adquirente (música, imágenes, programas informáticos, libros, etc.), tienen lugar de forma telemática, lo que implica que el bien adquirido es bajado de su soporte material por medio de la digitalización, haciéndose incorpóreo.

<sup>149</sup> *Ibidem*, pp. 84-85.

## II. LA DOBLE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL EN EL COMERCIO DE SERVICIOS PROFESIONALES

Terminada la Primera Guerra Mundial e intensificadas las relaciones económicas entre las naciones debido al desarrollo de las actividades comerciales a nivel internacional, algunos ordenamientos introdujeron el término de tributación amplia mundial, para señalar que los residentes quedaban sujetos al impuesto fijada a una actividad en relación con el rédito producido tanto en el territorio del que eran residentes como en el exterior en el que realizaban sus actividades, dando lugar a fenómenos de doble tributación, la cual habría frenado la concreción de operaciones transnacionales económicamente convenientes<sup>150</sup>. Tales como la prestación de servicios profesionales, en la que el ingreso generado por la prestación del servicio puede colocarse ante un posible acto de doble tributación internacional, cuando la facultad de recibir el pago por ese ingreso es una prerrogativa de dos o más países, en virtud de la libre circulación de personas y la libre prestación de servicios profesionales, entre diversos de donde son nacionales o residentes los flujos migratorios prestadores de dichos servicios.

Por tal motivo fue urgente la necesidad de disciplinar tales relaciones entre los Estados en el ámbito impositivo, a fin de evitar la disminución o estancamiento del desarrollo de las económicas y las distorsiones en las operaciones internacionales, mediante la celebración de Tratados para evitarla.

### 1. Definición de doble tributación internacional.

La doctrina, señala que el término de “Doble Tributación Internacional”, puede recibir diferentes acepciones jurídicas, pero dentro de la vasta gama de ellas, es plausible aclarar que su simple denominación es diferente dentro de la misma Doctrina, ya que para algunos juristas como el español Luis del Arco<sup>151</sup>, debemos referirnos a ella como Doble Imposición Internacional, atendiendo al significado de Imposición, el cual no es más que el poner una carga, un tributo, una obligación o cualquier otra cosa de manera obligatoria.

La acepción legal de “Doble Tributación Internacional”, abarca cualquier ingreso, renta, obligación, carga o tributo que comprende el vocablo de imposición, es por ello que adoptamos la denominación de Doble Tributación Internacional y no el de Imposición.

En esta tesitura al ser la Doble Tributación Internacional un acto de injusticia que somete obligatoriamente al contribuyente (sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria, entre él y el Fisco) a aportar parte de su ingreso en beneficio de la Hacienda Pública (sujeto activo) de más de un Estado (aportación que va más allá de su capacidad contributiva, es decir, se le impone el contribuir a sufragar los gastos del Estado en proporción a su capacidad económica, a sus ingresos) violan el principio doctrinario en materia fiscal y constitucional de proporcionalidad.

Sin embargo, son varias las definiciones jurídicas que se le dan a la Doble Tributación Internacional, dentro de las que destacan las siguientes:

Giuliani Fonrouge la define como “una violación del Principio general que quiere que una misma persona en ocasión de un mismo hecho y de una misma actividad no debe estar sometida más que a una soberanía en materia fiscal, política o jurídica”<sup>152</sup>.

<sup>150</sup> Cfr., Uckmar Victor, et al, *op. cit.*, nota 108, Tomo I, p. 4.

<sup>151</sup> Del Arco Ruete, Luis, *Doble Imposición Internacional y Derecho Tributario Español*, Madrid, Ministerio de Hacienda, 1977, p.25.

<sup>152</sup> Giuliani Fonrouge, Carlos M., *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1984, Tomo I, p.331.

Para Ortiz, Sainz y Tron existe la Doble Tributación Internacional“ cuando a una persona física o moral, se le imponen dos o más gravámenes (impuestos) por otros tantos Estados con motivo de la obtención de un mismo ingreso derivado de un acto o transacción internacional”<sup>153</sup>.

Luis del Arco, toma la definición de Koch, al señalar que la Doble Imposición Internacional nace “cuando varios estados ejercen su poder soberano para someter a la misma persona a impuestos sustancialmente iguales y por razón del mismo objeto”<sup>154</sup>.

A su vez, la OCDE la ha definido “como el resultado de la exigencia de un impuesto similar por dos o varios Estados a un mismo contribuyente y en un mismo periodo de tiempo”<sup>155</sup>.

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, debemos entender a la Doble Tributación Internacional como aquél acto jurídico en el que dos Estados soberanos ejercen su potestad tributaria, al establecer obligatoriamente más de un tributo o gravamen sobre un mismo ingreso obtenido por un contribuyente específico y determinado, dentro del mismo período impositivo en el que es exigible el cumplimiento de dicha obligación fiscal.

## **2. Clases y características**

Las clases o tipos de Doble Tributación Internacional son dos, según consideraciones de Luis del Arco, la primera en sentido amplio que atiende a la económica y la otra en sentido estricto o jurídico.

De manera que la Doble Tributación Internacional Económica en sentido amplio es aquella que atiende al contenido patrimonial de una cierta y determinada transacción, es decir, es cuando un mismo o semejante impuesto es percibido por varios Estados en virtud de un mismo presupuesto de hecho y por un mismo periodo de tiempo sin importar la identidad del sujeto, toda vez que lo trascendente es el contenido económico y patrimonial obtenido.

Por otro lado, la Doble Tributación Internacional Jurídica en sentido estricto, se refiere al efecto impositivo en el patrimonio de los sujetos que intervienen o son obligados al pago, esto significa que atiende al resultado de exigir el pago de un impuesto similar por dos o varios Estados dentro de un mismo periodo de tiempo al mismo y determinado contribuyente.

Asimismo la Doble Tributación Internacional Jurídica posee las siguientes características:

1. Es un acto jurídico que crea obligaciones y derechos para el contribuyente afectado por ella frente a dos Estados.
2. Son dos o más Estados los que al ejercer su potestad tributaria, es decir, el derecho de exigir el pago de un tributo al contribuyente para sufragar los gastos de su sostenimiento, violan los derechos personales del contribuyente afectado y el Principio de Proporcionalidad.
3. Se establece un pago obligatorio por cada Estado, respecto de un mismo tributo, esto es, una misma fuente o actividad económica gravada por dichos Estados.
4. Afecta a un contribuyente específico y determinado para ambos Estados incidentes en la Doble Tributación Internacional.

<sup>153</sup> Ortiz, Sainz y Tron, *Tratados Internacionales en Materia Fiscal (Análisis y Comentarios)*, 2ª edición, México, Editorial Themis, 2000, p.3

<sup>154</sup> Del Arco Ruete, Luis, *op. cit.*, nota 151, p.48

<sup>155</sup> Baker, *Double Taxation Agreements and International Tax Law: A manual on the OECD Model, Double Taxation Convention 1977*, Londres, 1971, p. 27.

5. La exigibilidad del cumplimiento de la obligación a la que somete cada Estado al contribuyente determinado se da dentro del mismo período de tiempo.

### III. TRATADOS INTERNACIONALES COMO MECANISMOS PARA EVITARLA

Los tratados para evitar la Doble Tributación Internacional son el método por excelencia para evitarla y fueron iniciados con el Modelo de la Sociedad de Naciones que sirvió de base para elaborar el modelo actualmente utilizado por la mayoría de los países pertenecientes a la Organización de Cooperación Económica Europea, hoy llamada Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Este modelo se ha ido perfeccionando y adecuando a los sistemas impositivos de los países que los emplean como base en la formulación de sus acuerdos tributarios bilaterales<sup>156</sup>. Además son un documento preparado por un grupo de expertos a fin de ser utilizado genéricamente por los Estados que pretendan celebrar un tratado, el cual una vez modificado por ellos se convierte en un convenio internacional a negociar y ya aprobado se vuelve obligatorio para las partes signatarias del mismo.

Previamente a la exposición del contenido de este tipo de tratados, conviene exponer la clasificación que se le da desde el punto de vista de su contenido, del número de participantes y del tiempo de su vigencia:

- a. **Por su Contenido:** Es un **Tratado Económico – Tributario**, debido a que se origina por causas económicas y tributarias, en cuyas manos está el desarrollo y mejoramiento económico y social de los habitantes de las naciones que lo suscriben, ya que provocan un mayor aumento en los flujos de capital e inversión, así como rentas, utilidades gravadas por la Hacienda Pública de cada uno de los países signatarios del mismo.
- b. **Por el Número de Participantes:** Es **Bilateral**, toda vez que, se pacta entre dos Estados, en la mayoría de los casos.
- c. **Por el Tiempo de su Vigencia:** Es un **Tratado – Ley**, porque su vigencia es indefinida cuando no se estipula su expiración dentro de su propio clausulado, o es revocado por la celebración de otro nuevo que verse sobre los mismos puntos y que señale esta revocación. Así pues, dicha vigencia se tendrá como indefinida, atendiendo a que por su sola entrada en vigor, crea una reglamentación permanente y obligatoria que se inserta en el Derecho Interno de cada una de las partes como legislación Nacional, cuyo cumplimiento habrá que observarse sin objeción alguna.

#### 1. **Concepto y características de los Tratados para evitar la Doble Tributación Internacional**

Para Elisabeth A. Owens los formatos de los tratados cuyo fin es evitar la doble Tributación Internacional refleja la diversidad natural de los sistemas fiscales, los objetivos nacionales y los más flexibles métodos para armonizar estas diversidades<sup>157</sup> (económicamente hablando) a través de los propósitos básicos que persigue un tratado de esta especie y que se resumen en 3 aspectos<sup>158</sup>:

1. Establecer reglas razonables de equidad entre naciones.

<sup>156</sup> Bettinger Barrios, Herbert, *op. cit.*, nota 137, pp. 69-71.

<sup>157</sup> Owens, Elisabeth A., *International Aspects of U.S. Income Taxation (Part Four: U.S. Income Tax Treaties, Part Five: Control of International Tax Evasion)*, Cambridge Massachusetts, International Tax Program, Harvard Law School, 1980, p.38.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 28

2. Mantener un acuerdo económicamente y generalmente positivo sobre la división o limitación en la base del impuesto, que sea totalmente aceptado por las partes sobre principios, reglas y métodos uniformes y una interpretación común.
3. Clasificar, estandarizar y garantizar la situación fiscal de los contribuyentes en cada Estado parte que tienen actividades comerciales, industriales o financieras en el otro Estado parte del tratado.

Coincidimos con Owens al aludir a que los tratados deben armonizar las diversidades de los sistemas fiscales, toda vez que dicha armonización se convierte en el objeto de esta clase de tratados que buscan el establecimiento de los mecanismos y principios tendientes a unificar los criterios de imposición, las bases de los impuestos, los métodos de interpretación de las normas fiscales y finalmente, lograr una interpretación común de estos y de los tratados, todo esto al:

- A) Asignar el pago del impuesto al país fuente de la renta o al de residencia del contribuyente.
- B) Aceptar definiciones comunes en lo relativo a la base del impuesto y a la asignación de la base entre los países que son fuente del impuesto.
- C) Establecer limitantes en las tarifas aplicadas por los países fuente de la riqueza a través de la aplicación de los métodos de no discriminación y principios recíprocos.
- D) Eliminar la Doble Tributación entre los países fuente y de residencia a través de la exención o métodos fiscales.

En ese sentido un Tratado para evitar la Doble Tributación es aquél acto jurídico consistente en un acuerdo internacional de voluntades mutuo y libre, celebrado entre dos o más Estados con plena Soberanía en el ámbito Internacional, cuyo principal propósito es la armonización de las diferentes y diversas disposiciones fiscales internas de cada uno de los Estados signatarios del mismo, a fin de establecer las bases y crear la reglamentación jurídica permanente, obligatoria y uniforme ante dichas partes, sobre la eliminación y prevención de la Doble Tributación Internacional, evitando con ello, el pago indebido del impuesto sobre la renta (impuesto directo que grava los rendimientos, ganancias o utilidades de un contribuyente), idéntico en ambos Estados, a cargo de personas físicas o morales específicas y determinadas dentro del mismo período impositivo, en su carácter de contribuyentes obligados, por la realización de una prestación que genere un ingreso que incremente su haber patrimonial de manera positiva, cuyas operaciones sean objeto de la imposición fiscal por partes de las Haciendas Públicas de los Estados partes de éste instrumento jurídico.

De conformidad con lo anteriormente señalado, las características más importantes de estos tratados son:

- El ser concertados por razones de vecindad geográfica o relación económica que tienen un continuo y creciente intercambio comercial de bienes, servicios y capitales.
- Ser el vehículo que refleja el acuerdo de voluntades de los Estados firmantes.
- Estar estructurado a través de cláusulas, las cuales serán de dos tipos, por un lado las que agrupan y determinan los aspectos generales que deberán observarse a fin de interpretar correctamente el contenido y alcances del tratado, a través del establecimiento de conceptos y reglas aplicables a éste y por el otro, las que contemplan la clasificación de los ingresos que se tutelan mediante estos tratados.
- El que, a través de estos, se determinan los alcances y limitaciones en el ámbito impositivo nacional e internacional que corresponde a cada una de las autoridades fiscales, por los ingresos generados en las circunscripciones territoriales de los Estados contratantes.

- Expresar la manera en que serán los residentes de los Estados participantes, sujetos obligados al pago del tributo determinado por el tratado a favor de uno u otro Estado cuando así se haya determinado el su clausulado.

Su clausulado, una vez aprobado por ambos Estados signatarios del mismo, adquiere legalidad y la característica de ser obligatorio, para las autoridades fiscales involucradas y para los sujetos pasivos ubicados en los supuestos que las respectivas cláusulas establezcan.

### **A. En la Unión Europea**

La regulación de los Tratados para evitar la doble tributación es abordada por el Derecho Comunitario derivado, pues trascienden el ámbito del Derecho Comunitario para pertenecer al Derecho internacional.

Como parte de una estrategia general dirigida a los problemas impositivos a través del movimiento transfronterizo, que están enfrentando las personas y empresas que operan dentro del mercado interior, la Comisión esta actualmente considerando la posible presencia de conflictos entre el TCE y los Tratados bilaterales para evitar la doble tributación que los miembros han pactado entre ellos y con terceros Estados.

Pues los tratados para evitar la doble tributación de los Estados miembros, continua siendo sujeto de revisión por el Tribunal de Justicia Europeo. En particular los problemas resultan de la falta de una actual coordinación en esta área, que triangula situaciones con terceros estados, la cual podría incrementarse, sin la acción comunitaria. Hecho que además repercutiría en el área política y económica para las políticas nacionales de cada Estado miembro.

Por lo tanto la Comisión aspira a manejar gradualmente la coordinación de políticas en materia de Tratados que eventualmente ganen apoyo y fomenten una actitud constructiva de los Estados miembros.

Toda vez que hoy en día está a discusión el rol constitucional del sistema de tratados como sucede en la Unión Europea y el sistema multilateral de los tratados a nivel internacional.

### **B. En México**

En los Tratados comerciales que ha signado nuestro país, se ha establecido que a fin de evitar cualquier distorsión fiscal y violación a los tratados para evitar la doble imposición o tributación previamente convenidos entre nuestro país y otras o las mismas naciones, las disposiciones de los convenios comerciales no afectarán los fiscales, prefiriéndose lo dispuesto por las normas de estos últimos en caso de conflictos normativos.

Siendo procedente aclarar que en el caso del TLCUE, cada estado miembro de la Unión Europea, de manera individual y como ente soberano han celebrado de manera independiente tratados para evitar la doble tributación con nuestro país.

**CAPÍTULO TERCERO**  
**LOS SERVICIOS PROFESIONALES EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿BASE  
 PARA UNA ARMONIZACIÓN, UNIFICACIÓN O SOFT LAW COMERCIAL  
 Y FISCAL DEL SISTEMA LEGAL INTERNACIONAL?**

*“Organizada por normas antinómicas,  
 la sociedad ultramoderna  
 no es unidimensional: se parece a  
 un caos paradójico, a un desorden organizador”*

**Gilles Lipovetsky**  
 Los tiempos hipermodernos

SUMARIO: I. *El soft law, la armonización y la unificación jurídica, frente a los servicios profesionales en la Unión Europea.* 1. *El soft law.* A. *Definición y funciones.* B. *Sus características y clasificación.* a. *Instrumentos Preparatorios e Informativos.* 1) *Libros Verdes.* 2) *Libros Blancos.* 3) *Programas de Acción.* 4) *Comunicaciones inter-institucionales.* 5) *Comunicaciones totalmente informativas.* 6) *Comunicaciones individuales.* b. *Instrumentos de Interpretación y Decisión.* 1) *Instrumentos de Interpretación: Comunicaciones y noticias interpretativas.* c. *Instrumentos de Decisión: Comunicaciones y Noticias de Decisión / Guías, Códigos y Marcos de Decisión.* 1) *Instrumentos de Dirección.* 2) *Recomendaciones.* 3) *Opiniones de la Comisión.* 4) *Resoluciones del Consejo.* 5) *Conclusiones del Consejo.* 6) *Declaraciones del Consejo.* 7) *Códigos de conducta o Códigos de práctica/guía.* C. *Su uso en el comercio de servicios profesionales en la Unión Europea.* D. *Su uso en la política fiscal de la Unión Europea.* 2. *La armonización jurídica.* A. *Definición.* B. *Sus características.* C. *La armonización en el comercio de servicios profesionales en la Unión Europea.* D. *La armonización en la política fiscal de la Unión Europea.* 3. *La unificación jurídica.* A. *Definición.* B. *Sus características e instrumentos.* C. *Su uso en el comercio de servicios profesionales en la Unión Europea.* D. *Su uso en la política fiscal de la Unión Europea.* II. *Lineamientos de una regulación comercial y fiscal del comercio de servicios profesionales, conforme a los objetivos del Milenio emitidos por la Organización de Naciones Unidas.* 1. *Los Principios jurídicos de justicia, igualdad, equidad y proporcionalidad, en la normatividad auspiciada bajo los objetivos del Milenio de la Organización de Naciones Unidas.* A. *Principio de Justicia.* B. *Principio de Igualdad.* C. *Principio de Equidad.* D. *Principio de Proporcionalidad.* III. *Una regulación comercial y fiscal de la prestación de servicios profesionales a nivel internacional justa, igualitaria, equitativa y proporcional: ¿armonización, unificación o soft law?.* 1. *Sus características.* 2. *Directrices en la inclusión de los principios de justicia, igualdad, equidad y proporcionalidad en las normas comerciales y fiscales internacionales relativas a los servicios profesionales.* 3. *Textualismo y Contextualismo en la modificación de normas fiscales, comerciales y migratorias del sistema legal multilateral bajo el amparo de la OMC.*

**I. EL SOFT LAW, LA ARMONIZACIÓN LA UNIFICACIÓN JURÍDICA, FRENTE A LOS  
 SERVICIOS PROFESIONALES EN LA UNIÓN EUROPEA**

Cierto es que los momentos actuales ya no corresponden a la era posmoderna.<sup>159</sup>

<sup>159</sup> Término introducido por Lyotard, a finales de los años setenta para calificar la nueva situación cultural de las sociedades desarrolladas a partir de 1950. La Posmodernidad representó ese momento histórico en el que todas las trabas institucionales que obstaculizaban la emancipación individual se resquebrajaban y desaparecían, en el que además las grandes estructuras socializadoras, perdían su autoridad, y además los proyectos históricos no movilizaban y el campos social era la prolongación de la esfera privada. *Cfr.*, Lipovetsky, Gilles, *Los Tiempos Hipermodernos*, Barcelona, Anagrama, 2004, pp.23-54.

De igual modo esa era Posmoderna destacó porque ya no existía un método estándar para la medición y comparación del conocimiento dentro de los diferentes idiomas y paradigmas, porque el conocimiento se convirtió en la habilidad para realizar acciones efectivas, de ahí la importancia de la epistemología en todas las ciencias, entre otras cosas. Algunas otras características de esta época radicaban en que:

La cual se caracterizó por la desarticulación de los fundamentos del absolutismo de la racionalidad y el hundimiento de las grandes ideologías de la historia, así como por el desarrollo de la tecnología y el uso de medios electrónicos que expusieron a la sociedad a cualquier creencia en un objetivo real. Por el contrario, encuadran en la época hipermoderna, o como lo señala Gilles Lipovetsky en *Tiempos hipermodernos*, los cuales el mismo autor entiende como “la culminación de la modernidad en el liberalismo universal, la explotación de la razón instrumental, la individualización vertiginosa y el exceso en el consumo”. Época en la que destacan las siguientes particularidades:

- El retroceso del estado y la privatización de la religión y la familia.
- La imposición de una sociedad de mercado, desreglamentada y globalizada, que rinde culto a la competencia económica y democrática, además de la técnica y los derechos de los individuos.<sup>160</sup>

Entonces la sociedad internacional actualmente hipermoderna, ha reemplazado el paradigma<sup>161</sup> del derecho nacional<sup>162</sup> correspondiente al binomio Estado-Nación, por el de Derecho global como nuevo paradigma en la Ciencia Jurídica mundial.

Asimismo, es evidente el pluralismo jurídico predominante a nivel mundial, como producto del fenómeno globalizador, cuyo anhelo de legislación y justicia internacional, ha originado la recurrente contradicción entre dos o más ordenamientos legales respecto a un mismo hecho, acto, relación o situación jurídica, afectando con ello derechos y obligaciones de los sujetos gobernados.

Más aún, el apabullante incremento y dinamismo de la actividad comercial transnacional, ha puesto a discusión la implicación de la confianza entre las partes relacionadas en la prestación de servicios profesionales y los efectos tributarios nacionales e internacionales originados por dicha prestación internacional, que por su parte generan la aparición de contracciones normativas entre dos ordenamientos nacionales y quizás uno internacional, todos ellos relacionados directamente.

De ahí que la instrumentación del “soft law”, la “armonización jurídica”, y la “unificación legal”, como herramientas auxiliares en la disminución de contradicciones normativas y discontinuidades jurídicas entre las relaciones externas e internas de todo ordenamiento jurídico nacional, se presente como la ineludible solución al conflicto normativo sucedido cuando las normas del Derecho nacional colisionan con las del Derecho internacional en aspectos comerciales y tributarios, por citar algunos casos.

Sin embargo, la elección del uso masivo o restringido de tales herramientas obedece a las limitaciones que los Estados observan en ellas, respecto de su soberanía y poder político. Pues la preferencia de las naciones por suscribir textos jurídicos cuyo objeto sea la Unificación legal

- 
- El lenguaje y el conocimiento no copiaban ya la realidad, pues el lenguaje constituyó la realidad y cada idioma construyó aspectos específicos de la realidad en su propia manera. Pues cada lenguaje era rama de una cultura específica (dialectos e idiomas oficiales-nacionales).
  - Había una expansión de la racionalidad, que iba hacia el dominio cognitivo y científico para incluir los dominios éticos y estéticos de la vida en la razón, la cual junto con la ciencia se entrelazaron con las visiones de la Utopía en donde todos los problemas humanos serían resueltos a la larga, por los métodos de la ciencia y la tecnología.

Cfr., Truett Anderson, Walter, *The Truth about the Truth: De-confusing and Re-constructing the Postmodern World*, A New Consciousness Reader, New York, Penguin Putnam Inc., 1995, pp. 18-30.

<sup>160</sup> Lipovetsky, Gilles, *op. cit.*, nota 159, pp. 55-57.

<sup>161</sup> Definido por Kuhn como una matriz disciplinar, puede entenderse como “aquello constituido por los supuesto teóricos generales, las leyes y las técnicas para su aplicación que adoptan los miembros de una determinada comunidad científica, la cual ayudada por la ciencia normal, articulará y desarrollará el paradigma en su intento por explicar y acomodar el comportamiento de algunos aspectos importantes del mundo real”. Cfr., Chalmers, Alan F., *¿Qué es esa cosa llamada Ciencia? Una valoración de la naturaleza y el estatuto de la Ciencia y sus Métodos*, 25ª edición, México, Siglo XXI Editores, 2006, p. 128.

<sup>162</sup> Derecho propio de cada pueblo, originado de actos simbólicos que exteriorizaban los sentimientos de la colectividad, cuya evolución, perfeccionamiento y estancamiento dependía paralelamente del pueblo al que normaba.

en el ámbito conflictual internacional que prevean los procedimientos y foros, deriva de que únicamente se necesita el consenso y aprobación de los Estados de tales textos unificadores.

Caso contrario al anterior es la escasa utilización de instrumentos jurídicos que armonicen el Derecho material internacional, en razón de que la armonización, como sucede en el ámbito legal de la Unión Europea, implica renunciaciones y modificaciones sustanciales a los Derechos Nacionales de los Estados que participan en dicha armonización.

Por otro lado el llamado "Soft Law", denominado en español como "derecho blando", "derecho flexible" o "pre-derecho", ha ido ganando terreno en el ámbito jurídico, principalmente en el Derecho Internacional desde su introducción por Lord McNair.<sup>163</sup>

En un inicio el objetivo del "Soft Law" era la descripción de enunciados formulados como principios abstractos que posteriormente se volvían operativos a través de su aplicación judicial. Actualmente los instrumentos que lo constituyen "reflejan la tendencia actual de la comunidad internacional en pro de una interrelación, interdependencia y globalización..., con el propósito de promover acciones en materias de interés general y novedosas entre la comunidad internacional, en los que se dificulta llegar a un acuerdo obligatorio entre los Estados (hard law)".<sup>164</sup>

La eficacia del soft law descansa en la buena fe de quien cumple tales disposiciones. Por ello, se perfila como base de futuros tratados viables, con efectos jurídicos según el grado de compromiso, precisión de las cláusulas y la delegación de facultades a organismos internacionales para su supervisión.

### 1. El Soft Law

En sus orígenes el soft law, fue un concepto del Derecho convencional que ha ido acrecentando su relevancia en la gobernanza multilateral mundial como sucedió en la reciente aparición de un nuevo e importante sistema normativo no obligatorio en la Unión Europea, a través del Método de Coordinación Abierto (OMC por sus siglas en inglés Open Method of Co-ordination),<sup>165</sup> que provee sanciones no formales para los estados miembros, sin seguir directrices y que ha sido denominado como un tipo o clase de *soft law*, concebido en la Estrategia Europea de Empleo,<sup>166</sup> cuya aplicación fue el despegue para que se utilizara en otras áreas como la inclusión social y de pensiones.

La utilización de esta nueva clase de sistema normativo, parte del método clásico comunitario en la aprobación de las propuestas de Directivas, las cuales inicialmente eran formuladas por los tecnócratas en la Comisión Europea y aprobadas por el Consejo Europeo con una participación del Parlamento Europeo. Pues hoy en día algunas Directivas han sido concebidas mediante una vía neo-corporativa denominada "Dialogo Social", en la que se permite la participación de organizaciones representantes de las fuerzas laborales y empresariales a nivel comunitario en la preparación de tales Directivas para su aprobación en el Consejo.

Ahora bien, una vez incorporadas las reglas uniformes previstas en las Directivas dentro de la legislación nacional de cada Estado, creando aunque sea en teoría un área de derecho

<sup>163</sup> Cfr., Del Toro Huerta, Mauricio Iván, "El fenómeno del Soft Law y las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2006, vol. 6., pp. 518-520.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 538.

<sup>165</sup> También denominado "gobierno suave". Cfr., Trubek David M, et al., "Hard and Soft Law in the Constructor of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination", *European Law Journal*, Oxford, vol. 11, núm.3, Mayo de 2005, p.343.

<sup>166</sup> Estrategia concebida en 1990 cuando la preocupación sobre el desempleo era grande y la Unión Europea se preparaba para el lanzamiento de su moneda Única, el Euro, por lo cual se decidió en el seno de sus Instituciones europeizar la política de empleo que con anterioridad había sido una política de exclusiva competencia nacional. *Ibidem* p. 348

relativamente armonizada dentro de la Unión Europea surgen algunos problemas. Tal problemática es atribuible a la incidencia de las normas armonizantes en áreas de exclusiva competencia para cada nación y a la creación de nuevas normas en áreas desconocidas y de difícil solución para los expertos. De ahí que para solucionar esos obstáculos, la Unión Europea, considerando el engorroso y dilatado procedimiento de aprobación de las Directivas y aún más el de corrección, buscó establecer metas comunes y no insistir en medidas uniformes, para ser cumplidas por cada estado miembro y así asegurar una fácil y rápida revisión de las normas y objetivos trabados,<sup>167</sup> mediante la utilización del Método de Coordinación Abierto, caracterizado principalmente por:

- “Definiciones conjuntas entre los estados miembros de los objetivos iniciales (generales y específicos), indicadores y en algunos casos directrices o pautas a seguir.
- Reportes nacionales o planes de acción que calificaban el desempeño a la luz de los objetivos y tiempos, proponiendo reformas acordes.
- Revisión meticulosa de estos planes, incluyendo críticas mutuas e intercambio de buenas prácticas, seguida de recomendaciones en algunos casos.
- Reelaboración de planes individuales y por lo menos en cortos periodos de tiempo, ampliando los objetivos y metas a la luz de la experiencia ganada en su propia implementación”.<sup>168</sup>

Pero la calificación de *soft law* en la Unión Europea, no sólo se atribuye a Estrategias Europeas, sino también a instrumentos comunitarios denominados: recomendaciones, noticias, resoluciones, conclusiones, pautas o directrices, declaraciones, programas, códigos de prácticas, a los cuales no se les atribuye la característica de obligatoriedad ni efectos legales, pero si el establecimiento de objetivos en las políticas sobre áreas diversas del Derecho Comunitario.

La adopción y aplicación de tales instrumentos en el plano europeo, ha sido considerada por su contribución al suministro de directrices en la aplicación eficaz del TCE, al ser auxiliar en la eliminación de los obstáculos al mercado interno, además de señalar los problemas legales potenciales y las posibles soluciones para así evitar conflictos normativos o controversias judiciales y ser una vía que fomente el desarrollo de nuevas y futuras reglas fiscales.

### **A. Definición y Funciones**

A pesar de que el término *soft law* fue desarrollado en el contexto de la doctrina legal internacional, fue descubierto por el Derecho Comunitario a principios de la década de los 80's, comenzando su utilización en la gobernanza jurídica europeísta como un instrumento con particular significado y status legal.

Si bien es cierto, el vocablo *soft law* es un concepto amplio, definirlo resulta una tarea difícil ya que las propuestas por algunos autores son vagas o muy elaboradas y complejas. Sin embargo Linda Senden<sup>169</sup> señala que una efectiva definición del *soft law* debe contener 3 elementos:

1. Referirse a reglas de conducta u obligaciones.
2. La existencia de un acuerdo sobre el hecho de que tales reglas serán establecidas en instrumentos que no tienen obligatoriedad ni efectos de fuerza jurídica (coercibilidad).
3. Que dicha reglas tengan como objetivo algunos efectos prácticos o influencias en la conducta; efectos que dependerán de otros factores.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 347.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 348.

<sup>169</sup> Senden, Linda, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 112.

Elementos que conducen a Senden<sup>170</sup> a definir al *soft law* como:

Reglas de conducta que son establecidas en instrumentos que no han sido dotados de fuerza legalmente obligatoria como tal, pero que sin embargo podrían tener efectos de certeza legal indirecta, y estar dirigidos a producir efectos prácticos.

Las reglas de conducta del *soft law*, cumplen 3 funciones principales<sup>171</sup> a saber:

1. ***Función de pre-legal:*** la cual puede ser entendida en dos diversas formas:
  - a. Puede ser considerada para referirse al hecho de que un instrumento particular es adoptado con vista a la elaboración y preparación de futura legislación y Política Comunitaria.
  - b. Puede entenderse en el sentido de que los actos de *soft law* preparen el camino a la adopción de legislación en un futuro, al facilitar la subsecuente adopción de legislación al proporcionar o incrementar las bases sobre las cuales se cimentaran las normas de tales ordenamientos legales.
2. ***Función pos-legal:*** aplicada a los instrumentos que son adoptados subsecuentemente para existir en el Derecho Comunitario con miras a ser suplementos y soporte del Derecho originario y derivado de la Unión Europea.
3. ***Función para-legal:*** Referida a su uso como una alternativa a la Legislación, pues en ocasiones el *Soft law* esta dirigido solo para servir como un alternativa temporal o en ocasiones permanente a la legislación y en algún momento ser reemplazada por la legislación de la que puede ser su conducto previo.

## **B. Sus características y clasificación**

El *soft law* se caracteriza según David Trubek<sup>172</sup> por implicar en su implementación:

- b) ***Menores costos de contratación:*** En virtud de que la creación de casi cualquier acuerdo abarca costos de negociación o contratación y aprendizaje; y por tanto las normas no obligatorias del *soft law* disminuyen las confrontaciones de las partes envueltas en la negociación.
- c) ***Bajos costos de soberanía:*** Los acuerdos legalmente obligatorios implican costos a los estados miembros como diferencias en consecuencias sobre asuntos particulares, la pérdida de autoridad en la toma de decisiones en un asunto del área que les compete y la disminución de su soberanía, por lo que el *soft law* les permite promover la cooperación en la resolución de los asuntos en conflicto, preservando su soberanía.
- d) ***Enfrentamiento y solución a la Diversidad:*** Pues el *soft law* permite a los estados, adoptar sus responsabilidades según sus situaciones particulares, tratando de adecuar las circunstancias divergentes nacionales dentro de un único texto, con la utilización de un lenguaje suave como "medidas apropiadas" o "mejores esfuerzos". Rompiendo así un punto muerto en negociaciones, en las que las disparidades en riqueza, poder e intereses hacen imposibles la culminación de acuerdos obligatorios.
- e) ***Flexibilidad:*** La ausencia de rigidez en los instrumentos del *soft law* permite la renegociación o modificación de los acuerdos en casos de circunstancias de modo y

<sup>170</sup> *Idem*

<sup>171</sup> *Ibidem*, pp. 119-120.

<sup>172</sup> David Trubek, jurista estadounidense e iniciador del movimiento de los Critical Legal Studies, *Cfr.*, Pérez Lledó, Juan A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Editorial Tecnos, 1996, pp. 25-ss.

tiempo, ya que se toman en cuenta sistemas legales diversos, mejorándose así la incertidumbre, ya que la flexibilidad es una atribución característica del fenómeno globalizador y el avance tecnológico.

- f) *Simplicidad y velocidad*: El uso del soft law obedece en ocasiones al deseo de evitar promesas formales y visibles de los Estados como la ratificación y demás procedimientos nacionales dilatorios y torpes para la reforma de las normas obligatorias como los Tratados.
- g) *Participación*: El soft law permite la participación e integración de todas las partes interesadas en el proceso de elaboración transnacional del Derecho, permitiéndose con dicha apertura una participación más activa de actores que no son estados como organizaciones no gubernamentales, sindicatos, fundaciones y asociaciones civiles, etc. Fomentándose así la transparencia y mejoramiento de la agenda establecida, así como la difusión del conocimiento.
- h) *Gradualismo Legal*<sup>173</sup>: Las normas de soft law pueden representar el primer paso hacia el camino de acuerdos legalmente obligatorios y con efectos jurídicos o Legislación.

La heterogeneidad del soft law comunitario, obliga a clasificar a sus instrumentos con base en su función y objetivos. Por lo cual se les cataloga en 3 clases:<sup>174</sup> Instrumentos Preparatorios e Informativos, Instrumentos de Interpretación y Decisión, y finalmente los Instrumentos de Dirección.

#### **a. Instrumentos Preparatorios e Informativos**

Los *Libros Verdes*, *Libros Blancos*, *Programas de Acción*, son ejemplos de los **instrumentos preparatorios**. Mientras que los **instrumentos informativos** son referidos a las *Comunicaciones inter-institucionales*, *Comunicaciones totalmente informativas* y *Comunicaciones individuales*. Ahora bien, todos estos instrumentos son adoptados con vistas a la preparación de un futuro Derecho Comunitario y una Política Europea o bien, para proporcionar información sobre la Acción comunitaria, pues algunos de ellos han sido utilizados como alternativas a la Legislación.

##### **1) Libros Verdes**

Son utilizados únicamente por la Comisión como documentos de reflexión y discusión desde la década de los 80's, con una función *pre-legal*. Su uso fue tomado del sistema legal británico, en donde funciona como un documento sobre política gubernamental, que es llevado a su discusión al Parlamento inglés. Asimismo, cabe señalar que reciben su nombre en razón de que originalmente eran empastados en color *verde*.

Estos textos normativos, comienzan con un resumen general que presenta la situación y el marco jurídico en el área particular a tratar,<sup>175</sup> seguidamente identifica los problemas y esfuerzos realizados, finalizando con un análisis de futuras acciones, opciones o sugerencias que formalicen una acción. Tales instrumentos son publicados como documentos COM (Comunicaciones de la Comisión).<sup>176</sup>

<sup>173</sup> Trubek, David M., et al., "Soft Law, Hard Law and EU Integration", en De Búrca, Gráine et al., *New Governance and Constitutionalism in Europe and the US*, Oxford, Hart Publishing, 2005, pp. 73-74.

<sup>174</sup> Senden, Linda, *op. cit.*, nota 169, pp. 118-119.

<sup>175</sup> Áreas sociales y económicas relacionadas con el mercado interior y el derecho de la competencia, entre otras.

<sup>176</sup> Senden, Linda, *op. cit.*, nota 169, pp. 124-126.

## **2) Libros Blancos**

Son instrumentos de función *pre-legal*, creados por la Comisión y menormente adoptados en comparación con los Libros Verdes. Cabe mencionar que el más famoso de los Libros Blancos fue el adoptado en 1985 relativo a la “Complementación del Mercado Interior”. Su origen es el mismo que el de los Libros Verdes, sin embargo este tipo de instrumentos establecen propuestas generales sobre un asunto, por lo que al ser el medio a través del cual se presenta una política detallada y debatida para su discusión, se dirige a establecer las principales directrices y acciones estratégicas para el futuro, materializadas en propuestas de Acción.

Por lo que se refiere a su contenido van un paso adelante que los Libros Verdes, ya que contienen propuestas concretas dirigidas primeramente a los estados miembros e instituciones comunitarias. Sin embargo, no indican bases legales sobre las cuales tengan que adoptarse. También son publicados como documentos COM.<sup>177</sup>

## **3) Programas de Acción**

También llamados Programas Generales o Planes de Acción, se establecen y adoptan al menos por la Comisión y en ocasiones por el Consejo en una etapa posterior. Comienzan a adoptarse en los 80's, haciéndose su implementación una práctica comunitaria. Su objetivo va más allá de los Libros, pues son más concretos en el establecimiento de la agenda en una cierta área al señalar la acción legislativa concreta.

Son adoptados con miras a ser las bases para el desarrollo de futuras leyes y políticas comunitarias, cumpliendo así una función de *pre-derecho*. Su vigencia oscila entre 1 y 4 años, pero la mayoría de veces son renovados. Habrá que señalar que estos instrumentos son los más concretos al contener propuestas de legislación u otras acciones para su desarrollo dentro de un espacio de tiempo. Se publica como documento COM, cuando es un acto exclusivo de la Comisión, pero cuando es propuesto por el Consejo o conjuntamente entre éste y el Parlamento Europeo se publica en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) como documento de la serie C. Pero si es adoptado en la forma de una decisión o regulación se publica en la serie L.

## **4) Comunicaciones inter-institucionales**

Son herramientas de función *pre-legal*, Utilizadas por la Comisión en la estimulación del diálogo inter-institucional, con miras a un mayor desarrollo de la política y Derecho Comunitario. En estos documentos la Comisión expresa sus puntos de vista o posición respecto a cierto problema o asunto, indicando las acciones que podrían ser tomadas, a fin de formular sus conclusiones y propuestas, dirigidas a las otras instituciones de la Comunidad Europea. Son además publicadas como documentos COM y dadas a conocer en el DOCE en las series C.<sup>178</sup>

## **5) Comunicaciones totalmente informativas**

Estos medios son adoptados por la Comisión aunque no tan frecuentemente como las comunicaciones inter-institucionales, a manera de informe que sea tomado en cuenta como una acción dirigida para informar al público en general de la política comunitaria que trate y de lo que esta sucediendo a nivel Comunitario. La información que contienen tales comunicaciones, puede referirse al estado en que se encuentran los países miembros, o a la acción que la Comunidad propone o toma en ciertas áreas. Ejemplos de ellas fue la relativa al impacto de la introducción de euro en los mercados de capital, así como del uso del símbolo del Euro (€). Cabe decir que son muy similares al anterior tipo de comunicaciones, aunque lo que las distingue son sus objetivos y directrices.<sup>179</sup>

<sup>177</sup> *Ibidem*, pp. 126-128.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 134.

<sup>179</sup> *Ibidem* pp.135-136.

## **6) Comunicaciones individuales**

Son las utilizadas en las propuestas de aplicación del Derecho Comunitario en un caso concreto, pues informan a aquellos interesados el resultado de la aplicación de una norma comunitaria, como en los casos de la entrada en vigor de un tratado internacional, y la extinción de una medida antidumping. Sin embargo, dichos instrumentos pueden tener el diseño de actos externos con funciones preparatorias, adoptados y presentados con vistas a una decisión obligatoria en un caso particular. Por tanto, su ámbito de aplicación es muy limitado, ya que abarca áreas en las cuales la Comisión tiene competencia de hacer obligatorio el Derecho Comunitario en cuanto a su aplicación a un caso concreto. Finalmente por lo que corresponde a su ámbito de aplicación personal, de manera general únicamente invita a las partes interesadas a someterse a sus comentarios en la acción propuesta. Siendo publicadas en el Diario Oficial dentro de la serie C.<sup>180</sup>

### **b. Instrumentos de Interpretación y Decisión**

En términos generales, estos instrumentos están dirigidos a proporcionar las directrices y modelos en la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario existente. De este modo los *instrumentos de interpretación* se presentan como reglas a adoptar, para reestablecer o resumir la interpretación que debe ser seguida por las disposiciones del Derecho europeo, materializadas en *comunicaciones y noticias interpretativas*. Por su parte los *instrumentos de decisión* indican la manera en que una Institución Comunitaria aplicará las normas del Derecho Europeo en casos individuales cuando tiene poderes de implementación y discrecionalidad. Ejemplos de ellas son las *Comunicaciones y noticias de Decisión, además de ciertas directrices o modelos, códigos y trabajos marco*.<sup>181</sup>

#### **1) Instrumentos de Interpretación: Comunicaciones y noticias interpretativas**

Establecidos en la práctica jurídica europea a principios de la década de 1980 en la comunicación sobre la adopción en el caso Dijon, se institucionalizaron en el libro Blanco sobre el Mercado Interior de 1985 al ser introducido el término “comunicación interpretativa”. Estas herramientas que se han venido adoptando en casi todas las áreas cubiertas por el Derecho europeo, explican las disposiciones a aplicar con respecto a cierta área o sector, incluyendo las interpretaciones hechas por el Tribunal Europeo a las disposiciones del TCE y legislación secundaria, sin perjuicio de la futura interpretación que haga el referido Tribunal a las normas del Derecho Comunitario. Brindando así una función *pos-legal*, así como una mayor transparencia y claridad al marco legal aplicado a cierta área o a los derechos y obligaciones de que se traten, mejorando así el uso y aplicación de las normas europeas que redunden en su mejor eficacia. Tales instrumentos son publicados en el Diario Oficial en la serie C.<sup>182</sup>

### **c. Instrumentos de Decisión: Comunicaciones y Noticias de Decisión / Guías, Códigos y Marcos de Decisión**

El término de “comunicación o noticia de decisión”, no es usado como tal por la Comisión. Sin embargo ha sido introducido en la doctrina legal al referirse a normas que van más allá que las comunicaciones interpretativas, toda vez que se encargan de la manera o modo en el cual se implementan los poderes para ser ejercidos de manera discrecional. Brindan los estándares en la manera de actuar no sólo de la Comisión, sino también de los estados miembros, operadores económicos, jueces nacionales y autoridades. Estos instrumentos se publican en el Diario Oficial en la serie C. Aunque algunos de sus proyectos son publicados como documentos COM,

<sup>180</sup> *Ibidem* pp.137-138.

<sup>181</sup> *Ibidem* p.140.

<sup>182</sup> *Ibidem*, pp. 143-147.

recientemente han sido publicados en el Internet a fin de que una mayor audiencia les haga comentarios, sugerencias y aportaciones.<sup>183</sup>

Ahora bien las Guías de Decisión son disposiciones que hacen explícita la política de la Comisión en áreas en las que se le confirió el poder de decidir casos individuales, se publican en la serie C del DOCE y son notificados a los estados miembros cuando no se publican, en su carácter de partes directamente relacionadas. Junto a estos instrumentos los Códigos de Conducta o Códigos de práctica, se caracterizan por ser instrumentos de dirección no formales, pues aparecen en el área de ayuda a los Estados, también son notificados a los estados miembros pero a través de una carta. Por lo que toca a los Marcos de Decisión, estos también se emiten cuando se trata de la ayuda a los Estados.<sup>184</sup>

### 1) Instrumentos de Dirección

Si bien es cierto, el término de “instrumentos de dirección”, no se encuentra establecido en el Derecho Comunitario, su uso denota un significado literal o general que abarca tanto *instrumentos legales* relativos a las Recomendaciones y Opiniones previstas por el propio artículo 249 TCE, como *no legales o formales* originados en la práctica diaria del Derecho comunitario, denominándose como tales a las Resoluciones, Conclusiones, Declaraciones, Códigos de conducta o Códigos de práctica y guía.<sup>185</sup>

Lo anterior, en razón de que establecen o dan mayores efectos a los objetivos y políticas comunitarios o a políticas relacionadas con miras a establecer una cooperación más cercana o incluso la armonización entre los estados miembros en una manera que no produzca efectos obligatorios. Pues las normas de estos instrumentos se dirigen a la interpretación del Derecho comunitario y al ejercicio de los poderes discrecionales de las autoridades de la Unión.<sup>186</sup>

### 2) Recomendaciones

Definidas por el artículo 249 del TCE<sup>187</sup> como instrumentos no vinculantes, que pueden ser adoptados tanto por la Comisión como por el Consejo, son instrumentos que se dirigen a influir la conducta de los estados miembros, además de tener un rol armonizador indirecto en la consecución de un mayor acercamiento de las legislaciones y políticas nacionales de los países comunitarios.<sup>188</sup> Es decir, las recomendaciones son invitaciones para tomar ciertas medidas, que en ocasiones van acompañadas de normas de naturaleza procesal, que podemos clasificar en aquellas elaboradas por la Comisión y las emitidas por el Consejo.

En tal sentido, tenemos que las recomendaciones emitidas por la Comisión se caracterizan por ser<sup>189</sup>:

- Normas que descansan en una naturaleza normativa, al invitar o proponer la dirección a adoptar o seguir en una cierta línea de conducta. Por ello son nominadas como reglas de conducta, directrices, principios mínimos o comunes, estándares de buenas prácticas, etc. Tales recomendaciones se refieren a un caso concreto y directo, por lo que se dirigen a un Estado miembro en particular o a varios, excepto a los órganos comunitarios.

<sup>183</sup> *Ibidem*, pp. 148-153.

<sup>184</sup> *Ibidem*, pp. 154-155.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>187</sup> **Art. 249 TCE.-** Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado.

...  
(Último párrafo) **Las recomendaciones** y los dictámenes no serán vinculantes.

<sup>188</sup> Senden, Linda, *op. cit.*, nota 169, pp. 159-161.

<sup>189</sup> *Ibidem*, pp. 165-173.

- Su utilización se concibe como el primer paso al proceso de armonización, junto con el desarrollo y adopción de instrumentos de efectos legales y obligatorios, a fin de ganar experiencia previa y ajustar normas divergentes de manera flexible que permite una mayor y más rápida adaptación de las disposiciones comunitarias a los nuevos desarrollos tecnológicos.
- Su función es *pre-legal* en razón de que es un instrumento de preparación y facilitación de la armonización legal. Pero tomando en cuenta que sus normas intentan ser temporalmente sustitutas de las normas obligatorias que en todos los casos son reemplazadas finalmente por las normas comunitarias obligatorias, cumple una función *para-legal*, pues se presenta como una alternativa a la legislación. Ahora bien, si las recomendaciones son adoptadas subsecuentemente a la legislación con miras a su aplicación, realiza una función *pos-legal*, ya que sirve en la complementación o implementación de disposiciones del TCE o de la propia legislación secundaria comunitaria.
- Tienen efectos legales de facto, pues se dirigen a la realización de una mayor cooperación o coordinación de las políticas nacionales y sus objetivos y a la armonización.
- Surten efectos cuando se publican en el Diario Oficial Europeo, algunas en la serie L y otras en la serie C.

Por lo que atañe a las recomendaciones del Consejo, éstas se caracterizan principalmente por ser.<sup>190</sup>

- Normas que invitan a adoptar o seguir cierta línea de conducta o propuesta que debe tomarse sobre determinada acción, es decir establecen Principios o criterios comunes.
- Son dirigidas tanto a los estados miembros, cuando se refiere a las medidas que se les recomiendan tomar, como a la Comisión para el caso de que monitoree la implementación de las medidas señaladas a los países comunitarios.
- Aunque podrían parecer órdenes, otorgan discrecionalidad a los miembros en cuanto a la consideración de los resultados que tienen que ser alcanzados una vez fenecido el periodo o límite de tiempo establecido para su implementación.
- Poseen una función pre-legal porque se emplean como un primer paso hacia el proceso de desarrollo de la legislación comunitaria o su preparación. También cumplen una función pos-legal cuando se trata de recomendaciones sobre la ratificación de tratados internacionales por lo que se refiere a la realización o promoción del protocolo a seguir por los países del bloque. Por lo que se refiere a la función para-legal que realizan, destaca su dirección hacia la cooperación y no a la armonización como las recomendaciones de la Comisión, ya que sólo permiten el establecimiento de normas uniformes para ser aplicadas como tales en el orden legal nacional de cada país miembro. Finalmente son publicadas en el DOCE en la serie L.

### 3) Opiniones de la Comisión

Son expresiones de opiniones de la Comisión y el Consejo sobre una cierta situación legal o de hecho,<sup>191</sup> nominadas por el artículo 249 como “dictámenes”, cuyo objetivo es prescribir cierta conducta para ciertas instrucciones y en ese sentido presentan únicamente el punto de vista de

<sup>190</sup> *Ibidem*, pp. 174-186.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 161.

la Comisión sobre una particular materia o caso individual con relación al establecimiento de un nuevo Derecho Comunitario o sobre la correcta aplicación de este último. Finalmente cabe señalar que no se conciben como alternativa de la legislación.<sup>192</sup>

Por lo que se refiere a los *instrumentos de dirección no legales o formales* que aunque no están previstos en el marco convencional comunitarios son considerados como parte del *acquis comunitario*, aparecen las resoluciones, conclusiones y declaraciones del Consejo y los Códigos de conducta o práctica.

#### **4) Resoluciones del Consejo**

Estos instrumentos contienen consideraciones de dos tipos, unos comienzan con consideraciones que expresan opiniones, reconocimientos, confirmaciones de ciertos puntos de vista o consideraciones que enfatizan la necesidad de ciertas acciones, otras resoluciones establecen ciertas acciones, cuyos contenidos están determinados por los puntos de vista previamente expresados por el Consejo. Algunas resoluciones se ocupan de materia intra-comunitarias y las relaciones de los países miembros con terceros países. Tales herramientas comunitarias no tienen fecha límite de implementación. Estas resoluciones son publicadas en el DOCE dentro de la serie de documentos C.<sup>193</sup>

#### **5) Conclusiones del Consejo**

Se trata de breves conclusiones que van de 1 cuartilla a otras más extensas y de contenido detallado (preámbulo e introducción, 1 anexo). No obstante, también pueden ser peticiones a la Comisión o a un Estado respecto a la toma de cierta acción. Se les puede definir como enunciados políticos que expresan algún acuerdo común sobre una futura acción de la Comisión, generalmente adoptadas en áreas como la tributación y fiscalidad europea.<sup>194</sup>

#### **6) Declaraciones del Consejo**

Son instrumentos internos que se dirige el Consejo internamente o que envía a la Comisión. Asimismo, es preciso señalar que estas declaraciones dan a conocer las prioridades políticas de naturaleza declarativa que el Consejo ha establecido en cierta área. Medularmente se dirigen al público en general, en razón de que contienen las posturas tomadas por el Consejo en una propuesta de acción o política a desarrollar a futuro. No obstante lo anterior, en ocasiones van dirigidas a los estados miembros, para desarrollar una cierta línea de acción. También estos instrumentos se publican en el Diario Oficial europeo en las series C y L.<sup>195</sup>

#### **7) Códigos de conducta o Códigos de práctica/guía**

Estos instrumentos están dirigidos a establecer normas que se dirigen a influenciar la conducta de sus destinatarios, utilizando para ellos términos como “principios”, “criterios”, “estándares” y “recomendaciones”. Sus destinatarios son principalmente los estados miembros, terceros estados relacionados con la Unión Europea, así como las compañías o industrias aunque estas últimas de manera indirecta, pues se conmina a los Estados a persuadir a dichas empresas para que cumplan con la implementación de las disposiciones contenidas en los Códigos. Los contenidos de tales Códigos se refieren a remisiones a artículos de Tratados comunitarios, legislación secundaria y otros actos (soft law). Aunque no siempre son publicados este tipo de documentos, cuando así sucede los Códigos elaborados por el Consejo se publicitan en la serie C del DOCE y los pertenecientes a la Comisión en la serie L cuando se establecen en una recomendación, pues si tienen naturaleza de comunicaciones de la Comisión se publicarán como documentos COM.<sup>196</sup>

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 222.

<sup>193</sup> *Ibidem*, pp. 203-210.

<sup>194</sup> *Ibidem*, pp. 194-195.

<sup>195</sup> *Ibidem*, pp. 197-198.

<sup>196</sup> *Ibidem*, pp. 211-216.

### **C. Su uso en el comercio de servicios profesionales en la Unión Europea**

Sin lugar a dudas la regulación flexible o *soft law* que se hace de los servicios profesionales en la UE a través de los instrumentos nominados de manera general como Instrumentos Preparatorios e Informativos, Instrumentos de Interpretación y Decisión, y finalmente los Instrumentos de Dirección, es vasta e innumerable, por lo que sería innecesario enunciar cada uno de ellos. Baste decir que dentro de dichas herramientas destacan desde Libros Blancos hasta Recomendaciones, Decisiones y Opiniones que han llevado a la aproximación de los conceptos jurídicos fundamentales y normas sustantivas y adjetivas nacionales, materializadas mediante la adopción de las Directivas enunciadas con antelación.

### **D. Su uso en la política fiscal de la Unión Europea.**

Los instrumentos de *soft law* han explorado el ámbito de la coordinación fiscal comunitaria a la par de Directivas y Reglamentos (*hard law*), a fin de que los Estados mediante tales instrumentos jurídicos busquen y mantengan en equilibrio las políticas fiscales necesarias para la sustentabilidad de su moneda (Euro €), la competitividad de sus economías, el crecimiento en la recaudación y el bienestar de sus pobladores, evitando también excesivos déficit a corto plazo.

Del mismo modo que en el ámbito legal del comercio de servicios profesionales, los instrumentos *soft law* utilizados en la Política Fiscal Comunitaria, representan una vasta cantidad que tratándose de la tributación originada tanto por el consumidor como por el prestador del servicio profesional, han sido los pasos previos y de análisis que han llevado al establecimiento de hipótesis normativas homogéneas para todas las soberanías fiscales de los miembros de la Unión contenidas en las Directivas del Impuesto al Valor Añadido y otras con ellas relacionadas. Evitándose así distorsiones comerciales y fiscales, así como casos de evasión y defraudación fiscal, además de doble tributación.

En virtud de que existe una multiplicidad de instrumentos jurídicos obligatorios y también no obligatorios (*soft law*), producto de un exceso de papeleo y burocracia existente en la Unión Europea, y debido a la rapidez de los progresos tecnológicos y a la apertura y expansión de los mercados globales, la Comisión ha visto la necesidad de revisar y adaptar las leyes que ayuden al bloque europeo a una mejor adecuación al mundo actual en evolución. Por ello en el año 2005, lanzó el plan denominado *Plan de Legislar Mejor*,<sup>197</sup> el cual partió de examinar nuevas iniciativas, propuestas en fase de negociación y legislación ya publicada.

Asimismo, dicho plan ha introducido un sistema para evaluar el impacto y mejorar el diseño de las propuestas importantes de la Comisión (*soft law*). Además ha establecido los mecanismos para simplificar la legislación existente, comprobar y analizar la viabilidad o retiro de las propuestas de legislación, así como para estudiar las alternativas a leyes, reglamentos y directivas, que representan los instrumentos flexibles no vinculantes que contiene el *soft law*.

Si bien el plan es por demás ambicioso, también representa en sí mismo, la utilización que diariamente se hace de los instrumentos del *soft law* que como él se emiten y monitorean mediante comunicaciones, planes de acción, recomendaciones, etc., que a pesar de no ser obligatorios, son eficaces, válidos, acatados y cumplidos en la esfera jurídica comunitaria sin coacción alguna. Demostrándose con ello el importante papel que juega el *soft law* dentro del ordenamiento jurídico de la Unión Europea hoy en día.

<sup>197</sup> El cual ha sido monitoreado por la Comisión, quien mediante Comunicación dirigida al Parlamento y Consejo Europeos, así como al Comité Europeo Económico y Social y al Comité de las Regiones de fecha 12 de febrero de 2008, informó sobre el estado y avance de dicha mejora regulatoria legislativa. Programa que a su vez representa la eliminación de antinomias originadas en la oposición de diversos instrumentos europeos y la multiplicidad de normas innecesarias.

## 2. La armonización jurídica

El proceso de armonización,<sup>198</sup> tiene como fines desaparecer las barreras entre los sistemas jurídicos e incorporar nuevas normas comunes o similares a los ordenamientos legales de los sistemas legales en distintos niveles y campos del Derecho.

En este sentido, el proceso de armonización jurídica se origina como una consecuencia de la práctica internacional, producto de la decisión de los factores del comercio internacional, en virtud de que a medida que los comerciantes y los árbitros internacionales basan su actividad en textos uniformemente aceptados, convierten a la armonización en el vehículo idóneo del libre movimiento internacional de bienes, capitales, servicios y personas, evitando así el surgimiento de conflictos normativos y ponderando la eficacia y seguridad jurídica de las normas armonizadas aplicables y vigentes.

Sin embargo, habrá que apuntar que la armonización como proceso “parte de la aceptación de Institutos, luego... va acercando las soluciones hasta finalmente quedar limitadas las diferencias a los aspectos técnicos, cuyos caminos para alcanzarla son entre otros:

- A. Vías Centralizadas, enmarcadas en un eje político legal determinado que tiende a fijar e imponer en ocasiones, la norma armonizante. Siendo ejemplo de ellos la Legislación Internacional, las Convenciones Internacionales y la Cooperación Judicial.
- B. Vías Descentralizadas, por las que transitan las iniciativas privadas, originadas en dos momentos:
  - a. Cuando la armonización nace como consecuencia de la práctica internacional y la decisión de los factores del comercio internacional, como sucede en el momento en el que los comerciantes y árbitros internacionales concluyen basar su actividad mercantil en textos uniformemente aceptados.
  - b. Cuando la armonización se origina en los proyectos armonizantes, preparados por Comisiones o Grupos de Trabajo, con la finalidad de ser adoptados voluntariamente por comerciantes en negocios globales, rigiendo el tráfico de los contratos transnacionales. Caso particular son los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales UNIDROIT, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, el Anteproyecto de Código Civil Europeo y el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos”.<sup>199</sup>

Entonces la *armonización* aspira a formular una ley que represente los distintos sistemas a homologar, como es el caso de la Unión Europea (ejemplo de unificación regional global).

Pero para que pueda darse la armonización es necesario que las normas divergentes entre estados íntimamente relacionados económica, demográfica y culturalmente sean vistas como un problema de urgente solución. Aunado a lo anterior, ese interés debe denotar voluntad política para resolver el problema – como sucedió en la Unión Europea al buscarse evitar a toda costa otra guerra – renunciando ante organismos supranacionales o incluso privados, algunas prerrogativas político–nacionales del propio estado-nación.<sup>200</sup> Por lo tanto, la armonización jurídica es en parte un producto de su asociación con el movimiento de unificación del Derecho en transacciones internacionales e inter-jurisdiccionales.

<sup>198</sup> Cfr., Lerner, Pablo, “Sobre Armonización, Derecho Comparado y la relación entre ambos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVII, núm. III, Septiembre – Diciembre de 2004, p. 921.

<sup>199</sup> *Idem.*

<sup>200</sup> Cfr., Muñiz Argüelles Luis, “Precondiciones para la Armonización e Integración jurídica”, *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, Puerto Rico, vol. 59, núm. 2, Abril-Junio de 1998, pp. 130-133.

### A. Definición

El término de armonización se considera fue tomado de la noción musical de *armonía*<sup>201</sup>, la cual es el resultado de las diferencias que son complementarias<sup>202</sup>. De ahí que para comprender la utilización que se hace de dicho término en el campo jurídico, conviene destacar las 3 características fundamentales de la armonización desde su analogía musical.<sup>203</sup>

1. Presupone y preserva la diversidad de los objetos armonizados, es decir requiere diversidad.
2. La particularidad de sus componentes que radica en el hecho de que mientras tales componentes conservan su individualidad, forman un nuevo y más complejo sonido musical.
3. La consonancia de sus componentes.

Por tanto, la armonización se refiere a “un proceso en cuya diversidad de elementos están combinados o adaptados cada uno para formar un todo coherente mientras cada uno conserva su individualidad”.<sup>204</sup>

Así dentro de la Doctrina Jurídica el papel de la armonización depende de las características o elementos de las leyes o Derecho a armonizar, de ahí que se le conciba como aquél proceso por “el cual dos o más países reducen sus diferencias en sus requisitos reglamentarios o los hacen más o menos similares”.<sup>205</sup>

En esta tesitura el proceso de **armonización jurídica** es un instrumento que dentro de la diversidad e individualidad que guardan los contenidos de sus normas busca establecer mediante vía central o descentralizada, la coherencia y plenitud de las conductas de acción u omisión que pretende aproximar, así como la eliminación de las barreras y antinomias entre los sistemas jurídicos diversos que se interrelacionan, ponderando la eficacia y seguridad jurídica en beneficio de los sujetos de Derecho y renunciando ante organismos supranacionales prerrogativas político-nacionales como la Soberanía Legislativa estatal.

Pero en razón de que la armonización jurídica ha tenido un rol de profunda trascendencia en la consolidación de la integración de la Unión Europea, haciendo más funcionales y eficaces los sistemas legales y cuerpos normativos de cada Estado integrante del bloque con el sistema legal Comunitario, a través de la armonización de las normas del Derecho Europeo con las de las nacionales de cada país miembro, es necesario aterrizar la definición dada a la armonización legal en el ámbito del bloque integracionista.

En esa tesitura, tenemos que para Linda Senden, la armonización legal europea es aquel proceso de integración que si bien es cierto no lleva a la formulación de un derecho uniforme, denota la creación de marcos de reglas legales comunes establecidos con un objetivo común, en razón de que buscan “la aproximación o coordinación del Derecho y Política Nacionales en normas escritas... y previstas en el propio Tratado de la CE”,<sup>206</sup> específicamente en su artículo 3 al disponer:

1. Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado:

...

<sup>201</sup> Término musical que implica un estado de consonancia o acuerdo, y que resulta de la combinación o adaptación de las partes o los elementos relacionados. En su etimología inglesa “armonía”, se refiere a la combinación de notas musicales para producir un efecto placentero. Cfr., Boodman, Martin, “The Myth of Harmonization of Laws”, *The American Journal of Comparative Law*, United States of America, vol. XXXIX, num. 4, Fall 1991, p. 700.

<sup>202</sup> Cfr., Rege, Vinod, “Theory and Practice of Harmonization of Rules on Regional and Multilateral Bases: Its relevance for World Trade Organization Work on Trade Facilitation”, *Journal of World Trade*, Suiza, núm. 4, vol. 36, August 2002, p. 705.

<sup>203</sup> Boodman, Martin, *op. cit.*, nota 201, p. 701.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 702.

<sup>205</sup> *Idem*.

<sup>206</sup> Senden, Linda, *op. cit.*, nota 169, p. 46.

h. La aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común;

...

Por su parte Pablo Lerner, señala que a través de los instrumentos o proyectos armonizadores presentados “como un texto voluntario para ser seguido por legisladores o mediadores... para servir de modelo... la armonización abre un marco de mayor interacción entre países cuyo peso específico jurídico fue distinto”.<sup>207</sup>

Es decir, la armonización comunitaria europea es un “instrumento previsto para actuar... en aquellos ámbitos en que los Estados conservan sus competencias... al servicio de objetivos imprescindibles, convirtiéndose en el elemento básico en la mecánica de integración de la legislación operativa de la Unión”.<sup>208</sup>

De modo tal que la **armonización jurídica comunitaria** debe concebirse como el *instrumento legal mediante el cual los actos legislativos obligatorios de las Instituciones Comunitarias competentes, integran las normas de las legislaciones nacionales de cada estado miembro de la Unión en un texto armonizador, a través del establecimiento de normas jurídicas comunes que en la consecución del funcionamiento pleno del mercado interior europeo, buscan la eliminación de las barreras y antinomias entre los sistemas jurídicos diversos que se interrelacionan, ponderando la eficacia y seguridad jurídica en beneficio de los sujetos de Derecho y pretenden lograr la coherencia y plenitud de las mismas.*

### **B. Sus características**

De lo expuesto con antelación, podemos concluir entonces que todo proyecto de armonización jurídica debe cubrir 4 características íntimamente relacionadas entre sí, las cuales son:

1. La existencia de diversos elementos para ser armonizados
2. Se pretenda que el fundamento o base lógica del problema se resuelva mediante la armonización.
3. Se tenga como meta final la armonización y
4. La armonización sea el método elegido por el cual dicha meta será alcanzada.<sup>209</sup>

En concordancia con tales características, la Unión Europea a través del trabajo y actividades realizadas por sus Instituciones con facultades legislativas y normativas, ha creado algunos instrumentos legales cuyo fin es la armonización de las leyes nacionales de los estados miembros respecto de las normas que conforman el Derecho comunitario, para lograr un justo equilibrio, coherencia y eficacia de ambos ordenamientos, tratando de evitar conflictos normativos entre ambos sistemas legales.

Tales instrumentos armonizadores son parte fundamental del Derecho Europeo, cuya primera fuente es el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), el cual es la base del orden legal comunitario y de su legislación dentro de la cual quedan insertados los instrumentos armonizadores.

En este sentido los instrumentos armonizadores comunitarios forman parte de la Legislación prevista en el artículo 249 del TCE,<sup>210</sup> como segunda fuente del Derecho de la Unión, precepto

<sup>207</sup> Cfr., Lerner, Pablo, *op. cit.*, nota 198, p. 970.

<sup>208</sup> Cfr., Girón Larrucea, Jose A., *Cuestiones de Derecho Comunitario Europeo*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1997, p.33-35

<sup>209</sup> Boodman, Martin, *op. cit.*, nota 201 pp. 708-709.

<sup>210</sup> **Art. 249 TCE:** Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado.

que enuncia 5 tipos o clases de instrumentos jurídicos que son: *los Reglamentos, la Directiva, la Decisión Marco o Decisión, la Recomendación y la Opinión.*

Dentro de los cuales los Reglamentos y las Directivas son considerados únicamente como “actos legislativos”, cuyas características son entre otras.<sup>211</sup>

- Tener legalmente fuerza obligatoria
- Establecer reglas de conducta de aplicación general
- Tener efectos externos, esto es dentro o para los estados miembros y demás actores a los que van dirigidos (ciudadanos)
- Ser adoptados unánimemente por las Instituciones de la Unión Europea, de acuerdo a su procedimiento específico.
- Tener una base legal en el Tratado de la Comunidad Europea.

Pero de estas dos clases de actos legislativos, la Directiva es la que tiene la característica armonizadora, cuya naturaleza jurídica la define expresamente el artículo 249 del TCE que establece:

...

**La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.**

Es decir, la Directiva es obligatoria de acuerdo a lo que prescribe y solamente para los Estados a los que va dirigida, a quienes les otorga un margen de discrecionalidad para elegir los métodos o medidas necesarias para transponer lo señalado por la Directiva en sus Derechos Nacionales dentro del tiempo que aquella les ordena.

Aunque su naturaleza es de *implementación*, dentro de la Doctrina comunitaria se considera a la Directiva como una clase de **legislación comunitaria indirecta** o **legislación de segunda fase**, en virtud de que es un instrumento de “intervención limitada”<sup>212</sup> más apropiado para realizar la armonización de las políticas que conduzcan al establecimiento o funcionamiento del mercado interior europeo, en términos del artículo 94 TCE.<sup>213</sup>

Por tanto este instrumento constitutivo del Derecho y Política Comunitaria no tiene un equivalente en el Derecho nacional de cada Estado miembro de la Unión, en razón de que es una forma de regulación indirecta o medida legislativa, así como alternativa a la utilización de los Reglamentos en todos aquellos casos en los que una política uniforme europea no es necesaria o la meta a alcanzar.

Pese a que el art. 249 TCE no le otorga a la Directiva, la característica de aplicación directa, de conformidad con lo establecido por el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes.

<sup>211</sup> Senden, Linda, *op. cit.*, nota 169, p. 45

<sup>212</sup> *Ibidem*, pp. 49-51.

<sup>213</sup> **Art. 94 TCE:** El Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común.

Europeas, ésta si tiene efecto directo sobre los ciudadanos, que no tienen por qué soportar los efectos desfavorables de una norma interna contraria, siempre y cuando:

- El Estado miembro destinatario no haya transpuesto la Directiva en el plazo estipulado.
- La directiva defina derechos que, de haberse introducido en el ordenamiento interno, hubieran eliminado una obligación o reconocido un derecho que los particulares podrían hacer valer frente al Estado.
- La obligación que se elimina o el derecho que se crea debe ser suficientemente preciso y no estar supeditado al cumplimiento de condición alguna.

Sucedidos los anteriores hechos, se puede invocar la Directiva en contra de cualquier disposición nacional contraria que no podrá ser aplicada por el Estado miembro a los particulares, ni éste último podrá introducir en su ordenamiento normas más restrictivas o diferentes, excepto que la propia Directiva lo permita. De igual modo, tiene efectos verticales directos y por tanto puede ser invocada ante el juez nacional de los individuos, Estado o autoridades estatales a los que va dirigida.

### **C. La armonización en el comercio de servicios profesionales a nivel Unión Europea**

Tal y como se expuso en el capítulo primero, fue hasta 1992 cuando se dieron los primeros pasos hacia la aproximación de disposiciones normativas que incidían directamente en la liberalización de los servicios prestados por personas físicas amparadas en un título profesional. Pero es entre los años 2005 y 2006 cuando a través de las Directivas:

- La Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 “Relativa a los Servicios en el Mercado Interior”.
- La Directiva 2005/36/CE de 7 de septiembre de 2005 “Relativa al Reconocimiento de Cualificaciones Profesionales.

Se inicia la regulación a nivel comunitario sobre la comercialización y sus efectos internos y externos de esta clase de servicios, proveyendo disposiciones de naturaleza secundaria que entre los países miembros materializaron de una de forma homogénea, coherente y eficaz, diversas hipótesis normativas inherentes tanto a la libertad de establecimiento contenida en el Tratado de la Comunidad Europea (artículos 43-48) como a la libertad de la prestación de servicios, insertada en ese mismo Tratado (artículos 49-55).

En ese sentido, por lo que hace a la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006, sienta las bases que facilitan el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y su liberalización, dejando a la discrecionalidad y consideración de cada uno de los estados miembros la autorización para ejercer las libertades propuestas en la Directiva en comento, quienes bajo el amparo de razones imperiosas de interés general, orden y seguridad público emitirán su anuencia o rechazo. Fijándose además la aplicación de los derechos otorgados por este instrumento jurídico al cumplimiento de los requisitos complementarios que establece la Directiva 2005/36/CE de 7 de septiembre de 2005.

En lo que respecta a la Directiva 2005/36/CE de 7 de septiembre de 2005, contiene los requisitos con base en los cuales un estado miembro subordinará y condicionará el acceso a la prestación de un servicio al amparo del ejercicio de una profesión regulada en su territorio, como lo es entre otros, la posesión de determinadas calificaciones profesionales para ejercerla en los mismos términos que los nacionales del estado en el que pretende prestar el servicio profesional, el cual es un estado diferente del que es nacional el prestador del servicio profesional comunitario.

No obstante lo anterior, para el caso de los servicios profesionales prestados vía electrónica, sea a través del uso de correo electrónico, chat, portal o comunicación vía videoconferencia en tiempo real, a nivel comunitario se aproximaron las normas nacionales de sus miembros por lo que se refiere a la potestad tributaria del estado miembro o tercer estado ajeno a la Unión, respecto al derecho de exigir el cobro, pago, retención y acumulación del impuesto al valor añadido generado por la prestación del servicio profesional por medios electrónicos, a través de las Directivas 2006/112/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2006, la 8ª Directiva 79/1072/CE, la 13ª Directiva 86/560/CEE, la Directiva 2008/8/CE del Consejo de 12 de febrero de 2008, la Directiva 2008/9/CE del Consejo de 12 de febrero de 2008, y la Directiva 2006/112/CE del Consejo de 12 de febrero de 2008.

Instrumentos jurídicos europeos que medularmente establecen como regla general la obligación del prestador del servicio profesional cuyo establecimiento permanente no se ubique en ninguno de los territorios de las naciones comunitarias, a identificarse en un único Estado miembro con la finalidad de percibir el pago por el servicio prestado vía remota. Además de que otorga la facultad de exigir el pago, cobro, retención y acumulación del IVA generado al país en el que resida el consumidor del servicio, ante el cual se hará la solicitud del reembolso correspondiente cuando así proceda.

Por tanto, como ha quedado demostrado en los párrafos precedentes aunque únicamente dos Directivas regulan expresamente la prestación de servicios profesionales, los demás instrumentos comunitarios mencionados relacionados con el impuesto al valor añadido también regulan la prestación de los servicios profesionales no sólo entre ciudadanos comunitarios, sino también entre un ciudadano europeo y un nacional de un tercer estado ajeno al bloque europeo.

#### **D. La armonización en la política fiscal de la Unión Europea.**

Para hablar de una *armonización fiscal*, es necesario distinguirla entre la armonización en sentido amplio que equivale a la “aproximación” y aquella en sentido estricto, la cual se refiere al fenómeno concreto dentro de la clasificación de formas de aproximación con características jurídicas y políticas propias que lo distinguen y definen frente a los demás fenómenos que pertenecen a la armonización en sentido amplio que son *la armonización por las fuerzas del mercado o armonización espontánea, la legislación judicial, la coordinación fiscal, la armonización fiscal y la unificación fiscal*.<sup>214</sup>

De modo tal que es la *armonización fiscal* en sentido estricto a la que se refiere este análisis y que define Irene Roche Laguna como:

Aquella norma o conjunto de normas en materia fiscal de naturaleza vinculante emanada de los órganos comunitarios (tratados, reglamentos, directivas, decisiones), a través de las cuales se persigue eliminar cualquier obstáculo al establecimiento y buen funcionamiento del mercado interior y la libre competencia... mediante la transformación de las legislaciones fiscales nacionales si ello es necesario.<sup>215</sup>

Consideración tal que nos lleva a 3 elementos principales de dicha armonización fiscal:

1. *Acto legislativo comunitario.*
2. *Acto legislativo jurídicamente vinculante* y por tanto obligatorio, como son los Reglamentos, las decisiones y hasta las Directivas en cuanto obligan al contenido, pues otorgan libertad a los Estados sobre la forma de adaptar la norma a su legislación nacional.

<sup>214</sup> Cfr., Roche Laguna, Irene, *La integración Europea como límite a la soberanía fiscal de los Estados miembros*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 29.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 34.

3. *Característica instrumental*, ya que se legitima mientras se utilice como instrumento para el logro y consecución del mercado interior y la protección de las libertades fundamentales de los ciudadanos europeos en dicho ámbito comercial.

En tal sentido, tenemos que al suponer esta clase de armonización una autoridad legislativa emanadora de normas jurídicamente vinculantes, obliga a los Estados miembros a las que van dirigidas, limitando su soberanía fiscal, al representar un modelo de integración y denotar Supranacionalidad. De ahí que tales normas fiscales armonizadoras sean sometidas a la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la resolución del cumplimiento de las obligaciones dispuestas en dichos enunciados normativos.<sup>216</sup>

La armonización fiscal europea se ha ceñido de conformidad con las disposiciones del Derecho Comunitario originario a la regulación de materias relacionadas con los impuestos indirectos, especialmente los que gravan la prestación de los servicios profesionales como lo es el Impuesto al Valor Agregado (IVA) reglamentado a través de las Directivas previamente abordadas en el capítulo primero de este trabajo de investigación que son:

- Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.
- Impuesto sobre el Valor Añadido: Reembolso a sujetos pasivos no establecidos en el país (8ª Directiva 79/1072/CE).
- Impuesto sobre el Valor Añadido: Reembolso a sujetos pasivos no establecidos en la Comunidad (13ª Directiva 86/560/CEE).
- Directiva 2008/8/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a la reforma de la Directiva 2006/112/CE del Consejo correspondiente al lugar de la prestación de servicios en materia del Impuesto al Valor Añadido.
- Directiva 2008/9/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa al establecimiento de las reglas detalladas sobre el reembolso del Impuesto al Valor Añadido, previsto en la Directiva 2006/112/CE del Consejo correspondiente a sujetos pasivos no establecidos en el estado miembro retenedor del impuesto, pero con establecimiento en otro estado miembro.

Cumpléndose mediante estas Directivas lo dispuesto por los citados artículos 3 y 94 del TCE, en lo relativo a la supresión de todas las fronteras fiscales que impiden no sólo la libertad de circulación de bienes, servicios, personas y capitales en general, sino el desarrollo de la libre prestación de servicios profesionales en particular, en razón de alcanzar el exacto funcionamiento del Mercado Interior Europeo.

Lo anterior en razón de que gravan los ingresos y rentas atribuibles al prestador de un servicio profesional dentro del territorio de la Unión Europea, sea vía presencial o vía electrónica (mediante uso de correo electrónico, chat, portal o comunicación remota en videoconferencia), como solución a problemas de evasión fiscal. Además de prever las hipótesis y procedimientos de reembolso a tales prestadores de servicios profesionales del IVA retenido por acreditamiento del IVA erogado por los servicios o bienes que ellos consuman en territorio comunitario.

Sin embargo, cabe señalar que la Directiva 2008/8/CE del Consejo de 12 de febrero de 2008, establece de manera por demás específica, disposiciones tocantes a la prestación de servicios. Entre las cuales destaca que la imposición de cobro, pago y acumulación del impuesto a partir

---

<sup>216</sup> *Ibidem*, pp. 41-42.

del 1º de enero de 2010, corresponderá al país en el cual se prestó el servicio (territorio en el que radica el consumidor) cuando se trate de un servicio realizado de empresa a empresa, y no en donde el prestador tiene su establecimiento permanente. Asimismo dicha Directiva dispone que para el caso de un servicio prestado de una empresa a un consumidor (persona física) se tendrá como lugar para su cobro y pago el del establecimiento permanente del prestador. Haciendo la acotación para este último caso que a partir del 1º de enero de 2015, se exceptuarán de dicho trato la prestación de servicios relacionados a servicios de restaurante, comidas y bebidas, contratación de servicios de transporte, culturales, deportivos, científicos y educativos, así como servicios de telecomunicación (televisión, radio y banda ancha) y servicios de transmisión de datos vía electrónica a los consumidores, en los cuales la retención, pago y acumulación del IVA corresponderá al país en el que se prestó el servicio, es decir en el territorio en el que radica el consumidor del servicio.

Por lo que se refiere a la Directiva 2008/9/CE del Consejo de 12 de febrero de 2008, ésta implanta para el caso del reembolso del IVA a prestadores de servicios no establecidos en algún estado miembro, un nuevo procedimiento totalmente electrónico que asegura una más rápida devolución del impuesto, cuya vigencia empezará a partir del 1º de enero de 2010.

Así pues, concluimos que mediante tales instrumentos armonizadores la Unión Europea busca proponer soluciones a problemas de evasión y defraudación fiscal, así como de doble imposición internacional en el territorio comunitario, la cual podría concretarse mediante la aprobación de un convenio comunitario que implicaría la armonización de conceptos jurídicos y normas fiscales de cada uno de los estados miembros en lo tocante a los conceptos de: establecimiento permanente, base imponible, hecho generador, tasas, conexiones fiscales y criterios de tributación (residencia, nacionalidad o fuente de riqueza).

### **3. La unificación jurídica**

Si bien es cierto la unificación del Derecho material y adjetivo, implicaría por sí misma, una garantía óptima de continuidad en las relaciones jurídicas a través de espacios supraestatales, a los que se tendría que dotar de una mayor seguridad jurídica, facilitándose al operador jurídico la previsibilidad del Derecho.

Lo anterior si tomamos en cuenta que al Derecho Uniforme se le ha concebido como la “técnica más efectiva del Derecho Internacional Privado... entre aquellas cuya función preventiva las hace prácticamente infalibles”,<sup>217</sup> cuyo principal objeto es la eliminación de las barreras que para el tráfico jurídico supone la diversidad de normas, con la única pretensión de satisfacer una misma necesidad o interés jurídico procedentes de diversas vías que crean inseguridad e injusticia.<sup>218</sup>

Tal y como ocurre en la época globalizada, la relación entre la norma jurídica y su función en una sociedad cada vez más interrelacionada e interdependiente entre sus integrantes, aconseja la unificación normativa en beneficio de lograr una vida social más uniforme y plena.

Por lo que para alcanzar esta última meta, la unificación legal pretende la supresión de la diversidad de normas entre los distintos países que pretenden unificar total o parcialmente su ordenamiento jurídico en ámbitos de naturaleza preponderantemente económica, que no afecte en demasía a la comunidad nacional. Ya que a pesar de que todo país goza de la libre determinación en su organización, gobernanza y regulación legislativa, en la actualidad mundial,

<sup>217</sup> Fernández Rozas, José Carlos, Los Procesos de Unificación Internacional del Derecho Privado: Técnicas Jurídicas y Valoración de Resultados, en García Collantes José Manuel (Director), *La Unificación Jurídica Europea*, Madrid, Civitas, 1999, p. 19

<sup>218</sup> Cfr., Elola, Javier, “El estudio del Derecho Comparado, Instrumento de la Unificación Jurídica Internacional”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, UNAM, México, año XI, núm. 32 Mayo-Agosto de 1958, pp. 20-21.

al estar íntimamente relacionadas dichas naciones con otras, se someten a la necesidad de conformar su vida en la medida de lo posible con los pueblos que los rodean, por un interés económico y uno de coherencia en el ordenamiento jurídico, como sucede con la Unión Europea.

Sin embargo, aunque la unidad política de la que goza el bloque integracionista no implica *per se* la unificación jurídica de los sistemas legales nacionales de sus miembros, la Unión Europea ha dado los primeros pasos para en un futuro cercano con el consentimiento de sus integrantes se transite de una simple armonización legislativa hacia una unificación legal consolidada, coherente y plena, basada en el derecho elaborado por un único tratado unificador y constitutivo europeo, que consolide dicha unificación.

### **A. Definición**

Hablar de unificación, remite en primer lugar a la definición propuesta por Javier Elola, quien la enunció como:

Una técnica o proceso de sustitución de normas diversas en dos o más ordenamientos jurídicos por una sola... siendo una igualación ponderada y científica, una consideración de identidades y diferencias, con la cual se aspira a conseguir una ordenación jurídica más justa y un comercio jurídico más expedito<sup>219</sup>.

Entonces a través de la unificación se busca la sistematización de diversos Derechos nacionales basada en una reducción de la multiplicidad hacia la unicidad de un solo orden jurídico homogéneo y coherente, con características comunes tanto sustanciales como adjetivas, que incluye además el reconocimiento competencial a favor de un órgano superior para su interpretación y solucionar los conflictos que por su aplicación se presenten entre los estados cuyo orden legal fue unificado.

De modo tal que, se estaría dando cumplimiento a la exigencia de seguridad jurídica general y homogénea perseguida por los sistemas legales de los estados unificados jurídicamente, y relacionados entre sí por la función social que desempeña dicho nuevo orden en sus sociedades, cuyas conductas normativas evolucionan constantemente de tiempo en tiempo y de pueblo a pueblo.

### **B. Sus características e instrumentos**

Algunas de las características del proceso de unificación jurídica parten por un lado del interés económico en su establecimiento, el cual básicamente radica en 3 razones<sup>220</sup>:

1. Permitiría la realización más fácil del mercado interior, a fin de que todos los países involucrados sean sometidos a un tratamiento normativo igualitario.
2. Se protegería por igual a todos los ciudadanos de la Unión Europea.
3. Lograría la realización de un derecho uniforme favorable a las empresas multinacionales, lo que facilitaría el comercio internacional entre empresas de países europeos diversos.

Y por otro del interés de coherencia, pues con la unificación se pretende<sup>221</sup>:

<sup>219</sup> *Ibidem*.

<sup>220</sup> Cfr., Larroumet, Christian, "La Unificación del Derecho de las obligaciones en Europa", *Revista de Derecho Privado*, México, nueva serie, año V, núms. 13-14, Enero-Agosto de 2006, p. 71.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 72.

1. La eliminación de la confusión y la falta de coherencia entre las normas del Derecho Comunitario, en virtud de la presencia de antinomias entre los diversos instrumentos del hard law comunitario.
2. La ordenación de la enorme proliferación de textos con inspiración burocrática consistentes en normas hard law y soft law, carentes de relación entre ellas.

Por tanto, considerando lo vertido en los numerales anteriores, podemos enunciar como características del proceso de unificación jurídica:

- a) *Ser el resultado de una armonización y reformas legales:* Pues al perseguirse mediante textos unificados la estandarización de la legislación, previamente debieron realizarse reformas legales en los ordenamientos jurídicos nacionales, que a su vez materializarán la armonización de conceptos e instituciones jurídicas en el contenido de las normas sustantivas y adjetivas materia de la unificación.
- b) *Partir de un análisis de las diferencias y semejanzas de los Derechos Nacionales que pretendan unificarse:* Para que se de la unificación deben estudiarse previamente a fondo los derechos que deseen unificarse, sus diferencias o semejanzas, así como sus motivaciones o causas históricas o técnicas, a fin de reducir las diferencias, homologar los principios contrapuestos y acrecentar las semejanzas.
- c) *Materializarse en Modelos o Textos legales uniformes:* Conjuntos de normas que además de ser implantadas en el ámbito territorial de cada país unificador, deben ser aplicadas de manera consistente, armónica y coherente en dicho ordenamiento nacional, para ser eficaz y válido.
- d) *Establecer una Interpretación judicial única:* Al existir un texto unificado adoptado por diversas naciones, el cual conlleva la aproximación de textos judiciales, se logra como sucede en el caso de la Unión Europea una interpretación judicial totalmente aceptada por las demás jurisdicciones; hecho que se corrobora en las decisiones y jurisprudencias emitidas por el Tribunal de Justicia Europeo, en su carácter de tribunal unificador.

Por lo que respecta a los instrumentos mediante los cuales se podría alcanzar una unificación legal, podemos establecer como tales a:

- El análisis basado en el Derecho comparado de las figuras normativas a homologar en un solo cuerpo normativo.
- Las políticas previas de armonización, consolidadas en instrumentos legales obligatorios y con efectos legales *erga omnes*, reconocidos y validados por los Derechos nacionales de cada estado miembro.
- Los modelos o textos unificadores, en cuyo contenido se han homologado las diferencias y profundizado las semejanzas, con la firme intención de crear un solo cuerpo normativo válido para todas las naciones y reconocido por el Derecho nacional de cada una de ellas, totalmente homogenizado.
- Los instrumentos de monitoreo, implementación y revisión, que mantengan en constante actualización y modernización a la legislación uniforme, las cuales deberán ir a la par de la rapidez en los progresos tecnológicos, así como en la apertura y expansión de los mercados globales y la transparencia del acceso a la información.

De manera que con la sencilla y eficiente aplicación de una sola norma en todos los Estados miembros, efectivamente se logre la eliminación de obstáculos que falsean la competencia y originan antinomias entre los distintos sistemas nacionales y de estos con el sistema comunitario, dando así total cumplimiento al citado *Plan de Legislar Mejor*.

### **C. Su uso en el comercio de servicios profesionales a nivel Unión Europea**

Las áreas legales más aptas para unificarse son aquellas que por su naturaleza tienen características internacionales, cosmopolitas y tendientes al universalismo, como lo es el área de la prestación de servicios profesionales.

Aun cuando en la práctica no existe una unificación normativa dentro del ámbito comunitario respecto al comercio de servicios profesionales, sí existe una armonización legislativa que a su vez produce una amplia diversidad al depositar en cada Estado el establecimiento de las medidas de aplicación de tales directivas, pues estos últimos eligen los mecanismos para lograr los objetivos marcados en las directivas acordes a su cultura institucional y administrativa, introduciendo detalles y precisiones no prescritos en el instrumento obligatorio europeo (directiva) que van más allá de los que éste señala, originando costes y cargas adicionales no previstas, que multiplican las antinomias entre normas nacionales y comunitarias y entre las de los otros países miembros.

Pero si bien no existe dicha unificación dentro del orden jurídico comunitario, su materialización debería fundamentarse en los tratados constitutivos de la Unión, ya que es a través de este tipo de instrumentos que el bloque comunitario ha basado su origen y desarrollo. De modo tal que los esfuerzos por codificar y refundir la legislación comercial en cuanto a servicios profesionales deben materializarse en dichas convenciones origen o en reformas que posteriormente se inserten dando origen a una sola norma jurídica, cuya hipótesis normativa sea el resultado de la versión consolidada de las modificaciones a las diferencias existentes.

De igual modo para que se realice dicha unificación deberán considerarse los tratados multilaterales comerciales en su carácter de “**constituciones suplementarias internacionales**”<sup>222</sup> que ha signado la Unión como importante miembro y actor de la Organización Mundial del Comercio en el sistema legal internacional, toda vez que tales tratados actúan junto con el orden jurídico originario del bloque.

### **D. Su uso en la Política Fiscal de la Unión Europea**

Como se mencionó en párrafos precedentes, la unificación fiscal europea es una clase de armonización en sentido amplio cuyo fin es “la creación de un sistema fiscal común y único para todos los Estados miembros de la Unión”, que a la fecha es un objetivo a largo plazo, ya que para su consecución exige la previa existencia de una total armonización fiscal, todavía inexistente.

Aunque la conveniencia de una unificación europea en este rubro es necesaria por razones de oportunidad, sociológicas y políticas, así como por motivaciones económicas, esa unificación implicaría la creación de un ente supranacional con potestades tributarias, en cuyo ejercicio se logre que los sistemas impositivos de los distintos países miembros sean completamente uniformes, y se incluyan tipos uniformes para los diferentes impuestos en cada uno de los países miembros.

---

<sup>222</sup> Uerpmann – Wittzack, Robert, *The Constitutional Role of Multilateral Treaty Systems*, en Von Bogdandy, Armin (comp.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 145.

Asimismo tal unificación constaría en ese tratado constitutivo del bloque, como derecho originario, en el cual estarían previstos los demás instrumentos jurídicos a través de los cuales debería reglamentarse la unificación fiscal comunitaria.

Habría que tomar en consideración la reciente aprobación el 13 de diciembre de 2007 del Tratado de Lisboa, cuyas disposiciones modifican los Tratados de la UE y la CE vigentes sin sustituirlos, y proporcionan a la Unión el marco jurídico y los instrumentos necesarios para hacer frente a los retos del futuro y dar respuesta a las exigencias de los ciudadanos. Sin embargo, aunque todavía no es ratificado por los 27 estados miembros, deben analizarse las modificaciones que contiene, así como su impacto hacia la tendencia de la UE por alcanzar la unificación normativa de su ordenamiento jurídico.

## II. LINEAMIENTOS DE UNA REGULACIÓN COMERCIAL Y FISCAL DEL COMERCIO DE SERVICIOS PROFESIONALES, CONFORME A LOS OBJETIVOS DEL MILENIO EMITIDOS POR LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

En la actualidad es plausible que el proceso de armonización se dirija a un “*nuevo ius commune*” con nuevas características en su formulación, que reconozca un fundamento común, acorde con la dinámica de los sistemas jurídicos modernos, que alcance la Unificación Legal, en cuya base los sistemas legales se fundamenten en una misma normatividad a través de la adopción de un texto único.

Pero no fue sino hasta el año 2005 cuando para alcanzar la realización de las metas en el crecimiento del empleo, el bienestar social y la productividad económica deseada de todo ser humano, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), emitió y dirigió a todos los países miembros la ***Declaración del Milenio***, en cuyos objetivos hizo hincapié en la urgente implementación de normas migratorias, fiscales y comerciales a nivel nacional y global: justas, igualitarias, equitativas y proporcionales.

De ahí que la finalidad inmediata de los ***objetivos de esta Declaración*** fuera medularmente el aseguramiento de que para el año 2015 habría una reducción de la pobreza a la mitad de la existente en ese año en todo el mundo, así como la existencia de un mayor freno a la proliferación de enfermedades mortales, la reducción de conflictos bélicos y terroristas, entre otros.

### 1. ***Los Principios jurídicos de Justicia, Igualdad, Equidad y Proporcionalidad, en la normatividad auspiciada bajo los Objetivos del Milenio de la Organización de Naciones Unidas***

Si bien es cierto la Declaración del Milenio, en su **objetivo número 8 “Fomentar una Asociación Mundial para el Desarrollo”**, compuesto de 7 metas (meta 12, meta 13, meta 14, meta 15, meta 16, meta 17 y meta 18) establece la urgencia en que:

- Se desarrolle un sistema comercial y financiero abierto, **basado en normas previsible y no discriminatorias**, como las que rigen en el mundo actual, logrando una excelente gestión en los asuntos públicos, el desarrollo y la reducción de la pobreza en cada país y a nivel internacional.
- **Se atiendan las necesidades especiales de los países menos adelantados, incluyéndose el acceso libre de aranceles y cupos de las exportaciones de los países en desarrollo, el acceso a programas de alivio de la deuda de los países más pobres y endeudados, así como a la conciliación de la deuda bilateral oficial, y al otorgamiento de asistencia** para el desarrollo más generoso a los países que hayan expresado y logrado su determinación en la reducción de la pobreza.

- **Se enfrenten de manera general los problemas de la deuda de las naciones en desarrollo**, a través de medidas nacionales e internacionales que hagan la deuda sostenible a largo plazo.
- **Se establezca la Cooperación con los países en desarrollo, en la elaboración y aplicación de estrategias que proporcionen a los jóvenes un trabajo digno y productivo.**
- Se colabore con el sector privado y se aprovechen los beneficios de las nuevas tecnologías, como la de la información y comunicaciones.

La directriz marcada en esas metas es el establecimiento de marcos normativos nacionales y de ser factible uno o varios marcos legales internacionales que se cimienten bajo los principios jurídicos de **Justicia, Igualdad, Equidad y Proporcionalidad**. Lo anterior, en virtud de que los Principios no son más que las normas legales en las que descansan los elementos de un orden legal sea nacional o internacional.

Por ello, la materialización de las referidas metas sólo puede ser posible a través del establecimiento de instrumentos jurídicos idóneos, que con objetivos definidos, tiendan al aumento de las inversiones, al crecimiento de metas cuantitativas y de capacidad. Y fomenten la movilización de los recursos humanos y materiales internos que posee. Instrumentos que conjuntamente deberán con el resto de los ordenamientos jurídicos de las naciones integrantes de la comunidad internacional armonizarse y alcanzar el bienestar común de sus pobladores.

Por tanto, en la medida en que se tomen en consideración los criterios y Principios jurídicos de **Justicia, Igualdad, Equidad y Proporcionalidad** en la planeación, realización y materialización de las políticas relativas al comercio, la migración y la Tributación se logrará el anhelado crecimiento y desarrollo económico-social y, por tanto el bienestar común de todos los habitantes del orbe. En razón de que tales normas al ser dinámicas y orientadas al crecimiento, apuntalan un sector privado sano, capaz de generar empleos, renta e ingresos de alto rendimiento a largo plazo, afianzando con ello, un crecimiento económico sostenible, que invierta en el capital humano e infraestructura de desarrollo, respetando y buscando la sustentabilidad del Medio Ambiente y el beneficio social e individual tangible de toda persona.

De este modo la premisa que presupone la obligatoria existencia de una regulación migratoria, fiscal y comercial internacional: *justa, igualitaria, equitativa y proporcional*, no es una vaga enunciación, sino por el contrario es un objetivo *sine qua non* a alcanzar por todos los gobiernos del orbe en este principio de milenio.

Pero para lograr la materialización de este objetivo siguiendo los fines perseguidos por la Organización de las Naciones Unidas, se debe hacer frente al **desequilibrio de poder**<sup>223</sup> reinante en todo el mundo, a través del seguimiento total en la formulación de tales normas de los Principios de **Justicia, Igualdad, Equidad y Proporcionalidad**. Todo esto con la finalidad de que todo ser humano disfrute esa garantía y derecho inherente a su naturaleza misma: *la libertad*.

Una *libertad* entendida como aquélla potestad inherente a todos los hombres y mujeres para ser gobernados por su propio consentimiento, al amparo de la Ley, en una sociedad en que todas las personas que la integren sin temor a la discriminación ni a las represalias, disfruten de la libre expresión de opinión, culto, procreación, asociación, trabajo y desarrollo sustentable en un ambiente de seguridad, cooperación extensa y profunda entre el resto de la humanidad, considerando las necesidades propias y las de los demás.

<sup>223</sup> Fenómeno que en sí mismo es una fuente de inestabilidad, generado a su vez por el crecimiento desmedido de una riqueza fatal y erróneamente distribuida en la mayoría de las naciones y regiones mundiales

### **A. Principio de Justicia**

Si bien es cierto la justicia es un valor jurídico y fin que persigue alcanzar el Derecho mediante el establecimiento, ejecución y sanción de sus normas sistematizadas y coherentes. La justicia podemos concebirla como:

La realización jurídica de los valores superiores a los que el Derecho sirve en sociedad. La justicia es una cualidad que se realiza en mayor o menor medida y que es fuente de sentido, porque orienta las acciones de quienes hacen y aplican el Derecho<sup>224</sup>.

En este sentido al ser la justicia ese medio que facilita la convivencia social de un grupo y entorno culturales, se produce, aplica y evoluciona en la historia y la cultura del conglomerado social que rige<sup>225</sup>.

### **B. Principio de Igualdad**

La igualdad es un principio de justicia y a su vez un ideal igualitario. Pues desde la concepción de sus raíces griega *isotes* y latina *aequitas*, *aequalitas*, se le concibe como “la correspondencia entre un grupo con diferentes elementos que tiene las mismas cualidades en por lo menos algún aspecto”<sup>226</sup>.

Así entonces, la igualdad es un elemento fundamental de la justicia, porque esta última sólo puede existir entre personas que son tratadas de la misma manera, en iguales circunstancias y cuyas relaciones en dichas circunstancias son gobernadas por reglas fijas. Es decir, los iguales deben ser tratados igual y los desiguales deben ser tratados teniendo en cuenta sus diferencias relevantes.

Por lo que es necesario el establecimiento de reglas fijas imparciales (sistema legal), en cuya base la calificación de “igualdad” durante el proceso de valoración de las circunstancias, altera las circunstancias en perjuicio o beneficio de alguien. Lo anterior, en razón de que la aplicación de un *trato igualitario*, significa la aplicación de la misma regla a situaciones consideradas esencialmente similares<sup>227</sup>. Por tanto el Principio de Igualdad jurídica establece que en las relaciones jurídicas no deben hacerse diferencias de trato sobre la base de ciertas consideraciones bien determinadas por el orden jurídico.

Ahora bien la inserción del principio de igualdad en el contenido de la norma, supone la introducción de diferencias de trato para alcanzar una igualdad en los hechos<sup>228</sup>, siendo por tanto un elemento esencial de la estructura del orden jurídico al expresar la coherencia de las normas insertadas en dicho ordenamiento. Así pues, para que funcione efectivamente la igualdad debe aplicarse el Principio de legalidad en dicho ordenamiento legal coherente.

En este sentido la Igualdad en la Ley implica dos cosas<sup>229</sup>:

- 1) **La generalidad de la ley como garantía de imparcialidad**, la cual implica la obligación de no diferenciar irrazonablemente entre situación de hecho, debiéndose entonces fundamentar los elementos o puntos de conexión a los que quien hace la norma imputa ciertas consecuencias.

<sup>224</sup> Cfr. Álvarez Ledesma, Mario *Introducción al Derecho*, México, Editorial McGraw-Hill, 1995, p. 316.

<sup>225</sup> *Ibidem* p.363.

<sup>226</sup> Pérez Portilla, Karla, *Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas UNAM, 2005, p. 5.

<sup>227</sup> Cfr., *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo IV, F – L, Porrúa – Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2002, p. 361- 364.

<sup>228</sup> Pérez Portilla, Karla, *op. cit.*, nota 226, p.90.

<sup>229</sup> *Ibidem*, pp. 91-97.

- 2) **La ausencia de discriminación<sup>230</sup> injustificada en su contenido**, pues las normas que injustificadamente anulan consecuencias diferentes a supuestos de hechos sustancialmente iguales, sin fundamentación adecuada para su diferenciación, son por tanto discriminatorias.

Por tanto, la Igualdad en el contenido de la ley connota la exigencia de razonabilidad de la diferencia existente entre la situación de hecho sustancialmente idéntica, de manera fundada, implicando para ello la aplicación de un estándar de revisión a la finalidad de la norma (adecuación de la distinción establecida).

### **C. Principio de Equidad**

La Equidad deriva de la palabra latina *aequitas* – *atris* (igualdad de ánimo) la cual envuelve la idea de rectitud y justicia, moderación y medida, que a su vez es definida como:

La adaptación de la norma jurídica a los casos concretos, que tiende a aliviar y procurar la conciliación entre el carácter abstracto y rígido de la ley y las particularidades que presenta el caso concreto, para evitar que una norma pueda resultar injusta por las especiales circunstancias de hecho que en el concurren<sup>231</sup>

Es decir la Equidad es un valor que se liga con la Justicia, más no son lo mismo, pues a través de la Equidad el Derecho sopesa, ajustando y reconciliando, las singularidades presentadas en cada caso concreto e individual dentro del Derecho y en la generalidad de la norma.

Así el término “Equidad” se aplica a relaciones, situaciones o hechos creados o regidos por el Derecho, como sucede al hablar de “relaciones jurídicas equitativas” y “situaciones en condiciones de equidad”. Entonces, la equidad puede definirse como “el ejercicio de ponderación por el cual el Derecho arma, concerta, conjunta y armoniza los valores o principios que hacen posible la justicia”<sup>232</sup>, ejecutado por el juez, en cuya competencia se deposita este máximo de discrecionalidad para emitir el juicio final razonado y fundado dentro de un ordenamiento jurídico.

### **D. Principio de Proporcionalidad**

El Principio de Proporcionalidad también recibe el nombre de “principio de razonabilidad” o “juicio de ponderación”. El término proporcionalidad se empleó por primera vez en el campo jurídico por el derecho privado, cuya esencia radica de acuerdo a Rubén Sánchez Gil<sup>233</sup> por consistir en:

Una relación adecuada entre cosas diversas, a veces contrapuestas en una determinada situación, que evoca las ideas de orden y armonía entre ellas

Concepto que ser utilizado por la ciencia legal trae consigo las definiciones de Justicia, así como la prohibición de arbitrariedad y de exceso del ejercicio del poder estatal. Pues como Principio, el de Proporcionalidad trata:

... en que toda providencia de autoridad restrinja el alcance de un derecho fundamental –u otro principio constitucional- sólo en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin... lícito, de conformidad con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder, inherente al Estado

<sup>230</sup> Discriminación que de manera general debe ser entendida como *toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos infundados e irracionales que tenga por objeto o resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condición de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.*

<sup>231</sup> Pérez Portilla, Karla, *op. cit.*, nota 226, p. 17.

<sup>232</sup> Cfr. Álvarez Ledesma, Mario, *op. cit.*, nota 224, p. 364.

<sup>233</sup> Sánchez Gil, Rubén, *El Principio de Proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 9

Es decir, busca una armonía en la realidad del orden jurídico vigente, derivada de la aparición de conflictos entre los principios del Primer y Segundo Estándar Valorativo del Derecho<sup>234</sup>, previamente establecidos en el ordenamiento jurídico dinámico estatal. Lo anterior en razón de que dicho principio establece el margen de los límites del contenido esencial de los derechos fundamentales en cada caso concreto y según las circunstancias en que se relacionen los bienes y principios jurídicos en colisión, ya que considera 1) la relación entre los bienes, 2) las normas jurídicas que los regulan, 3) las circunstancias en que interactúan y 4) la determinación de su preferibilidad, a través de una valoración.

Por tanto el Principio de Proporcionalidad impone como regla: que habrá licitud de una medida legislativa que colisione con un derecho fundamental, si satisface de manera equivalente o mayor al perjuicio que ocasiona al derecho esencial<sup>235</sup>.

### III. UNA REGULACIÓN COMERCIAL Y FISCAL DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES A NIVEL INTERNACIONAL JUSTA, IGUALITARIA, EQUITATIVA Y PROPORCIONAL: ¿ARMONIZACIÓN, UNIFICACIÓN O SOFT LAW?

Para el efectivo cumplimiento de los principios de justicia, igualdad, equidad y proporcionalidad en la planeación, realización y materialización de un marco jurídico u ordenamiento sistémico de normas internacionales relativas al comercio y la Tributación en la prestación de servicios profesionales, conforme a los objetivos del Milenio de la Organización de Naciones Unidas<sup>236</sup>, resulta necesario proponer como vehículo idóneo para su elaboración, instauración, así como eficaz ejecución y aplicación, la elección de uno de los procesos o reglas que representan la armonización, la unificación o el soft law en la escena internacional, o bien la armoniosa y metódica aplicación de dos o más de ellos.

De igual modo habrá que considerar que dicha regulación mundial deberá estar contenida en tratados o convenciones que para el caso en específico se acuerden signar, consagrando ante todo "la equidad tanto de *iure* como de *facto*"<sup>237</sup>.

A pesar de que existe un organismo mundial que regula el comercio a nivel internacional, los acuerdos multilaterales no han buscado un trato justo, igualitario, equitativo y proporcional entre los miembros de dicha organización; hecho que ha llevado a países industrializados a forzar a las naciones en desarrollo para que acepten obligaciones perjudiciales a sus economías y poblaciones durante las negociaciones de su ingreso, así como en las de adhesión a los acuerdos comerciales que norman el intercambio de bienes, servicios y capitales, y en los procedimientos de solución de diferencias.

Por lo que en la última Conferencia de la OMC o Ronda Doha, llamada Ronda del Desarrollo, se determinó entre otras cosas, abordar los problemas de desarrollo colectivamente. Sin embargo dicha Conferencia no ha cumplido su cometido, ya que no se ha cimentado en los principios de justicia, igualdad, equidad y proporcionalidad social, sobre los cuales debe basar su análisis económico, negociación y consolidación de normas insertadas en los acuerdos internacionales

<sup>234</sup> Estándares basados en la Tesis del Doble Estándar Valorativo, que sostiene que el Derecho, en cuanto sistema normativo, produce con su aplicación en la vida social una serie de valores que comportan su misma naturaleza, es decir el **PRIMER ESTÁNDAR VALORATIVO DEL DERECHO (PEV)** compuesto por el *orden, la seguridad y la igualdad*, los cuales se generan con la sola aplicación de un sistema de normas jurídicas que origina a la Legalidad. Tales valores se justifican y conciben respecto de algo y ese algo (valores, principios, aspiraciones sociales, paradigmas) constituyen lo que se denomina **SEGUNDO ESTÁNDAR VALORATIVO DEL DERECHO (SEV)**, Cfr. Álvarez Ledesma, Mario *op. cit.*, nota 224, p. 309-371.

<sup>235</sup> Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 233, pp. 112- 115.

<sup>236</sup> La ONU pretende a través de esta Declaración alcanzar estas metas, auspiciando el respeto fundamental a la dignidad humana, por ello motivó la realización de esos objetivos, atendiendo principalmente a que el nuevo siglo XXI se caracterizaría por ser una era de profunda y creciente interdependencia mundial en la que toda la humanidad debe distinguirse por poseer un interés común, que encierre en sí mismo la unión de todas las naciones en una causa común: el bienestar y desarrollo sustentable, equitativo, justo y proporcional de la humanidad.

<sup>237</sup> Stiglitz, Joseph E., et al., *Comercio Justo para todos*, Madrid, Taurus, 2007, p. 34.

comerciales que clarifiquen las obligaciones de las naciones respecto al comercio de servicios profesionales, otorgando así una plena eficacia a la ejecución y aplicación de sus normas.

Lo anterior tomando en consideración que los servicios en general representan una proporción cada vez mayor del Producto Interno Bruto tanto de las naciones industrializadas como emergentes. En especial cabe destacar la importancia de los servicios profesionales, cuya negociación y regulación no fue idónea para los países en vías de desarrollo, quienes finalmente aceptaron todas las condiciones que les fueron impuestas por las poderosas economías sin que se llegara a una liberalización equilibrada de tales bienes intangibles en un ámbito justo de intercambio.<sup>238</sup>

Pero cabe mencionar que, a la par de la inserción de normas comerciales justas, equitativas, igualitarias y proporcionales en los acuerdos multilaterales aplicables al intercambio de los factores de la producción, deben contemplarse normas armónicas acordes con aquellas contenidas en los tratados para evitar la doble tributación internacional de los nacionales provenientes de sus miembros, que estén en concordancia con sus similares comerciales, a fin de que no sean antinómicas, sino por el contrario presten total coherencia, eficacia y unificación al orden jurídico internacional fiscal y comercial, incidiendo en el ámbito migratorio. Toda vez que estas disposiciones actualmente vigentes se encuentran dispersas en una multiplicidad de convenios internacionales, que a su vez se contraponen a las de las leyes y código nacionales de las naciones miembros.

### **1. Sus características**

La regulación internacional propuesta debe ser el resultado de la armónica complementación de las reglas y procedimientos del *soft law*, la *armonización* y la *unificación*, materializada en los *Tratados o Acuerdos multilaterales* que contengan *normas unificadas fiscales y comerciales*, que incidan en las reglas de operación y políticas migratorias bajo la administración, vigilancia, ejecución y sanción eficaz y válida de una Organización Mundial del Comercio renovada y revestida de nuevas facultades que la hagan una efectiva autoridad ejecutiva y judicial.

En este sentido, dicha normativa internacional debe poseer las siguientes características:

1. *El fortalecimiento de la OMC*, el cual implica entre otras cosas:
  - a. *La mejora de las facultades de ejecución y solución de conflictos* de sus procesos en el seno del Órgano de Solución de Diferencias y Órgano de Apelación.
  - b. *La creación de una autoridad que supervise el impacto de los acuerdos y el de las resoluciones de la OMC*, con base en los principios de justicia, igualdad, equidad y proporcionalidad que deben respetarse para y entre las políticas fiscales, migratorias y comerciales de sus miembros.
  - c. *Directrices y guías que basadas en los principios de justicia, igualdad, equidad y proporcionalidad, busquen la coherencia y eficacia de las normas fiscales, comerciales y migratorias de los acuerdos a alcanzar o actualizar, sin discriminar el desarrollo de países industrializados y los de economías emergentes.*
2. *La implementación de transparencia en el proceso de las negociaciones comerciales*, para lo cual se debe incluir:
  - a. La participación de organizaciones sociales, universidades, investigadores y parlamentos nacionales de los estados miembros en un consejo consultivo

---

<sup>238</sup> *Ibidem*, pp. 89-90.

alternativo a la OMC, al cual quede dicha organización obligada a rendir cuentas, y recurrir para el auxilio y preparación de sus trabajos diarios.

3. *La implementación en la creación, desarrollo y modificación de la regulación internacional fiscal y comercial con repercusiones en aspectos migratorios, de un nuevo proceso jurídico híbrido que conste de las siguientes etapas:*
  - a. La utilización de instrumentos soft law, cuyas funciones *pre-legales, pos-legales y para-legales*, enriquezcan las propuestas, monitoreo y actualización<sup>239</sup> tanto de las negociaciones como del cumplimiento de los acuerdos y las resoluciones emitidas en la solución de controversias planteadas ante la OMC; instrumentos que deben estar revestidos de coacción y obligatoriedad flexible.
  - b. La implementación de una armonización legal internacional provisional breve de 1 a 3 años, de las normas nacionales fiscales, migratorias y comerciales de las leyes nacionales de sus miembros y de los Tratados que hayan signado en dichas materias a nivel internacional<sup>240</sup>, que den paso a la firma de un solo cuerpo unificado de normas en la esfera mundial y bajo la vigilancia de la OMC. En esta etapa se estarán monitoreando, revisando y mejorando las normas armonizadas, para que se alcance la unificación con la firma del texto modelo.
  - c. El establecimiento de un tratado multilateral único o modelo unificador obligatorio con grado de norma suprema para cada miembro, que regule y comprenda en su contenido normas fiscales provenientes de los tratados para evitar la doble tributación y la evasión fiscal, y relativas al GATS, así como también contenga prohibiciones de:
    1. **Restricciones de tipo migratorio** como son los exámenes de necesidades económicas, requisitos de paridad en el pago de salarios y la duración limitada de los permisos laborales o de trabajo.
    2. **El trato discriminatorio** en cuanto a requisitos de obtención de residencia y ciudadanía para elegibilidad del proveedor del servicio.
    3. **El inadecuado reconocimiento de títulos, experiencia y técnica de los proveedores no nacionales del país miembro.**

Prohibiciones que se perfilan inminentemente como los próximos obstáculos y barreras al comercio de servicios en general a escala mundial.

Dicha unificación materializada en uno o varios tratados multilaterales, debe diferenciar y al mismo tiempo respetar las formas o condiciones de vida de cada pueblo, las cuales a su vez deben inspirar siempre los ordenamientos jurídicos de cada país.

4. Prever políticas e instrumentos jurídicos obligatorios complementarios y dirigidos específicamente a cada miembro de la OMC, cuyas funciones sean:

<sup>239</sup> Dicha actualización debe llevar a la reforma de todas aquellas normas que de manera diferencial perjudiquen más a países en desarrollo o beneficien más a países desarrollados (normas injustas). Para ello tanto la actualización como la consiguiente reforma deben ser progresivas. *Ibidem*, p. 115

<sup>240</sup> Debe ponerse especial atención a la red de tratados internacionales en materia fiscal y comercial que ha signado cada país ya que a través de estos cada nación asume la obligación de cumplir con los contenidos de tales acuerdos ante y en la comunidad internacional, debido a que son normas de Derecho Internacional, cuya aplicación y sanción repercuten en la modificación que tales estados deben hacer de sus leyes, códigos y reglamentos nacionales, es decir en su ordenamiento o sistema legal soberano, *Cfr.*, Reuven S., Avi-Yonah, *International Tax as International Law: an analysis of the International Tax Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 1-5.

- a. Proveerlo de las herramientas y propuestas necesarias para que mitigue los posibles daños de la liberalización comercial unificada de los servicios profesionales.
- b. Auxiliarlo en la implementación de políticas cohesionadoras que le permitan reducir las diferencias discriminatorias que puedan presentarse en su perjuicio frente a sus contrapartes en las negociaciones de los acuerdos unificadores a nivel multilateral.

## **2. Directrices en la inclusión de los principios de Justicia, Igualdad, Equidad y Proporcionalidad en las normas comerciales y fiscales internacionales relativas a los servicios profesionales**

La inclusión de tales principios en la aludida regulación, se perfila como la consecución de un comercio justo, en el que tales principios delinean las directrices que dicha normatividad debe revestir como son:

- Establecer, ejecutar y sancionar normas sistematizadas y coherentes que faciliten la convivencia social de los estados y sus poblaciones en la escena mundial y entorno cultural. **(Principio de Justicia)**
- Tratar a los Estados miembros de la OMC de igual manera en iguales circunstancias con base a las reglas fijas imparciales que en ellos se establezcan, tratando desigual a los desiguales, considerando sus diferencias relevantes exigiéndose para ello la razonabilidad de la diferencia existente entre la situación de hecho idéntica de manera fundada, implicándose con ello un estándar de revisión en cuanto a la finalidad de la norma:

Países desarrollados = países desarrollados

Países emergentes = países emergentes

Países desarrollados = países emergentes  
(Considerando las diferencias  
relevantes que los consideren iguales)

Debe por tanto introducir diferencias de trato para alcanzar una igualdad en los hechos, ya que a través de ella se expresa la coherencia de las normas del ordenamiento jurídico internacional y se garantiza la imparcialidad de trato **(Principio de Igualdad)**.

- Adaptar las disposiciones fiscales y comerciales que repercutan en normas y políticas migratorias de cada estado miembro, a los casos concretos en los que se pretende la libre prestación de servicios profesionales o en aquellos en los que se esté resolviendo la violación a dicha regulación internacional unificadora. Para ello, se hará uso de la conciliación entre el carácter abstracto y rígido de la ley y las particularidades de las normas nacionales comerciales, fiscales y migratorias del estado miembro en cuestión, para evitar que la norma y resolución según el caso sea justa, ejerciéndose un procedimiento de ponderación **(Principio de Equidad)**.
- Relacionar adecuadamente las divergencias o contraposiciones entre la aplicación e interpretación de las normas de dicha regulación, ponderando entre la licitud de una norma que colisiona con un derecho fundamental, estando por tanto contrapuestos en una determinada situación **(Principio de Proporcionalidad)**.

### 3. **Textualismo y Contextualismo en la modificación de normas fiscales, comerciales y migratorias del sistema legal multilateral bajo el amparo de la OMC.**

La materialización de esa regulación unificada internacional con carácter de “*constitución suplementaria internacional*”, podría ocurrir dentro del seno de la OMC, a través de la adopción de uno o varios tratados o acuerdos internacionales comerciales y fiscales de normas coherentes e influyentes en las políticas y normas migratorias de cada estado miembro, con base en un Constitucionalismo económico global, que refiere a las libertades fundamentales como componentes del mercado unificado (conversión de los mercados nacionales en un único mercado), en cuyo ámbito “la libertad de la actividad económica individual debería desarrollarse sin considerar las fronteras entre los miembros, sino en términos de eficiencia económica”<sup>241</sup>. Para lo cual, los estados miembros del sistema legal unificado global deben ser tratados de manera equitativa, sin considerar su conexión personal-individual con otro miembro.

De ahí que la búsqueda para integrar las diversas normas nacionales de los miembros de la OMC, en un solo ordenamiento jurídico, debe considerar la creación de normas multi-nivel, entendidas como:

... normas no restringidas a nivel estatal, que aparecen en... los casos de cooperación supra-nacional e internacional, como parte de un sistema multi-nivel, válido para todas las asociaciones políticas con una estructura policéntrica de poder, que prohíbe la discriminación<sup>242</sup>.

Normas multi-nivel que forjan una unión entre los sistemas legales de los miembros parte de la OMC, a fin de extender el Derecho unificado a través del sistema legal transnacional, en el cual cada país pierde su rol práctico. Aunado a lo anterior, la relevancia práctica de tales normas incrementa su expansión y dominio basado en su interdependencia con su enunciación en los instrumentos constitucionales de cada país, sin cuya referencia pueden ser entendidas.

Hecho que ya ocurrió en el ámbito fiscal internacional, con el nacimiento de un Régimen de Derecho Fiscal Internacional coherente, a través de la red de tratados fiscales celebrados y validados en las leyes nacionales y constituciones que los reconocen como obligatorios para las partes signantes<sup>243</sup>. Tratados que a su vez definen sus alcances y bases comunes en los principios de gravación única y de Beneficios, y que al crear dicho régimen forman parte del Derecho Consuetudinario o Costumbrista Internacional<sup>244</sup> actual.

Ahora bien, esas normas multi-nivel deben ubicarse dentro de un texto y un contexto (Rule of Law). Es decir por un lado se deberán analizar las normas fiscales, comerciales y migratorias conforme se insertan en los textos jurídicos a unificar (*textualismo*):

- **Normas fiscales:** Tratados bilaterales para evitar la doble tributación y evasión fiscal, leyes fiscales nacionales y Tratados fiscales modelo (OCDE, Naciones Unidas), relacionadas con los conceptos de prestador de servicio, servicio profesional, establecimiento permanente, ingresos, carga tributaria, impuesto sobre la renta e impuesto al valor agregado relacionados con la prestación de servicios profesionales, contribuyentes extranjeros, ingresos pasivos y activos, así como no discriminación, entre otros.

<sup>241</sup> Cfr., Thorsten Kingreen, *Fundamental Freedoms*, en Von Bogdandy, Armin, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 561.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 562.

<sup>243</sup> Cfr., Reuven S., Avi-Yonah, *op. cit.*, nota 240, pp. 1-3.

<sup>244</sup> Definido como “el Derecho internacional que deriva de la práctica de los Estados y que ellos aceptan como legalmente obligatorio, siendo una de las fuentes principales del sistema legal internacional”, Cfr., Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, 8<sup>th</sup> Edition, United States of America, Thomson West, 2004, p. 835

- **Normas comerciales:** Tratados bilaterales y/o multilaterales comerciales (TLCAN, GATT, GATS, TCE). Leyes, códigos, Directivas, leyes modelo que contengan disposiciones que regulen el intercambio y liberalización de servicios a través de sus fronteras y vía e-commerce, que además se refieran a los conceptos de liberalización comercial, prestador de un servicio profesional, establecimiento permanente, doble imposición, evasión, no discriminación, trato de nación mas favorecida, entre otros.
- **Normas migratorias:** Leyes nacionales relacionadas con los requisitos de ingreso, estadía y salida de extranjeros que incidan directamente en la prestación de servicios profesionales y en la imposición de impuestos por la realización de estas actividades remuneradas de manera presencial o vía e-commerce del prestador (extranjero) en un país diverso del que es nacional y en donde no tiene establecimiento permanente.

Por el otro, se deberán analizar tales disposiciones con base en las diversas circunstancias políticas, económicas y sociales que condicionen e influyan en la elaboración y aplicación del tratado o los tratados unificadores (*contextualismo*), como son entre otras:

- La globalización y tendencia unificadora jurídica.
- Las particularidades de las economías y desarrollo de cada uno de los países con economías emergentes, a fin de implementar políticas económicas que les permitan alcanzar los niveles de crecimiento, bienestar y seguridad social, así como desarrollo de sus sociedades con respecto a la de los países industrializados.
- El avance tecnológico de los medios electrónicos que favorezca la unificación legal e inyecte dinamismo a su modernización constante a la par de los nuevos descubrimientos y avances.
- Las situaciones de competitividad y crecimiento a corto y largo plazo de países como India, China, Brasil, comparadas con la desaceleración económica de los países industrializados.
- La reconexión del Derecho con las sociedades que rige a nivel nacional y global, a través de nuevas investigaciones en el campo de la sociología jurídica, que incluya aspectos económicos, fiscales, comerciales, culturales y prácticos.
- La valoración del envejecimiento de las poblaciones de los países desarrollados.

**CAPÍTULO CUARTO**  
**COHERENCIA ENTRE EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO Y EL INTERNACIONAL EN**  
**TORNO A LA UNIFICACIÓN NORMATIVA DE LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS**  
**PROFESIONALES**

*“La razón tendría que poder reinar en el mundo  
y crear las condiciones de la Paz, la Equidad y la Justicia”*

**Gilles Lipovetsky**  
Los tiempos hipermodernos

SUMARIO: I. *Los sistemas jurídicos: Nacional e Internacional.* 1. *La noción de sistema jurídico y su clasificación en nacional e internacional.* A. *El sistema jurídico nacional.* B. *El sistema jurídico internacional.* 2. *Teoría del ordenamiento Jurídico.* 3. *La dinámica jurídica.* 4. *El ordenamiento jurídico como sistema dinámico.* II. *Relaciones externas de coordinación e interdependencia.* 1. *La relación de coordinación e interdependencia entre el sistema jurídico nacional y el sistema jurídico internacional.* A. *La relación de coordinación.* B. *La relación de interdependencia (supra y sbordinación del sistema jurídico internacional).* a. *La supraordinación del sistema jurídico internacional.* b. *La subordinación del sistema jurídico internacional.* C. *En materia de la comercialización de servicios profesionales.* a. *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.* b. *Tratado de Libre Comercio para América del Norte.* c. *Acuerdo de Asociación Económica, concertación política y cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros (TLCUE) y la Decisión del Consejo Conjunto.* D. *En materia de impuestos derivados de la prestación de servicios.* III. *La compatibilidad, coherencia y consistencia de las normas del ordenamiento jurídico.* 1. *Los conflictos normativos o antinomias entre el sistema jurídico mexicano y el sistema jurídico internacional.* IV. *La unificación y sistematización de normas nacionales e internacionales comerciales, fiscales y migratorias relativas al comercio de servicios profesionales en México: un cuerpo normativo híbrido.* 1. *Características generales.* 2. *La inserción de normas que repercutan en la legislación de tratados internacionales, migratoria, comercio, posesión de títulos y tributaria.* A. *Normas sobre tratados internacionales.* B. *Normas migratorias.* C. *Normas de comercio relativas a la prestación de servicios profesionales y relativas al ejercicio de una profesión con posesión de título profesional, su certificación, registro y suspensión permanente.* D. *Normas tributarias.*

## **I. LOS SISTEMAS JURÍDICOS: NACIONAL E INTERNACIONAL**

En propias palabras de F. A. Hayek<sup>245</sup>, el principal instrumento para lograr un cambio deliberado en la sociedad moderna es la legislación, misma que desempeña un rol crucial para la consolidación de la propuesta de unificación jurídica híbrida comercial y fiscal a nivel internacional de la prestación de servicios profesionales en la sociedad hipermoderna y globalizada del siglo XXI.

Pero para que la realización de esa unificación legislativa sea viable, habrá que analizar la relación material y coherente que existe entre el sistema jurídico nacional y el sistema jurídico internacional de la cual deriva. Por lo que para ello, habremos de abordar su análisis asumiendo la teoría del ordenamiento jurídico como sistema de Norberto Bobbio, auxiliada de la teoría de la dinámica jurídica expuesta por Hans Kelsen, como su complemento. Lo anterior, en razón de que la norma es un elemento esencial de la teoría del ordenamiento jurídico, al cual se le percibe como ese conjunto, generalidad o totalidad que implica en sí mismo.

De modo que para fines prácticos nos remitiremos al caso particular de la relación actual del ordenamiento jurídico mexicano con el sistema jurídico internacional respecto al comercio y

<sup>245</sup> Cfr., Hayek, F.A., *Law, Legislation and Liberty (A new statement of the liberal Principles of Justice and Political Economy)*, London, Routledge, 1982, p. 65.

tributación de los servicios profesionales, materializada a través de la red de tratados internacionales que ha suscrito nuestro país con otras naciones y organismos internacionales.

Hay que partir del hecho de que en caso de que no existan disposiciones en leyes mexicanas comerciales, fiscales y migratorias que regulen expresamente la libre comercialización de los servicios profesionales de nacionales y extranjeros en México y en territorios de países con los que estamos obligados por tratados, habrán de aplicarse las normas de tratados multilaterales y bilaterales relacionados con tales servicios. Entonces, para que haya una debida y eficaz interpretación y regulación de esos servicios, no deberán originarse antinomias entre las normas fiscales, comerciales y migratorias relacionadas de estos dos sistemas, lo cual hablaría de una coherencia normativa entre ellos, haciendo viable la propuesta de unificación normativa en la comercialización y tributación de los servicios profesionales, con efectos en normas y políticas migratorias, con tendencias liberalizantes a nivel mundial. Una unificación basada en la coherencia exigida en la ejecución, solución e interpretación normativa de la liberalización de los servicios profesionales internacional y por tanto nacional.

### 1. La noción de sistema jurídico y su clasificación en nacional e internacional

La connotación dada la mayoría de las veces al vocablo “**sistema**”<sup>246</sup>, es según la propia conveniencia. Sin embargo, otros autores como Bobbio<sup>247</sup>, han pretendido definirlo neutralmente como:

Aquella...totalidad constituida por sus partes, mismas que se encuentran coordinadas entre sí según un patrón de manera que contribuyen a determinado objeto.

Por lo tanto, un sistema es una totalidad ordenada, o sea, un conjunto de entes, entre los cuales existe cierto orden, por lo que para hablar de orden se necesita que los entes no estén tan solo en relación con el todo, sino que estén también en relación de coherencia entre sí. De ahí que la idea de concebir al Derecho como un sistema jurídico, signifique que todos los elementos que componen a dicho sistema se interrelacionan con la finalidad de formar una unidad, la cual supone una estructura determinada para su operatividad.

El empleo del término *sistema* con una variante jurídica, esto es como *sistema jurídico o normativo* ha sido definido para algunos autores como Óscar Correas<sup>248</sup> como el hecho de:

... que las innumerables normas válidas en un país constituyen un conjunto de elementos que mantienen entre sí una relación tal que pueden ser consideradas una unidad, por lo cual se le califica a tal conjunto con el nombre del país que se trate.

En el mismo sentido se pronuncia Caracciolo<sup>249</sup> quien apunta que al concebir como sistema al Derecho necesariamente se provee de criterios de pertenencia a las normas que componen el ordenamiento jurídico, pues tal ordenamiento constituye un sistema en tanto exista relación o relaciones entre sus miembros, ya que se le tiene como un instrumento cognoscitivo con el que se pretende comprender un aspecto definido de la realidad. Por lo tanto, ese *sistema normativo* se va a caracterizar principalmente porque:

- Su proceso de aplicación esta articulado en un todo (ordenamiento jurídico).

<sup>246</sup> Cfr., García Castillo, Tonatihu, Consideraciones en torno a la relación de dos sistemas jurídicos no independientes, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 7.

<sup>247</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 2a edición, trad. de Jorge Guerreño, Bogotá, Temis, 1994, p.177.

<sup>248</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano*, Editorial Porrúa – UNAM, México, 2004, p. 3480.

<sup>249</sup> Cfr, Caracciolo, Ricardo, *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho*, 2ª edición, México, Distribuciones Fontamara, 1999, p. 47-49.

- La aplicación del Derecho no es un fenómeno aislado y atemporal, ya que los ordenamientos jurídicos conviven con otros similares contemporáneos, lo cual genera relaciones e influencias mutuas insoslayables que deben ser realizadas, como sucede entre el sistema jurídico internacional y el sistema jurídico nacional.

Así pues el concepto de sistema aplicado al ámbito jurídico, denota la “forma en que el derecho se organiza, estructura y regula los procedimientos mediante los cuales se modifica”<sup>250</sup>, atendiendo a las reglas y principios previstos en sus disposiciones.

### **A. Sistema jurídico nacional**

Es una totalidad integrada cuyos elementos llamados disposiciones normativas guardan un dinamismo, orden y coherencia entre ellas al momento de interrelacionarse, formando una unidad estructurada jerárquicamente en la base de la norma suprema de un Estado (ente soberano), siguiendo además los criterios (principios contenidos en la norma suprema) que las ordenan.

### **B. Sistema jurídico internacional**

Como aduce Kelsen<sup>251</sup> en su teoría pura del Derecho, habremos de partir del hecho de que el Derecho internacional tiene validez frente a un Estado, cuando éste lo reconoce fundándose en su constitución estatal vigente. Por tanto el sistema jurídico internacional es un *orden jurídico supraordenado a todos los ordenamientos jurídicos estatales, como un ordenamiento jurídico únicamente soberano que delimita a los órdenes estatales en sus respectivos dominios de validez*. Sistema cuya *norma fundante básica* es el enunciado que establece que “según el Derecho internacional el gobierno que ejerce independientemente de otros gobiernos, control efectivo sobre la población de determinado territorio, es un gobierno legítimo (Estado) en el sentido del Derecho internacional”.

Por tanto, dicha norma faculta con fundamento en una constitución eficaz, a la comunidad constituida en Estados dependientes inmediatamente del Derecho internacional, para producir y aplicar un orden coactivo normativo. Permitiéndoles a través de la costumbre a celebrar tratados que regulen sus relaciones recíprocas, en cuyas disposiciones las normas jurídicas internacionales encuentra su validez.

## **2. Teoría del ordenamiento Jurídico**

En primer lugar debemos señalar que entre la multiplicidad de términos lingüísticos utilizados dentro del ámbito jurídico en general y más aún en los de tradición romano germánica, para referirse al *ordenamiento jurídico*, destacan los de *orden jurídico*, *sistema legal*, *sistema jurídico*; vocablos cuya utilización de manera sinónima pretende referirse “*al conjunto de disposiciones jurídicas que están conectadas entre sí, manteniendo una coherencia lógica en esa conexión o relación*”, definición que ha sido conceptualizada por la tradición jurídica del Common Law a través del vocablo inglés *Legal System* y que se acerca más a la definición de *ordenamiento jurídico* que buscamos en esta investigación y de cuya teoría nos auxiliaremos.

Pues aunque la mayoría de las teorías por las que se pretendía abordar el estudio del Derecho partían únicamente de la perspectiva de la teoría de la norma jurídica, cuyo elemento principal de estudio era la concepción individual y autónoma de “la norma jurídica”, así como el de su problemática particular y diversa, sin abordarse el análisis del ordenamiento jurídico, en razón de que a éste último se le consideraba únicamente como un conjunto de normas, dejándose a

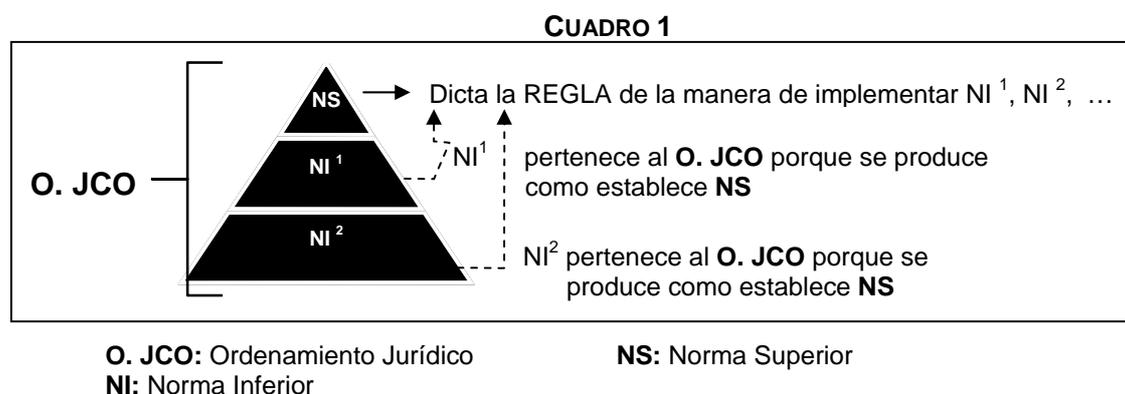
<sup>250</sup> Cfr., Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos Normativos*, 2ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 12.

<sup>251</sup> Cfr., Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 15ª edición, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2007, pp. 225-228.

un lado la teorización del ordenamiento jurídico como ese conjunto, generalidad o totalidad que implica en sí mismo. Fue hasta la publicación en 1917 de la obra “*L’ordinamento giuridico*” de *Santi Romano*, exponente de la teoría de la institución<sup>252</sup>, cuando nace la teorización o estudio del Derecho a partir de su conceptualización como *ordenamiento jurídico*, es decir como un conjunto coordinado de normas (sistema) auxiliándose para ello de la teoría de la norma jurídica, en razón de que una norma jurídica jamás esta sola ni aislada, sino que se encuentra ligada a otras, para formar un sistema normativo.

De igual modo Hans Kelsen en la II parte de su obra *Teoría General del Derecho y del Estado*, también alude al estudio del ordenamiento jurídico, denominándolo **nomodinámica**, cuyo estudio son los problemas derivados del ordenamiento jurídico, refiriéndolo como un sistema dinámico; indicando con ello que las normas jurídicas resultaban válidas en cuanto habían sido creadas conforme a determinadas reglas, en donde la norma fundamental (constitución) era la regla suprema de acuerdo con la cual los preceptos del orden jurídico eran establecidos y anulados.

A su vez Norberto Bobbio definió al ordenamiento jurídico como aquél “conjunto de normas, en cuya construcción concurren varias normas o al menos dos”<sup>253</sup>. Así pues en la tradición romano-germánica de la que deriva la tradición legal mexicana, se ha empleado la palabra **ordenamiento jurídico**, para señalar “**aquel conjunto de disposiciones jurídicas en el que no hay contradicciones normativas, toda vez que son consistentes entre unas y otras (coherentes)**”, ausencia de contradicciones que no siempre se cumple. Definición que puede resumirse a través del siguiente ejemplo gráfico:



Pero, hablar del “ordenamiento jurídico” es entrar al análisis de la aplicación del Derecho y de los problemas que le acompañan, puesto que el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas, lo que sucede con una norma, sucede por igual con el orden jurídico en su conjunto.

Así pues, tales problemas derivados de las relaciones y conexidad mantenidas entre las normas que lo componen, devienen de analizar al ordenamiento jurídico como una unidad (Jerarquía) y como un sistema coherente (Antinomias Jurídicas) con características de Plenitud (Lagunas).

### 3. La Dinámica Jurídica

Fue **Hans Kelsen** quien distinguió dentro de los ordenamientos normativos, dos clases de sistemas, uno llamado estático y otro dinámico (**nomodinámica**), definiendo al **sistema**

<sup>252</sup> Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 247, p. 142.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 150.

**dinámico** como aquél en el que las normas que lo componen se derivan unas de otras a través de una delegación sucesiva de poder, o sea, por medio de la autoridad que las ha creado y no de su contenido, siendo por tanto la vinculación entre las diferentes normas que lo componen de tipo formal. Arribando finalmente a la conclusión de que los ordenamientos jurídicos son sistemas dinámicos.

Por su parte, **Alchourrón y Bulygin**, definen al sistema normativo como “un sistema dinámico de normas que no es un conjunto de normas, sino una secuencia de conjuntos en cada momento temporal, el conjunto de normas es diferente. Entendiendo al momento temporal como aquel momento en que se produce un acto que incorpora una norma al sistema o la elimina o ambas cosas a la vez. Por lo que se habla de un mismo sistema por criterios de identificación de las normas que pertenecen al sistema cada momento.

De ahí que el calificativo de **dinámica**<sup>254</sup> aplicado al sistema jurídico, se refiera a “su automoción, a la creación, modificación y derogación de sus normas”<sup>255</sup>, implicando con ello que el sistema jurídico se puede encontrar en “constante modificación sin alterar su naturaleza ya que él mismo prevé procedimientos jurídicos para crear nuevas normas, eliminarlas o modificarlas”<sup>256</sup>, siendo por tanto condición de un sistema jurídico eficaz y duradero.

En esta tesitura, de lo expuesto por Kelsen respecto a la Dinámica en su Teoría Pura del Derecho<sup>257</sup>, hay que partir del hecho de que el Derecho como orden normativo y sistema de normas, posee un elemento principal que es la **Norma Fundante Básica o Superior (NFB o NS)**, la cual posee las siguientes características:

- *Provenir de una Autoridad* con capacidad o competencia para establecer normas válidas, esto es el Primer Constituyente Histórico [Autoridad Jurídica Suprema].
- *Ser presupuesta* por una Autoridad cuya competencia se basa en 1 norma más superior.
- *Otorgar competencia* (personalidad) *para imponer normas*, basada en ella misma, a favor de una autoridad competente que podrá establecer normas válidas.
- A ella quedan sujetas:
  - La Autoridad facultada para *dictar normas*.
  - Los individuos quedan obligados a obedecer las normas inferiores que derivan y establece dicha Norma Superior.
- Es *fuerza común de validez de todas las normas* (Sistema de Normas/Ordenamiento Jurídico) *pertenecientes a esa única y misma norma superior*, siendo así la *unidad de la multiplicidad de normas (NI<sup>1</sup>, NI<sup>2</sup>, NI<sup>3</sup>...)*
- Tener como *fundamento de validez, su origen en una Constitución estatal anterior* sea por:
  - Enmienda constitucional establecida
  - La implantación de la Constitución misma por una Revolución

A fin de una mejor comprensión se presenta el siguiente esquema:

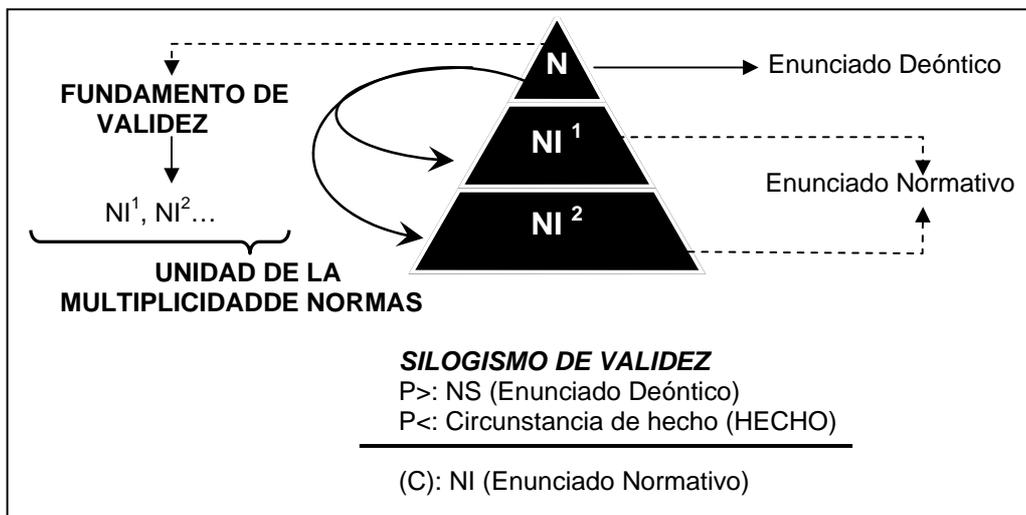
<sup>254</sup> La dinámica del sistema ha llevado a distinguir entre sistemas momentáneos y continuos, definiendo al sistema jurídico dinámico – momentáneo, al conjunto en un momento dado, de todas las disposiciones jurídicas explícitamente emitidas por los órganos competentes de dicho sistema jurídico, por el contrario el sistema jurídico dinámico continuo es aquel que no forma partes del mismo conjunto de disposiciones jurídicas en el mismo momento. *Cfr.* García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 246, pp. 21-22.

<sup>255</sup> *Cfr.*, Huerta Ochoa, Carla, *op. cit.*, nota 250, p. 136.

<sup>256</sup> *Idem.*

<sup>257</sup> *Cfr.*, Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 251, pp. 201-220.

CUADRO 2



NFB/ NS: Norma Fundante Básica o Norma Superior

P>: Premisa Mayor

P<: Premisa Menor

O. JCO: Ordenamiento Jurídico

(C): Conclusión

NI: Norma Inferior

#### 4. El ordenamiento jurídico como Sistema Dinámico

Podemos concebir tal y como lo expone el Dr. Álvarez Ledesma<sup>258</sup> al ordenamiento jurídico como un Sistema o unidad sistemática en primer lugar porque el Derecho es una totalidad ordenada, entendida como un conjunto de normas entre las cuales existe tanto unidad, como una disposición determinada (orden) respecto a una norma fundamental y consistencia o coherencia (relación de compatibilidad), entre tales normas, con la cual excluyen de su seno las contradicciones entre tales normas (antinomias).

Es este mismo sentido Bobbio, también concibe al ordenamiento jurídico como un sistema, al señalar que dicho "... ordenamiento jurídico es un sistema, en virtud de que en él no pueden coexistir normas incompatibles". Advirtiendo que la utilización del vocablo "sistema" equivale a la validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas. Pues si en un ordenamiento existieran dos normas incompatibles una de las dos, o ambas deberían ser eliminadas.

Sin embargo, apunta que el hecho de que las normas deban ser compatibles no significa que se ensamblen la una con la otra, y constituyan un sistema deductivo perfecto. De ahí que sea inexacto hablar de coherencia del ordenamiento jurídico en su conjunto, como un elemento obligatorio y esencial, más no hablar de una exigencia de coherencia sólo entre las partes individuales de este (normas jurídicas).

Puntualizando lo anterior, tenemos que el ordenamiento jurídico es un sistema, en razón de que es una totalidad ordenada, compuesta por normas compatibles entre cuyos componentes individuales (**normas**<sup>259</sup>) debe exigirse coherencia o relación de compatibilidad a guardar entre

<sup>258</sup> Cfr., Álvarez Ledesma, Mario I., *op. cit.*, nota 224, p. 258.

<sup>259</sup> Esas disposiciones jurídicas, concebidas como elementos de un sistema jurídico, no son entidades objetivamente dadas, sino construcciones del intelecto humano, que produce conceptos y otras estructuras con significado, con ayuda del lenguaje que soporta el razonamiento y el discurso. Concepción a partir de la cual podemos pensar en los sistemas jurídicos como redes de densidad infinita que conectan relaciones jurídicas.

sí, que presenta dificultades en virtud de tal coherencia, pues sin ella no se puede hablar de un sistema, ya que se estarían dando normas contradictorias en un sistema dinámico, pese a lo cual el sistema sigue siendo legítimo en tanto que sus normas satisfagan el principio de compatibilidad.

Lo anterior, en razón de que en un sistema jurídico la admisión del principio que excluye la incompatibilidad (Principio de Compatibilidad) tiene como consecuencia, en caso de incompatibilidad de dos normas, la caída, no ya de todo el sistema, sino solo de una de las dos normas o a lo sumo de ambas.

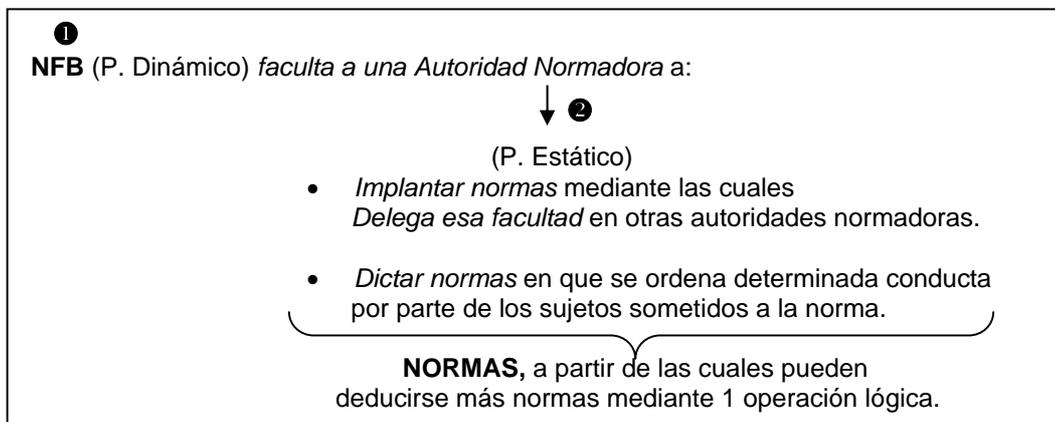
Pues la tesis según la cual el Ordenamiento jurídico constituye un sistema se puede expresar diciendo que el derecho “no admite antinomias”. Por tanto, el sistema jurídico representa una forma de ser o de organizarse del Derecho que refleja su estructura, su dinámica y al modo en que operan y se relacionan las normas que lo constituyen, pues las normas se presentan agrupadas en cuerpos o conjuntos relativamente articulados.

La distinción que hizo Kelsen entre la dinámica y estática, conlleva a la unión de cada uno de sus sistemas (sistema normativo dinámico y estático) de la manera siguiente:

1. En el **sistema normativo estático**, su validez deriva de una norma fundante básica presupuesta.
  2. En el **sistema normativo dinámico**, se señalan a su vez:
    - a) El establecimiento de 1 hecho productor de normas
    - b) El facultamiento de una autoridad normadora
- } Regla el cómo deben producirse normas generales e individuales del orden que sustenta la NFB.

Principios **estático** y **dinámico** que se unen en 1 único e igual sistema normativo como a continuación se expone de manera esquemática:

**CUADRO 3**



Por lo tanto, el ordenamiento jurídico como Sistema es Dinámico, porque cada norma que lo integra es *válida* por haber sido producida de la *manera determinada por la Norma Fundante Básica o Superior*, mediante:

- Actos legislativos de intención expresa (*Legislación*)
- La Costumbre
- Las normas generales del *Ordenamiento Jurídico*

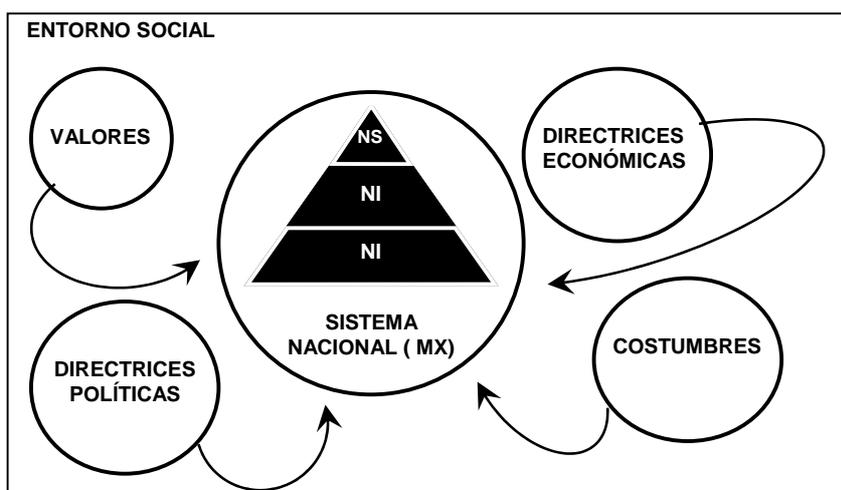
## II. RELACIONES EXTERNAS DE COORDINACIÓN E INTERDEPENDENCIA DE UN SISTEMA JURÍDICO

Los sistemas jurídicos son un tipo de *sistema social* al cual Niklas Luhmann clasificó como un *sistema abierto*, que posee tanto relaciones internas y externas. Relaciones internas que se originan entre y con los elementos (normas o disposiciones jurídicas) del propio sistema; siendo las relaciones externas, aquellas vinculaciones tanto de los elementos como del sistema con su entorno<sup>260</sup>.

Esa característica de apertura del sistema jurídico lo lleva a la adopción y al otorgamiento de fuerza vinculante de normas que no derivan lógicamente de las suyas (normas jerarquizadas piramidalmente en las que por debajo de la Constitución en el caso mexicano, se encuentran los tratados internacionales, de conformidad con los últimos criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>261</sup>), sino por el contrario tienen origen en las relaciones externas que establecen sus normas nacionales con su entorno:

- a) Valores, costumbres, directrices económicas y políticas de su sociedad (CUADRO 4), y
- b) Normas de ordenamientos jurídicos nacionales diversos a él y otros de naturaleza internacional:
  - Tratados internacionales entre dos o más países (CUADRO 5) y
  - Tratados multilaterales, adoptados por numerosas naciones ante un organismo internacional en quien se delegan facultades de ejecución, interpretación y sanción (CUADRO 6).

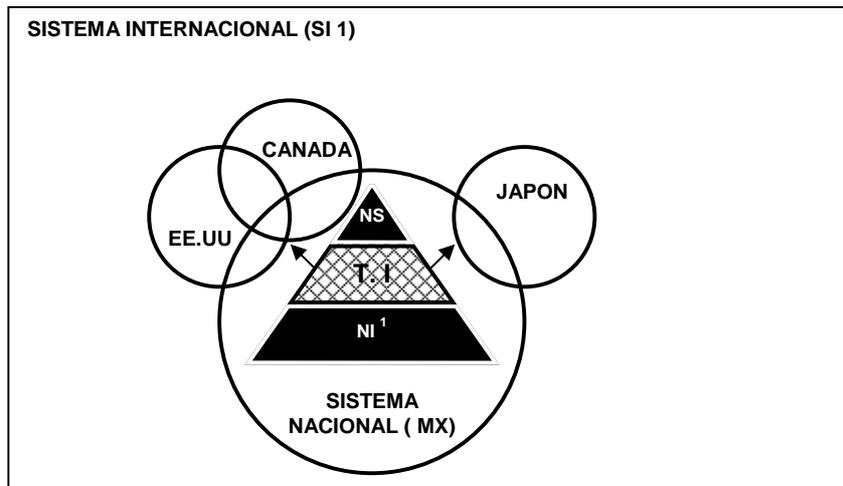
CUADRO 4



<sup>260</sup> Cfr. García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 246, pp. 24-27.

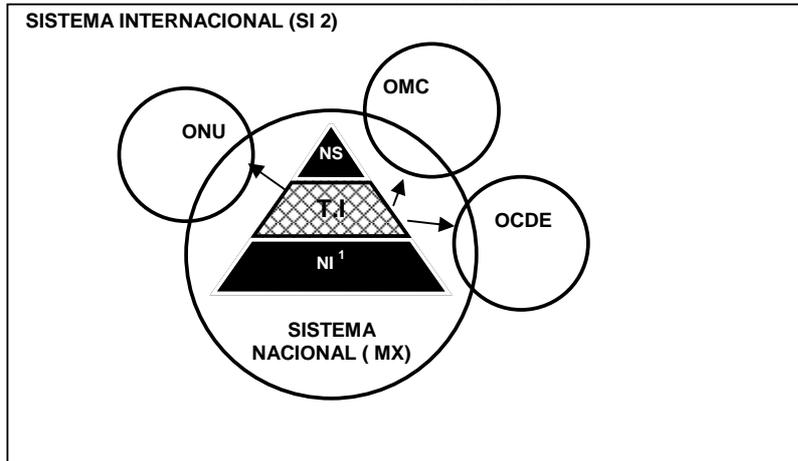
<sup>261</sup> Registro No. 172650, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Abril de 2007, Página: 6, Tesis: P. IX/2007, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional. **TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL**, y Registro No. 172667, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Abril de 2007, página: 6, Tesis: P. VIII/2007, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional. **SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL**.

CUADRO 5



T.I.: Tratados internacionales

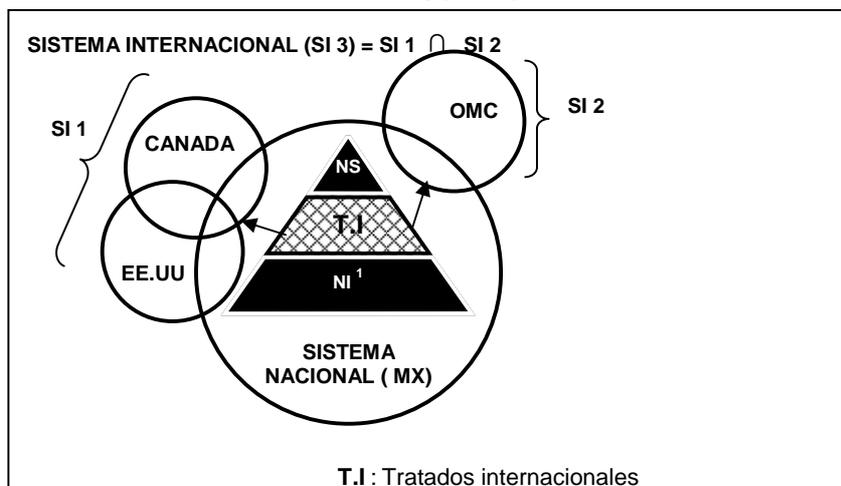
CUADRO 6



T.I.: Tratados internacionales

*Relaciones externas* refiriéndonos a las que se mantienen con el sistema internacional, mediante la celebración de tratados y convenios con otras naciones y organismos mundiales que al ser reconocidos y adoptados por el ordenamiento jurídico nacional dentro de la escala piramidal, se convierten en el vínculo que intersecciona o vincula (intersección “∩”) al sistema jurídico nacional con el internacional, dando como resultado la interdependencia de las normas de ambos a nivel nacional (MX) e internacional (SI 3) [CUADRO 7].

CUADRO 7



### 1. La relación de coordinación e interdependencia entre el sistema jurídico nacional y el sistema jurídico internacional

Inmersos en un mundo global, si bien es difícil sostener una total separación entre el sistema jurídico internacional y los sistemas jurídicos nacionales, también lo es sustentar una única relación de permanente subordinación de uno frente al otro.

#### A. Relación de coordinación

Por tal motivo, habrá que hablar de una relación de coordinación en la que se coloca en primacía al derecho internacional o supra-estatal<sup>262</sup>, como el mismo Kelsen lo señala. *Relación de coordinación* que ocurre “entre los Estados soberanos, dando origen al régimen particular de pactos, en el que las reglas de coexistencia son el producto de una autolimitación recíproca”<sup>263</sup> y que resulta en un “complejo de normas que regulan la conducta recíproca de los Estados... a través de normas producidas mediante actos de los Estados –es decir, de los órganos competentes al respecto, conforme a los órdenes jurídicos de cada Estado-, para regular las relaciones interestatales”<sup>264</sup>, como consecuencia de “la costumbre y tratados entre los Estados y de lo órganos internacionales creados mediante tratados o convenciones entre Estados”<sup>265</sup>.

#### B. Interdependencia (supra y subordinación del sistema jurídico internacional)

Ahora bien, partiendo de la relación de coordinación existente entre ambos sistemas dinámicos jurídicos, podríamos decir que hay al mismo tiempo un sistema unitario de normas (*tesis monista*<sup>266</sup>) en el que por un lado tenemos en supremacía al sistema internacional (*supraordinación*) y por el otro colocamos al sistema jurídico nacional por encima del internacional (*subordinación*).<sup>267</sup>

<sup>262</sup> Cfr., Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 247, p. 244.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 245.

<sup>264</sup> Cfr., Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 251, pp. 325-326.

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 337.

<sup>266</sup> También llamada “monismo jurídico”, se refiere a la idea universal con base en la cual existe un solo ordenamiento jurídico universal. Asimismo, existe una tesis “dualista” o “pluralismo jurídico”, que a su vez se divide en dos fases: la primera, que afirma que la nacionalidad de los derechos nacionales emana directamente del derecho natural de la conciencia popular directa o indirectamente, por tanto no existe un solo ordenamiento jurídico, sino varios según el número de naciones; la segunda fase denominada institucional, establece que hay ordenamientos de muchos tipos diferentes según el tipo de institución o grupo social organizado que lo establezca. Cfr., Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 247, p. 244

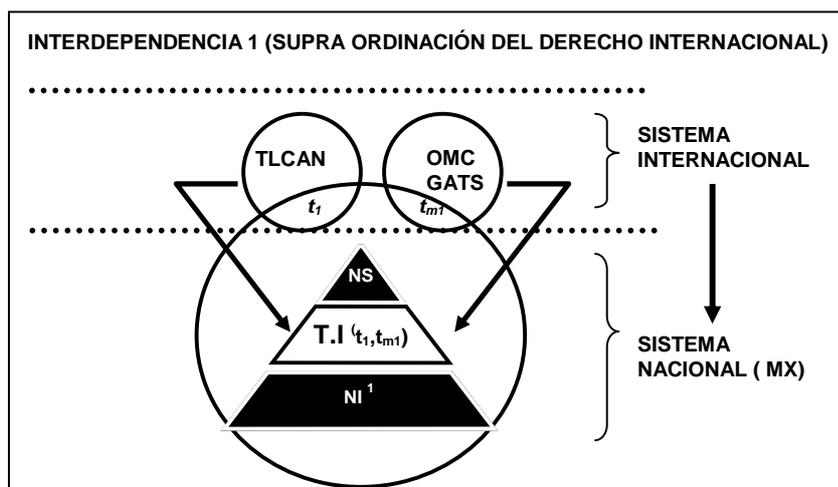
<sup>267</sup> Cfr., Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 251, p. 334.

### a. Supraordinación del sistema jurídico internacional

Siguiendo lo expuesto por Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, el primer tipo de interdependencia (Interdependencia 1) que surge entre ambos sistemas jurídicos, sucede cuando se otorga primacía al sistema jurídico internacional (normas de tratados bilaterales, o multilaterales o de organismos internacionales, por citar algunos) sobre el nacional, al quedar este último subordinado al primero, mediante la delegación que le hace de cierta validez y soberanía estatal, en cuanto a determinados ámbitos o materias, expresamente señalados en tratados, costumbres o en convenciones correspondientes a la creación de organismos internacionales, por dos motivos (CUADRO 8)<sup>268</sup>:

- a) El reconocimiento que le da el sistema jurídico internacional (derecho internacional) como Estado y por tanto otorga validez al orden jurídico estatal, el cual es concebido como un orden jurídico parcial y delegado por el sistema internacional. Es decir, el sistema nacional queda subordinado al internacional frente al orden jurídico mundial y universal que forman en conjunto cada orden jurídico estatal y el Derecho Internacional.
- b) La validez de la norma fundante básica o suprema del Estado-nación, la cual deriva del anterior reconocimiento, y es sobre la que se funda el poder soberano del sistema jurídico nacional en particular, frente al resto de los demás países que integran la comunidad internacional, posibilitando entonces la coexistencia de una multiplicidad de sistemas jurídicos estatales coactivos.

CUADRO 8



**TLCAN:** Integrado por disposiciones o normas jurídicas ( $t_1$ )

**GATS (OMC):** Integrado por disposiciones o normas jurídicas ( $t_{m1}$ )

**MX:** Integrado por normas jerarquizadas que van de una **NS** (grado superior) a **NI<sup>1</sup>**... (normas inferiores), incluyendo normas **T.I** (tratados internacionales), a su vez integradas por  $t_1$ ,  $t_{m1}$ , etc.

### b. Subordinación del sistema jurídico internacional

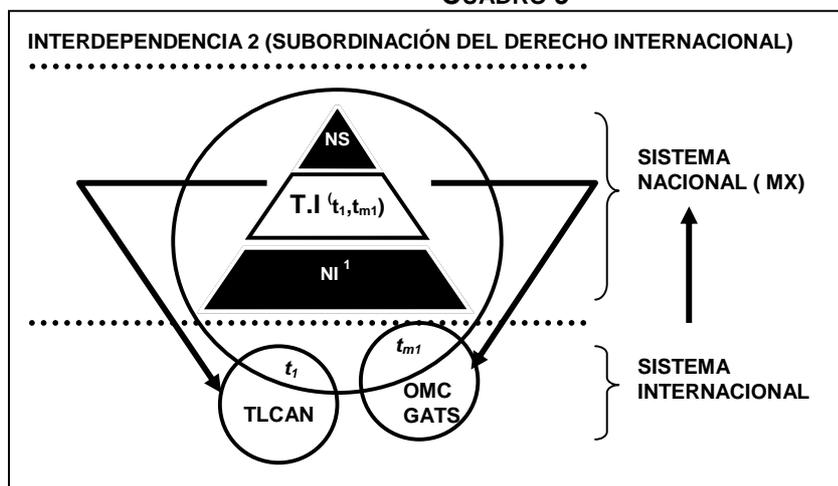
El segundo tipo de interdependencia (Interdependencia 2), consiste en la subordinación del sistema jurídico internacional al ordenamiento jurídico estatal, a fin de que las normas del sistema internacional al ser reconocidas por el ordenamiento jurídico nacional del Estado, tengan validez y aplicación en dicho sistema estatal<sup>269</sup>. Colocándose así el sistema nacional en primacía respecto al internacional.

<sup>268</sup> *Ibidem*, pp.338-345.

<sup>269</sup> *Ibidem*.

De modo tal que la validez del sistema internacional queda sujeta a la validez que le otorga el Derecho nacional al reconocer a las normas internacionales insertadas en convenios y tratados internacionales como parte del mismo y por tanto hacerlas obligatorias y aplicables para su Estado y extensivamente a sus gobernados, de conformidad con los términos que para ello disponga su norma básica fundante o superior (Constitución Estatal).

CUADRO 9



**TLCAN:** Integrado por disposiciones o normas jurídicas ( $t_1$ )

**GATS (OMC):** Integrado por disposiciones o normas jurídicas ( $t_{m1}$ )

**MX:** Integrado por normas jerarquizadas que van de una NS (grado superior) a  $NI^1$ ... (normas inferiores), incluyendo normas T.I (tratados internacionales), a su vez integradas por  $t_1$ ,  $t_{m1}$ , etc.

En este sentido podemos concluir que la relación de coordinación existente entre el sistema jurídico de México y el sistema jurídico internacional, en la que éste último sistema tiene primacía sobre el nacional, es el cimiento sobre el cual se edifica la interdependencia entre ambos sistemas, en la cual el sistema internacional (normas insertadas en tratados internacionales) mantiene por un lado una supraordinación y al mismo tiempo una subordinación frente al sistema nacional, ya que como lo establece el artículo 133 de nuestra norma suprema, las normas del derecho o sistema internacional se convierten en normas de rango y jerarquía constitucional al ser reconocidas y determinadas por dicha Constitución:

**Artículo 133.-** Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Precepto jurídico que al no definir expresamente el nivel jerárquico que ocupa el sistema jurídico internacional frente a la legislación federal, ha remitido su interpretación y consiguiente delimitación jerárquica a nuestro máximo Órgano Juzgador, quien ha emitido los multireferidos criterios jurisprudenciales que han colocado a los tratados internacionales por encima de las leyes generales y federales emanadas mediante el proceso legislativo que la propia norma superior mexicana instaure. Jerarquización que abordaremos con mayor detenimiento con posterioridad.

Ahora bien, retomando la interdependencia de ambos sistemas, es dable exponer que dentro del mismo ordenamiento jurídico mexicano, el artículo 2º en la última parte de su fracción I de

la Ley Sobre la Celebración de Tratados<sup>270</sup>, reconoce a los tratados internacionales como ley suprema de la Unión en los mismos términos del citado 133 constitucional. Estableciendo además en el numeral 4º de la misma ley <sup>271</sup>que surtirán efectos de obligatoriedad y cumplimiento las disposiciones contenidas en tales instrumentos internacionales una vez que hayan sido publicados en el Diario Oficial de la Federación.

Del mismo modo, la ley sobre la aprobación de tratados internacionales en materia Económica, en su artículo 2º hace suya la definición de tratados establecida en la ley sobre la celebración de tratados, ampliando las condiciones de la validez de los tratados internacionales en materia económica al sujetarlos a estar de acuerdo con la Constitución; sujeción que los circunscribe al respeto que hagan de las garantías individuales, de la división de poderes, de la distribución de facultades, así como de las potestades de los órganos representantes del pueblo.

La ausencia dentro de nuestro sistema constitucional de normas que expresamente definan los elementos particulares de cada tratado, así como las materias sobre las cuales podrán celebrarse a nombre del Estado mexicano que obliguen a su cumplimiento, y que además esboquen las características de los mismos en cuanto a:

- Su aplicación directa (*Incorporación automática*), es decir, no se necesita ningún acto normativo interno especial para que sea obligatorio en el territorio nacional, bastando que sea obligatorio a nivel internacional, siendo en ocasiones exigible su publicación en el diario gubernamental, como sucede con nuestro país en algunos tratados<sup>272</sup>.
- Simple adecuación legislativa del ordenamiento nacional de conformidad con lo dispuesto por el tratado (*Recepción Especial*), a través de su transformación en un acto de producción normativa interna, sea una ley, decreto, etc.<sup>273</sup>

Lo cual, dificulta aún más no sólo la aplicación, interpretación, sino solución de los conflictos que pudiesen surgir entre las normas del tratado y las de las leyes mexicanas o entre la ausencia de tales leyes que procedimiento tendría que seguirse a fin de alcanzar la certeza jurídica del ciudadano mexicano o extranjero que invoque ante nuestros tribunales el contenido de las referidas convenciones internacionales.

Toda vez que a pesar de que no existe norma constitucional ni disposición normativa nacional que aborde expresamente la solución a las dificultades aludidas con antelación, aparece como instrumento legal auxiliar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, a la cual se deberá remitir para la interpretación y aplicación supletoria de sus disposiciones, a falta de norma expresa u omisa en los propios tratados o en la legislación nacional independientemente de la materia o ámbito que abarque el tratado internacional sujeto a controversia e interpretación.

---

<sup>270</sup> **Artículo 2.-**

...  
I.- ...

De conformidad con la fracción I del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **los tratados** deberán ser aprobados por el Senado y **serán Ley Suprema de toda la Unión cuando estén de acuerdo con la misma, en los términos del artículo 133 de la propia Constitución.**

<sup>271</sup> **Artículo 4.-** ...

Los tratados, para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados previamente en el Diario Oficial de la Federación.

<sup>272</sup> Contreras Vaca, Francisco José, *Derecho Internacional Privado (Parte Especial)*, México, Oxford University Press, 1999, p. 27.

<sup>273</sup> *Idem.*

### **C. En materia de la comercialización de servicios profesionales**

#### **a. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS / GATS)**

La firma y entrada en vigor de este acuerdo dentro del sistema jurídico nacional a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1994, como parte integrante del Acta Final de la Ronda Uruguay por la cual se crea la Organización Mundial del Comercio, cuya vigencia inició el 1º de enero de 1995, fecha en la cual surtió efectos quedando reconocido su contenido por el ordenamiento jurídico, se materializó la relación de coordinación en la que tiene preeminencia éste último acuerdo (sistema internacional).

Pues con el contenido insertado en los motivos que llevan a nuestro país como miembro de la OMC a pactar el AGCS, en los que queda inscrita su deseo por *establecer un marco multilateral de principios y normas homogéneas para el comercio de servicios que incluyen los servicios profesionales, así como su consiguiente expansión y liberalización progresiva*, respetando a la par los objetivos de las políticas nacionales de cada miembro que lo signa y reconociendo al unísono el derecho de cada país como el nuestro de reglamentar el suministro de los servicios en su territorio y a establecer nuevas reglamentaciones<sup>274</sup>.

Por lo que toca a la interdependencia del sistema mexicano y el internacional representado por el AGCS, se da por un lado la interdependencia 1 según lo dispuesto por el artículo III "Transparencia"<sup>275</sup> de dicho Acuerdo, en la que nuestro país como miembro del citado organismo se obliga a:

- Publicar:
  - a. Todas las medidas de aplicación general (normas constitucionales e inferiores) que se refieran al AGCS y que afecten su funcionamiento.
  - b. Todos los acuerdos internacionales que se refieran o afecten al comercio de servicios y de los que es signatario y obligado México, como el TLCAN, TLCUE, etc.
- Informar al Consejo del Comercio de Servicios del establecimiento de:
  - a. Nuevas leyes, reglamentos o directrices administrativas que afecten al comercio de servicios abarcado por los compromisos específicos asumidos por México en el AGCS o de modificaciones en los ya existentes.

---

<sup>274</sup> Los Miembros,  
Reconociendo...

*Deseando establecer un marco multilateral de principios y normas para el comercio de servicios con miras a la expansión de dicho comercio en condiciones de transparencia y de liberalización progresiva...*

*Deseando..., respetando debidamente al mismo tiempo los objetivos de las políticas nacionales.*

*Reconociendo el derecho de los Miembros a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional, y la especial necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho, dadas las asimetrías existentes en cuanto al grado de desarrollo de las reglamentaciones sobre servicios en los distintos países.*

...  
<sup>275</sup> **ARTÍCULO III "Transparencia"**

1. Cada Miembro publicará con prontitud y, salvo en situaciones de emergencia, a más tardar en la fecha de su entrada en vigor, todas las medidas pertinentes de aplicación general que se refieran al presente Acuerdo o afecten a su funcionamiento. Se publicarán asimismo los acuerdos internacionales que se refieran o afecten al comercio de servicios y de los que sea signatario un miembro.

...

3. Cada Miembro informará con prontitud, y por lo menos anualmente, al Consejo del Comercio de Servicios del establecimiento de nuevas leyes, reglamentos o directrices administrativas que afecten significativamente al comercio de servicios abarcado por sus compromisos específicos en virtud del presente Acuerdo, o de la introducción de modificaciones en los ya existentes.

...

Por otro lado, la interdependencia 2 entre ambos sistemas jurídicos, ocurre conforme lo establece el artículo VI “Reglamentación Nacional”<sup>276</sup> del citado Acuerdo internacional, dándole supremacía al derecho nacional frente al internacional, pues obliga a nuestro país con relación a los compromisos contraídos en dicho Acuerdo, a:

- Asegurar que todas las medidas de aplicación generales (leyes, reglamentos nacionales, etc.,) que afecten al comercio de los servicios convenidos en el AGCS, deben ser administradas razonable, objetiva e imparcialmente en términos de la estructura constitucional o naturaleza del sistema jurídico mexicano (se supedita la aplicación del sistema internacional, al reconocimiento y no contradicción que guarde con el sistema nacional). Pues México debe dar:
  - a. Mantenimiento de tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos que permitan al proveedor del servicio afectado la pronta revisión de las decisiones administrativas que afecten el comercio de servicios, *sin imponerle la obligación de establecer tribunales o procedimientos especiales, que son incompatibles con los artículos 13 y 17 constitucionales.*

### **b. Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN)**

En términos de lo dispuesto por el artículo 2203 de dicho tratado comercial, su vigencia en territorio mexicano a partir del 1º de enero de 1994, una vez intercambiadas las notificaciones escritas que certificaron la conclusión de las formalidades jurídicas necesarias para su entrada en vigor, y hecha su publicación en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el día 20 de diciembre de 1993, formalizó el reconocimiento de su contenido por el sistema jurídico nacional de nuestro país y por tanto la materialización de la relación de coordinación entre ambos sistemas, proveyendo de primacía sobre el nacional al contenido del TLCAN en su calidad de sistema internacional.

De igual modo, la referida relación de coordinación queda plasmada en los motivos del preámbulo del TLCAN, al manifestar México, como parte signataria y miembro de tal tratado, su decisión de *contribuir al desarrollo armónico, expansión del comercio mundial y ampliación de la cooperación internacional, creando un mercado más extenso y seguro para los bienes y servicios producidos en su territorio, mediante el establecimiento de reglas claras y de beneficio mutuo para su intercambio comercial, asegurando un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productiva y de la inversión, mediante el desarrollo de sus respectivos derechos y obligaciones derivados del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, así como de otros instrumentos bilaterales y multilaterales de cooperación*<sup>277</sup>. Lo

#### <sup>276</sup> **ARTÍCULO VI: “Reglamentación nacional”**

1. En los sectores en los que se contraigan compromisos específicos, cada Miembro se asegurará de que todas las medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial.

2.

a) Cada Miembro mantendrá o establecerá tan pronto como sea factible tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos que permitan, a petición de un proveedor de servicios afectado, la pronta revisión de las decisiones administrativas que afecten al comercio de servicios y,...

b) Las disposiciones del apartado a) no se interpretarán en el sentido de que impongan a ningún Miembro la obligación de establecer tales tribunales o procedimientos cuando ello sea incompatible con su estructura constitucional o con la naturaleza de sus sistema jurídico.

...

#### <sup>277</sup> **Preámbulo**

Los gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos (México), de Canadá y de los Estados Unidos de América (Estados Unidos) decididos a:

...

**CONTRIBUIR** al desarrollo armónico, a la expansión del comercio mundial y a ampliar la cooperación internacional;

**CREAR** un mercado más extenso y seguro para los bienes y los servicios producidos en sus territorios;

...

anterior, aunado al aseguramiento que en términos del artículo 105 de dicho tratado, provea nuestra nación a la *adopción de todas las medidas necesarias que den eficacia a las disposiciones del TLCAN, con relación a su observancia por los gobiernos estatales y provinciales*<sup>278</sup>, en las que se incluyen las disposiciones relativas al comercio de servicios profesionales.

En lo que se refiere a la relación de Interdependencia de tipo 1 entre el sistema jurídico mexicano y el provisto por el TLCAN en su calidad de sistema internacional, por la que se subordina el sistema nacional a las normas previstas en el TLCAN, se realiza según lo dispuesto en el artículo 105, ya que se *obliga al Estado mexicano a asegurar la adopción (modificación, creación, derogación o abrogación) de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones contenidas en el TLCAN, que repercutan en su observancia*<sup>279</sup>. En el mismo sentido el diverso numeral 1803 del citado tratado, *obliga a nuestra nación en su carácter de parte del acuerdo en comento, a notificar a sus similares toda medida vigente o en proyecto que considere pudiera afectar sustancialmente el funcionamiento del TLCAN o los intereses de alguna de las otras partes*<sup>280</sup>, a fin de que las partes interesadas formulen preguntas a las medidas generales. Del mismo modo, en términos del artículo 1802 del TLCAN, *México esta obligado a asegurar que sus leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general referidas a cualquier asunto comprendido en el TLCAN sean publicados para que las conozcan sus contrapartes, quienes tienen el derecho de formular observaciones a las medidas propuestas.*<sup>281</sup>

Por otro lado, en lo que se refiere a la relación de subordinación del sistema internacional representado por el TLCAN al ordenamiento jurídico nacional (Interdependencia 2), en la que se primaría la superioridad del sistema nacional, al establecerse en el citado artículo 2203 que su vigencia comenzaba a partir del 1º de enero de 1994, la cual junto con su previa publicación en el DOF (art. 4º Ley Sobre la Celebración de Tratados) conlleva la subordinación del TLCAN al

**ESTABLECER** reglas claras y de beneficio mutuo para su intercambio comercial;

**ASEGURAR** un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión;

**DESARROLLAR** sus respectivos derechos y obligaciones derivados del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, así como de otros instrumentos bilaterales y multilaterales de cooperación;

...

<sup>278</sup> **Artículo 105 TLCAN:** *Extensión de las obligaciones*

Las Partes asegurarán la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones de este Tratado, en particular para su observancia por los gobiernos estatales y provinciales, salvo que en este Tratado se disponga otra cosa.

<sup>279</sup> **ARTÍCULO 105.** *Extensión de las obligaciones*

Las Partes asegurarán la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones de este Tratado, en particular para su observancia por los gobiernos estatales y provinciales, salvo que en este Tratado se disponga otra cosa.

<sup>280</sup> **ARTÍCULO 1803.** *Notificación y suministro de información*

1. Cada una de las Partes notificará, en la mayor medida posible, a cualquier otra Parte que tenga interés en el asunto, toda medida vigente o en proyecto que la Parte considere que pudiera afectar sustancialmente el funcionamiento de este Tratado o que afecte sustancialmente los intereses de esa otra Partes en los términos de este Tratado.

2. A solicitud de una de las Partes, cualquiera de las otras proporcionará y dará respuesta con prontitud, a las preguntas relativas a cualquier medida vigente o en proyecto, sin perjuicio de que esa otra Parte haya o no sido notificada previamente sobre esa medida.

3. Cualquier notificación o suministro de información de conformidad con este artículo se realizará sin perjuicio de que la medida sea o no compatible con este Tratado.

<sup>281</sup> **ARTÍCULO 1802.** *Publicación*

1. Cada una de las Partes se asegurará de que sus leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general que se refieran a cualquier asunto comprendido en este Tratado se publiquen a la brevedad o se pongan a disposición para conocimiento de las personas o partes interesadas.

2. En la medida de lo posible, cada una de las Partes:

a) publicará por adelantado cualquier medida que se proponga adoptar; y

b) brindará a las personas y Partes interesadas oportunidad razonable para formular observaciones sobre las medidas propuestas.

cumplimiento de las obligaciones dictadas por el sistema jurídico nacional, en cuanto a su reconocimiento por él, hecho que valida su obligatoriedad y aplicación en el territorio nacional, pues su previa publicación en el DOF, sin cuya formalidad no puede surtir efectos el contenido de obligaciones y derechos insertados en el cuerpo y anexos del referido tratado comercial.

**c. Acuerdo de Asociación Económica, concertación política y cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros (TLCUE) y la Decisión del Consejo Conjunto**

La publicación del TLCUE en el Diario Oficial de la Federación 26 de junio del 2000, en la cual se asentó su inició de vigencia dentro del ordenamiento jurídico mexicano a partir del día 1º de julio del año 2000, fecha en la que se origina el reconocimiento hecho por parte del derecho nacional (sistema nacional) por lo que hace al contenido, aplicación, validez y eficacia de las disposiciones contenidas en dicho tratado de carácter internacional (sistema internacional), otorgándosele a este último sistema una posición de preeminencia frente al sistema mexicano, plasma expresamente la relación de coordinación evidente entre ambos sistemas jurídicos.

Relación de coordinación cuya existencia se reafirma en los motivos del referido acuerdo internacional en los que tanto México como la Unión Europea se interesan en *establecer nuevos vínculos contractuales para fortalecer su relación bilateral, a través de una liberalización progresiva y recíproca del comercio, con base en su adhesión a principios de economía de mercado y con fundamento en las normas de la OMC, y como miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en pro de un regionalismo abierto*<sup>282</sup>, sujetándose así entonces la coordinación supeditada a las normas establecidas tanto por la OMC como por la OCDE tratándose del comercio de los servicios profesionales. De igual modo se reafirma dicha relación en el contenido del artículo 4 del citado acuerdo al plasmar como su objetivo *el establecimiento de un marco que en este caso es internacional (normas insertadas en el TLCUE) que fomente el desarrollo de los intercambios de los servicios, incluyendo su liberalización bilateral y preferencial, así como progresiva y recíproca de su comercialización, tomando en cuenta la sensibilidad de ciertos sectores de servicios, y conforme lo disponen las normas aplicables de la OMC*<sup>283</sup>.

En lo relativo a la relación de interdependencia 1 entre el sistema jurídico mexicano y el representado por el TLCUE, en la que las normas nacionales correspondientes al comercio de servicios profesionales quedan supeditadas a la supremacía establecida de las disposiciones contenidas en el TLCUE, figura expresamente en lo establecido por los artículos 2 y 4 de dicho acuerdo, al quedar asentado que tal convenio internacional fortalecerá las relaciones comerciales y económicas a través de la liberalización del comercio según lo dictan las normas de la OMC, mediante el establecimiento de un marco de normas que regulen el intercambio y

---

<sup>282</sup> ...

**CONSIDERANDO** su mutuo interés por establecer nuevos vínculos contractuales para fortalecer aún más su relación bilateral, especialmente mediante una intensificación del diálogo político, la liberalización progresiva y recíproca del comercio, la liberalización de los pagos corrientes, los movimientos de capital y las transacciones invisibles, la promoción de las inversiones y mediante una cooperación más amplia.

...

**CONSIDERANDO** su adhesión a los principios de la economía de mercado y conscientes de la importancia de su compromiso con el libre comercio internacional, de conformidad con las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en su calidad de miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), con especial hincapié en la importancia de un regionalismo abierto;

...

<sup>283</sup> TÍTULO III “COMERCIO”, ARTÍCULO 4 “Objetivos”

El objetivo del presente Título es establecer un marco para fomentar el desarrollo de los intercambios de bienes y servicios, incluyendo una liberalización bilateral y preferencial, progresiva y recíproca del comercio de bienes y servicios que tenga en cuenta la sensibilidad de determinados productos y sectores de servicios, y de conformidad con las normas pertinentes de la OMC.

liberalización bilateral, progresiva y recíproca del intercambio de los servicios, de conformidad con las normas de la OMC, sujetándose entonces a las normas nacionales que reglamenten todo lo relativo al intercambio de servicios profesionales (Ley de Profesiones, Ley General de Población, etc.) a seguir lo dispuesto por las disposiciones en ese ámbito previstas por la OMC a través del AGCS.

De igual modo los artículos 6 y 7 por un lado, *facultan al Consejo Conjunto* (delegación de facultades a un ente con jurisdicción legislativa internacional, en el ámbito del referido TLCUE) *para decidir y establecer las medidas necesarias para la liberalización progresiva y recíproca del comercio de servicios, siguiendo las directrices establecidas por las normas de la OMC y del artículo V del AGCS y por el otro, otorgan el carácter de obligatorias a las decisiones tomadas por el Consejo Conjunto en materia de servicios al constituir en conjunto tales decisiones un marco global, cuya vigencia dentro de los ordenamientos legales de cada parte del TLCUE ocurrirá según la prontitud de su adopción*<sup>284</sup>. Asimismo el artículo 58, numeral 1 del referido acuerdo, establece que *México en su carácter de parte del mismo, adoptará todas las medidas generales, como creación, derogación, modificación de leyes, códigos, reglamentos nacionales, necesarios para el debido cumplimiento de sus obligaciones en materia de servicios profesionales consignadas en el TLCUE*<sup>285</sup>.

Por su parte el artículo 7 de la Decisión del Consejo Conjunto, parte del TLCUE y facultada por el artículo 6 del mismo acuerdo, estableció que a partir de la vigencia de dicha decisión (1º de julio de 2000) *México en su carácter de parte de dicho convenio, tenía prohibido adoptar nuevas medidas discriminatorias o más discriminatorias respecto al suministro de servicios en comparación al otorgado a sus propios servicios o proveedores de ellos y además se otorga la facultad al referido Consejo de adoptar una decisión que obligue a eliminar toda discriminación restante del comercio de servicios y de los modos de su prestación*<sup>286</sup>.

La relación de interdependencia o de subordinación del TLCUE (sistema jurídico internacional) a las normas del ordenamiento legal estatal, queda plasmada en el artículo 60 del TLCUE, al señalar que *dicho Acuerdo será adoptado, es decir obligatorio para las partes de conformidad con sus propios procedimientos*, los cuales están definidos expresamente en las normas que conforman su ordenamiento jurídico como lo es el citado artículo 4º Ley Sobre la Celebración de Tratados, que conlleva el reconocimiento del TLCUE por parte del sistema jurídico nacional, únicamente cuando se publica su contenido en el DOF, validándose así la obligatoriedad de las disposiciones insertadas en dicho acuerdo, en el territorio de nuestro país.

---

<sup>284</sup> **ARTÍCULO 6 “Comercio de servicios”**

Con el fin de alcanzar el objetivo establecido en el artículo 4, el Consejo Conjunto decidirá las medidas necesarias para la liberalización progresiva y recíproca del comercio de servicios, de conformidad con las normas pertinentes de la OMC, en especial el artículo V del AGCS y teniendo debidamente en cuenta los compromisos adquiridos por cada una de las Partes en el marco de dicho Acuerdo.

**ARTÍCULO 7**

Las decisiones del Consejo Conjunto previstas en los artículos 5 y 6 del Acuerdo y que se refieran respectivamente, al comercio de mercancías y de servicios, cubrirán debidamente el conjunto de esas cuestiones en un marco global y entrarán en vigor tan pronto como hayan sido adoptadas.

<sup>285</sup> **Artículo 58 “Cumplimiento de las Obligaciones”**

1. Las Partes adoptarán todas las medidas generales o específicas necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente Acuerdo y velarán para que se alcancen los objetivos establecidos en el Acuerdo.

<sup>286</sup> **Artículo 7 “Liberalización del comercio”**

1...

2. A partir de la entrada en vigor de esta Decisión, ninguna de las Partes adoptará nuevas medidas discriminatorias ni medidas más discriminatorias respecto al suministro de servicios de la otra Parte, en comparación con el trato otorgado a sus propios servicios o proveedores de servicios.

3. A más tardar tres años después de la entrada en vigor de esta Decisión, el Consejo Conjunto adoptará una decisión que disponga la eliminación, en lo esencial, de toda discriminación restante del comercio de servicios entre las Partes, en los sectores y modos de prestación amparados por este capítulo.

**D. En materia de impuestos derivados de la prestación de servicios profesionales.**

En virtud de que la mayoría de los tratados para evitar la doble tributación internacional en impuesto sobre la renta siguen el modelo propuesto por la OCDE, la relación de coordinación que guardan como especie del sistema jurídico internacional con relación al sistema jurídico nacional, se materializa al convertirse sus disposiciones en obligatorias, para beneficio de los gobernados (personas físicas y morales) considerados residentes en el territorio de cualquiera de las naciones que lo signan, una vez firmados y concluida su entrada en vigor por lo que respecta al sistema mexicano, mediante su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Asimismo, en virtud de que la mayoría de los convenios para evitar la doble tributación originada por la comercialización de la prestación de servicios profesionales entre nacionales de las partes que lo celebran bilateralmente, hace referencia en cuanto a su interpretación y cumplimiento de sus disposiciones a la remisión obligada de normas de instrumentos jurídicos internacionales como la Convención de Viena, queda demostrada la relación de coordinación entre ambos sistemas jurídicos en materia tributaria.

Por lo que respecta a la relación de interdependencia 1 entre los tratados para evitar la doble tributación, derivada de la prestación de servicios profesionales y el sistema nacional, por la que se da preeminencia a lo dispuesto por los tratados internacionales, y se subordinan normas del derecho interno, queda dispuesto en el artículo 1º del Código Fiscal de la Federación, al establecerse la aplicación de dicho Código en defecto y sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales que México celebre<sup>287</sup>, dándole preeminencia a lo dispuesto en los tratados y en caso de ser necesario si las disposiciones de tales convenios son omisas, se aplicarán las normas del Código.

En el mismo sentido el numeral 5º de la Ley del Impuesto sobre la Renta<sup>288</sup>, reconoce los beneficios de los tratados para evitar la doble tributación sólo cuando se acredite la residencia de quien invoque su aplicación sea en México o en el otro país parte, cumpliendo las normas de esos tratados y las contenidas en la Ley del Impuesto sobre la Renta.

Finalmente la Resolución Miscelánea Fiscal vigente para 2008, en su naturaleza de conjunto de disposiciones de carácter general aplicables a los impuestos, productos, etc., que permiten cumplir a los contribuyentes con sus obligaciones fiscales señala en su regla 2.1.1., que para la interpretación de los tratados para evitar la doble tributación celebrados por México, serán aplicables los comentarios del modelo de convenio para evitar la doble imposiciones impedir la evasión fiscal, a que hace referencia la recomendación adoptada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el 21 de septiembre de 1995, o aquella que la sustituya, en la medida en que tales comentarios sean congruentes con las disposiciones de los tratados internacionales celebrados por México.

En todos los instrumentos jurídicos señalados se subordina para los casos de doble tributación internacional, en cuanto a su interpretación, así como a los mecanismos y procedimientos de solución de controversias, cobros y acreditamiento a las disposiciones de los tratados y a las recomendaciones de la OCDE, como ejemplos materiales del sistema jurídico internacional en cuyo seno se producen consecuencias de la prestación de servicios profesionales internacionalmente.

---

<sup>287</sup> Art. 1.- Las personas físicas y las morales, están obligadas a contribuir para los gastos públicos conforme a las leyes fiscales respectivas. **Las disposiciones de este Código se aplicarán en su defecto y sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales de los que México sea parte.**

<sup>288</sup> Art. 5.- Los beneficios de los tratados para evitar la doble tributación sólo serán aplicables a los contribuyentes que acrediten ser residentes en el país de que se trate y cumplan con las disposiciones del propio tratados y de las demás disposiciones de procedimiento contenidas en esta Ley, incluyendo las obligaciones de registro, de presentar dictámenes y de designar representante legal.

Ahora bien, por lo que toca a la relación de interdependencia 2 que guardan esta clase de tratados como instrumentos del sistema jurídico internacional al subordinarse a lo dispuesto por el sistema nacional mexicano, es deducida de la interpretación hecha a los artículos que disponen la entrada en vigor de dichas convenciones, la cual de conformidad con el ordenamiento nacional surte plenamente efectos que obligan por tanto al cumplimiento de las obligaciones y derechos insertados en ellos en términos de lo establecido por el artículo 4º de la Ley sobre la Celebración de Tratados, es decir cuando es publicado su contenido en el Diario Oficial de la Federación.

### III. LA COMPATIBILIDAD, COHERENCIA Y CONSISTENCIA DE LAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La compatibilidad es una característica del ordenamiento legal, y un principio que debe cumplir toda norma frente a otra del mismo orden, como consecuencia de la unidad (orden) y de las dos cualidades que tiene como sistema racional y lógico que es, una positiva encarnada en la coherencia (seguridad) del ordenamiento, y otra negativa representada por la consistencia.

Así pues, habrá que abordar la **coherencia** en relación con la razonabilidad del sistema jurídico como un todo, es decir atendiendo a su concepto a nivel del *método articulado en la forma de la Teoría de la interpretación*<sup>289</sup>, cuya ausencia sucede cuando en el sistema se presentan soluciones diversas e incompatibles para un mismo caso<sup>290</sup>. De ahí que se le considere como *un criterio de racionalidad, que implica la justificación del sistema en su totalidad, sin que dicha racionalidad sea considerada como certeza, ya que únicamente indica el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios y reglas*<sup>291</sup>; que al referirse a la incompatibilidad entre las normas, *abarca un objeto más amplio que la simple contradicción*. Es decir, constituye una mínima expectativa o requisito de consistencia aplicado a las teorías<sup>292</sup>, como la jurídica en la que describe la relación congruente entre normas.

En tal sentido, habremos de entender por consistencia *aquella característica atribuible a las normas, que además de denotar la ausencia de contradicciones en un sistema, califica conforme a criterios lógicos, los modos en que las normas se relacionan entre sí*<sup>293</sup> (en el mismo nivel de Jerarquía o superior), *dando al sistema la posibilidad de prever mecanismos de solución de conflictos normativos*<sup>294</sup>, cuando se presenten. Por ello, se le considera como esa *condición necesaria de la coherencia*.

Así pues formar un todo coherente, es decir una unidad sistemática, es llegar a algo más que una simple ausencia de contradicciones, es compartir los mismos conceptos e Instituciones jurídicos y fundamentar una relación de inferencia entre ellos con relación a un conjunto de enunciados normativos<sup>295</sup>. Porque un sistema jurídico racional que pretende ser genéricamente eficaz debe ser además de coherente, consistente en virtud de lo cual debe prever mecanismos de solución de los conflictos normativos, entiendo a estos últimos como *problemas derivados de la aplicación de las normas*<sup>296</sup>.

<sup>289</sup> Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, 2<sup>nd</sup> edition, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 47.

<sup>290</sup> Cfr., Huerta Ochoa, Carla, *op. cit.*, nota 250, p. 123.

<sup>291</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>292</sup> Marmor, Andrei, *op. cit.*, nota 287, p. 48.

<sup>293</sup> Cfr., Huerta Ochoa, Carla, *op. cit.*, nota 250, p. 124.

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 134.

<sup>295</sup> *Ibidem*, p. 133.

<sup>296</sup> *Ibidem*, p. 7.

### 1. Los conflictos normativos o antinomias entre el sistema jurídico mexicano y el sistema jurídico internacional

Si bien es cierto, dentro de todo sistema jurídico, aparecen *conflictos normativos*, en el momento en que dos o más normas son formal o materialmente incompatibles en razón de los procedimientos de su creación (infracción) o por sus contenidos (contradicción normativa, también llamada *antinomia o incompatibilidad*), habrá que enfocarnos para el desarrollo de esta investigación en el conflicto normativo, denominado “contradicción normativa” surgida cuando *dos o más normas tiene el mismo ámbito de aplicación y sus contenidos normativos son incompatible porque no pueden ser satisfechos al mismo tiempo, ya que el cumplimiento de una significa la desobediencia de la otra*<sup>297</sup>.

Contradicción normativa que de conformidad con las relaciones de coordinación e interdependencia (1 y 2) mantenidas entre el sistema jurídico nacional y el internacional en la regulación fiscal y comercial de la prestación de servicios profesionales anteriormente abordadas, considerando los principios de justicia, igualdad, equidad y proporcionalidad que deben perseguir según los objetivos del Milenio de la ONU, pueden ser de 2 tipos o clases:

- **Antinomias Propias:** Surgidas cuando dos normas que en el presente caso (sistema internacional / sistema nacional) forman parte de un mismo ordenamiento jurídico (ordenamiento jurídico de México) coinciden prescribiendo conductas opuestas en cualquier ámbito de Validez (Temporal, espacial, personal o material). Por tanto, podemos decir que este tipo de antinomias aparecen en el PRIMER ESTÁNDAR VALORATIVO DEL DERECHO (PEV), que se rige por los valores de: orden<sup>298</sup>, seguridad<sup>299</sup> e igualdad. De ahí que su aparición dificulte el establecimiento de este PEV, pues impide la existencia de orden y seguridad a los gobernados regidos por ese ordenamiento jurídico. A su vez este tipo de antinomias tiene 3 tipos: Total-total, Total-parcial, y Parcial-parcial.
- **Antinomias Impropias:** Son aquellas que aparecen en función de principios y valores, no necesariamente de normas jurídicas contradictorias en cualquiera de sus ámbitos de validez. Es decir, son las surgidas en el SEGUNDO ESTÁNDAR VALORATIVO DEL DERECHO (SEV), en razón de que este último esta compuesto por aquellos valores, principios, aspiraciones sociales y paradigmas, ejemplificados en los derechos humanos de: la vida, la libertad, el bien común, etc.,<sup>300</sup> y por los principios de justicia, igualdad, equidad y proporcionalidad que deben incluirse en las normas comerciales, fiscales y migratorias con repercusiones a la prestación de servicios profesionales.

Antinomias que aparecen cuando colisionan normas pertenecientes a ambos sistemas jurídicos, que a su vez son parte integrante del sistema jurídico nacional del Estado Mexicano, según se ha expuesto con antelación. Pero para que se surja dicha colisión las normas internacionales deben haber sido insertadas en el ordenamiento nacional, mediante la recepción que hace de ellas el sistema nacional. Por lo que en caso de surgir antinomia o contradicción normativa entre

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>298</sup> Su aplicación, sistematiza conductas previstas en las hipótesis de sus normas, de ahí que se origine como un orden.

<sup>299</sup> El que haya seguridad, previene conducta punibles al señalar en las hipótesis normativas lo que debe y no hacerse, permitiendo al gobernado saber lo que les esta permitido y lo que le esta prohibido, así como lo que la autoridad tiene autorizado realizar.

<sup>300</sup> Son de 3 tipos:

- De Principio: Aparece cuando un ordenamiento está inspirado en valores que comúnmente se consideran contrapuestos.
- De Valoración: Surge cuando la legislación es axiológicamente inconsecuente, esto es, existe una desproporción o desigualdad entre sus normas.
- Teleológica: Surgida en el momento que se presenta una contracción entre el enunciado normativo que prescribe el medio y el enunciado que establece el fin, de manera que si se aplica el primero, se desaplica el segundo.  
i.e.: E 1: Ordena que la Convocatoria de asamblea de una sociedad debe anunciarse con publicidad suficiente.  
E 2: Ordena que basta que dicha Convocatoria se anuncie en un periódico local.

Cfr., Iturralde Sesma, Victoria, Lenguaje Legal y Sistema Jurídico, cuestiones relativas a la aplicación de la Ley, Madrid, Tecnos, 1989, p. 90.

una norma internacional y otra mexicana, en términos de la Jurisprudencia internacional y conforme al artículo 27 de la Convención de Viena, prevalecerá la norma internacional sin invalidar las leyes nacionales, lo cual siguiendo el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sucede al considerarse jerárquicamente superiores a las disposiciones de las leyes nacionales, las normas pertenecientes a los tratados internacionales que nuestro país ha suscrito frente a sus similares en la comunidad internacional.

Esa colisión de normas aunque para algunos teóricos no sucede en razón de que ambos sistemas se complementan, en la práctica se origina por la falta de actualización de las leyes mexicanas a las disposiciones de los tratados comerciales y tributarios que se han signado recientemente y a los compromisos obligatorios que se adquieren en el trabajo diario de las representaciones de nuestro país ante organismos internacionales como la ONU, la OCDE y la OMC, así como a los acuerdos de eliminación de restricciones migratorias que faciliten el libre flujo de personas entre el territorio de México con otros países. Tal es el caso de la desaparición de la obligación de los agentes migratorios en las fronteras terrestres y marítimas de México, de exigir a los nacionales de Estados Unidos de América a mostrar el pasaporte o la facilitación de la emisión de permisos para trabajar a nacionales de Nueva Zelanda, sin que a la fecha exista un mecanismo de reciprocidad para los mexicanos en tales naciones.

Dentro de las leyes que presentan antinomias están la Ley General de Población y su consiguiente Reglamento, la Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativa al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal y su Reglamento, la Ley del Impuesto sobre la Renta, la Ley del Impuesto al Valor Agregado, el Código Fiscal de la Federación y la Ley Sobre la Celebración de Tratados. Leyes, en las que una causa de tales antinomias es la falta de un instrumento legal que contemple sistemática y uniformemente normas que regulen la libre prestación de los servicios profesionales, su comercialización y sus efectos en materia fiscal y migratoria.

Ahora bien, por lo que se refiere a la solución de tales conflictos normativos, la solución esta prevista en el contenido de los propios tratados, convenciones o recomendaciones, que a su vez remiten a los trabajos preparatorios de los mismos, preámbulos y hasta a la utilización de otros instrumentos internacionales, incluyendo en última instancia la aplicación de las normas del sistema nacional del Estado mexicano.

#### **IV. LA UNIFICACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN DE NORMAS NACIONALES E INTERNACIONALES COMERCIALES, FISCALES Y MIGRATORIAS RELATIVAS AL COMERCIO DE SERVICIOS PROFESIONALES EN MÉXICO: UN CUERPO NORMATIVO HÍBRIDO.**

Si consideramos que la adopción de textos similares no asegura soluciones idénticas ya que en cualquier sistema la solución al caso concreto de la antinomia a resolver no es consecuencia de la ley, sino de la interpretación que se le da a la ley. Debemos considerar que *“la interpretación, es una imposición de significado sobre un objeto, cuya noción apropiada de significado es dada en términos de las intenciones de comunicación”*<sup>301</sup>.

Pero a fin de menguar la dificultad en la solución de los conflictos normativos surgidos entre las normas contenidas en instrumentos legales de carácter internacional que trastocan la comercialización de la prestación de servicios profesionales y las disposiciones nacionales tributarias, migratorias, profesionales y comerciales en cuyas esferas de aplicación y ámbitos repercuten los efectos de tales conflictos, es menester proponer a nivel nacional la unificación y

---

<sup>301</sup> Marmor, Andrei, *op. cit.*, nota 287, p. 25.

sistematización en un cuerpo normativo híbrido con características comerciales, fiscales, migratorias y de profesiones.

Un cuerpo normativo que medularmente utilice instrumentos del soft law para su trabajo diario y actualización constante, la armonización legislativa nacional como pre-requisito y prueba piloto que en caso de ser benéfica al interés público así como al bienestar económico y social de la población mexicana, sea transformado a través de la compilación de tales normas en un solo conjunto de normas homogenizado y unificado válido y eficaz. El cual, deberá tener como directrices en la planeación, realización y materialización de las normas insertas en dicho cuerpo legal, los principios de justicia, igualdad, equidad y proporcionalidad, que además sean fundamento de su eficaz ejecución y aplicación a nivel interno y frente a la comunidad internacional.

### 1. Características generales

Las principales características de la propuesta del cuerpo normativo que contemple aspectos migratorios, fiscales y de comercio internacional, así como los relativos a la regulación de las profesiones son:

1. Ser un conjunto de normas **híbrido** y **dinámico**, concibiéndosele como:
  - a. *Híbrido* porque es el resultado de la utilización de los procesos de soft law, armonización y unificación:
    - i. *Uso de instrumentos o herramientas del Soft Law*, en la elaboración, monitoreo una vez consolidado como cuerpo normativo de las normas que lo integran, cuya utilización repercutirá además en la actualización constante acorde a las necesidades del bienestar económico y social de la población mexicana.
    - ii. *Empleo de Instrumentos del proceso de Armonización*, como normas provisionales que en caso de brindar eficacia, simplificación de procesos e incrementar la competitividad, sean transformadas para estar contenidas en el conjunto de disposiciones uniformes.
    - iii. *Creación de Normas Uniformes*, que abarquen aspectos tributarios, comerciales, migratorios, de ejercicio de profesiones, con la finalidad de unificar y compilar sistemáticamente en un solo texto legal, la diversidad dispersa de ellas en diversas leyes, reglamentos, códigos y hasta tratados internacionales, que a su vez establezca elementos homogéneos que lleven a una interpretación judicial uniforme en la medida de lo posible.
  - b. *Dinámico*, en primer lugar porque su origen deviene de la norma fundante básica, la cual contiene en su artículo 5º el derecho otorgado al libre ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal por lo que se refiere a los servicios profesionales, siempre y cuando sea una actividad lícita y sea necesaria la posesión de un título que ampare dicha profesión, así como el diverso 133 relativo a la jerarquía de los tratados internacionales, además de los diversos 76 (facultad del senado de la República para aprobar los tratados internacionales que celebre el poder Ejecutivo), 89 (facultad del titular del poder Ejecutivo para celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado) y 41 (Del ejercicio de la soberanía del pueblo a través de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que en el caso de tratados internacionales compete al Ejecutivo y Legislativo conjuntamente) de la misma Constitución.

Esa fundamentación del nuevo marco normativo en la nuestra norma fundante básica y en los tratados internacionales, muestran la vinculación entre tales normas como elementos que integran el ordenamiento jurídico mexicano. De igual modo el dinamismo característico de este marco jurídico, será visible en la manera en que se produzcan, modifiquen y deroguen las disposiciones que lo integren, de acuerdo al momento temporal en que sean necesarias para la articulación eficaz de las conductas que en materia de la comercialización de la prestación de servicios profesionales pretende regular. Finalmente la dinámica implícita de sus normas se visualizará en la constante modificación y actualización de las mismas sin alterar su naturaleza, a través de los resultados que muestren los mecanismos e instrumentos utilizados del soft law.

2. *La inclusión como fundamento de creación de sus normas, de los principios de Justicia, Igualdad, Equidad y Proporcionalidad:* Para lo cual dichas normas deberán tener las siguientes particularidades:

- a. Tratarse de normas sistematizadas y coherentes que faciliten la convivencia social de los individuos y los estados involucrados en la prestación de los servicios profesionales, considerando el entorno y esencias del entorno cultural, racial e histórico nacional (**Principio de Justicia**).
- b. Establezcan el trato igualitario en igualdad de circunstancias a los prestadores de servicios profesionales nacionales y de terceros estados, en términos de reciprocidad con base en reglas fijas imparciales que ellas mismas establezcan. Otorgando un trato desigual a los desiguales, y considerando sus diferencias relevantes, en términos de la razonabilidad de la diferencia existente entre la situación de hecho idéntica de manera fundada, implicándose con ello un estándar de revisión en cuanto a la finalidad de la norma:

Nacionales de países desarrollados = nacionales de países desarrollados

Nacionales de países emergentes = nacionales de países emergentes

Nacionales de países desarrollados = nacionales de países emergentes  
(Considerando las diferencias  
relevantes que los consideren iguales)

Es decir, tales normas deberán introducir diferencias de trato para alcanzar una igualdad en los hechos, ya que a través de dicha igualdad se expresa su coherencia y se garantiza la imparcialidad de trato entre nacionales y no nacionales considerados iguales (**Principio de Igualdad**).

- c. Que su contenido adapte y cohesione conceptos, términos e hipótesis normativas de la legislación fiscal, comercial, en materia de regulación de profesiones, tratados, migración y comercialización de la prestación de servicios profesionales, utilizando la conciliación entre el carácter abstracto y rígido de la ley nacional y las particularidades de las normas internacionales en los mismos rubros mencionados, a fin de evitar que las normas en conflicto encuentren una solución según el caso justa, ejerciéndose un procedimiento de ponderación (**Principio de Equidad**).
- d. Relacionar adecuadamente las divergencias o contraposiciones entre la aplicación e interpretación de tales disposiciones, ponderando entre la licitud de una norma que colisiona con un derecho fundamental, que se contraponen en un caso particular (**Principio de Proporcionalidad**).

3. *El empleo de los instrumentos del Soft law*, debe contemplar un grado mínimo de coacción y obligatoriedad de sus disposiciones un tanto flexible, que permita la renegociación, modificación o actualización de las normas uniformes en circunstancias de rápidos cambios de modo y tiempo, ocasionados por el avance tecnológico, a fin de consolidarse como el primer paso a la consecución de normas armonizadoras legalmente obligatorias. Tales instrumentos a utilizarse de manera cronológica son:
  - a. **Instrumentos Pre-legales o Preparatorios e Informativos**, utilizados como pasos previos en la elaboración y preparación de futuras normas, tales como *Programas de Acción, Diagnósticos, Comunicaciones de los poderes de la Unión, Comunicaciones informativas e individuales*.
  - b. **Instrumentos Pos-legales o de Interpretación y Decisión**, revestidos de flexibilidad para su adopción provisional como suplemento o soporte de las normas contenidas en el marco legal unificador. Ejemplificados en *Comunicaciones o noticias interpretativas, Directrices, Modelos o Códigos y trabajos marco*.
  - c. **Instrumentos Para-legales o de Dirección**, que significan alternativas temporales a las leyes para ser reemplazadas por normas armonizadoras, cuyas especies son *Resoluciones, Conclusiones, Declaraciones, Códigos de conducta o práctica y guía*.

Instrumentos que a su vez deben:

- o Establecer los mecanismos de evaluación del impacto y mejora del diseño de las propuestas legislativas en las materias que incidan en el citado intercambio de servicios profesionales a nivel nacional, considerando las repercusiones a nivel internacional.
  - o Implantar los mecanismos que simplifiquen la legislación existente, comprobando y analizando la viabilidad, eficacia e impacto de las propuestas de normas armonizadoras o en su caso, uniforme.
4. *El manejo de normas armonizadoras provisionales*, cuyo establecimiento esta sujeto al beneficio social y económico de la población nacional que vaya de 1 a 3 años máximo, estableciéndose expresamente que en caso de no lograrse dicho beneficio tangible serán desechadas. Caso contrario, se dará paso a su inserción en un cuerpo normativo sistemáticamente unificado, compuesto por normas fiscales, migratorias, comerciales, relativas a tratados internacionales y a la regulación de profesiones, coherentes entre ellas y respecto a los tratados multilaterales y bilaterales signados, cuyas normas guardarán una relación de coordinación e interdependencia de subordinación y supraordinación, privilegiando lo dispuesto por las normas del sistema internacional, siempre y cuando no contravengan la Constitución mexicana.
  5. *La creación de un cuerpo sistemáticamente unificado de normas (Hard Law)*, que a su vez contemple:
    - a. La creación de un organismo federal autónomo, en el que se privilegie la participación y delimitación de facultades en las etapas para ello convenidas por mayoría, de las áreas inmersas en el intercambio de la prestación de los servicios profesionales, dentro de los diferentes poderes de la Unión y la sociedad civil.
      - i. Poder Ejecutivo y órganos desconcentrados: Participación de las Secretaría de Economía, Relaciones Exteriores, Hacienda, Trabajo,

- Gobernación (a través del Instituto Nacional de Migración) Educación, Desarrollo Social, INEGI, entre otras.
- ii. Poder Legislativo: Comisiones de Educación, Trabajo, Desarrollo Social, Puntos Constitucionales, Hacienda, Educación, Relaciones Exteriores, tanto de la Cámara de Diputados como de la Cámara de Senadores.
  - iii. Poder Judicial: Áreas de Planeación, Relaciones Interinstitucionales e Internacionales, así como la encargada del mantenimiento y actualización de los criterios vigentes que emite la Corte, además de la participación de los Ministros y Jueces de dicho Poder.
  - iv. Sociedad Civil: A través de las Universidades en quienes se deposita la facultad de investigación, análisis y elaboración de documentos de trabajo, propuestas legislativas, monitoreo y vigilancia, actualización, desempeño, así como las repercusiones benéficas y perjudiciales al desarrollo, crecimiento y bienestar tanto social como económico de la población mexicana.
- b. La participación del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, en el trabajo diario del organismo propuesto, de la mano de las Universidades Públicas, éstas últimas en su carácter de beneficiarias del presupuesto de la Federación que les es otorgado para el desempeño de sus funciones, las cuales deben buscar en todo momento el beneficio y retribución al pueblo de México que las mantiene.
  - c. Establezca el grado de obligatoriedad de los instrumentos de trabajo del soft law, así como los tiempos de vigencia y casos de prórroga o desecamiento de las normas armonizadoras y compile sistemáticamente las normas unificadoras.
  - d. Delimite expresamente los mecanismos de monitoreo de las normas unificadas, así como el impacto de los beneficios de los tratados en esta materia sobre el cual se base la posible denuncia o retiro del mismo cuando así lo contemple el tratado. Estableciendo además los procedimientos de cooperación entre los diversos poderes estatales y la sociedad civil inmersas.
  - e. Expresamente señale las normas que unifican los criterios previstos para el caso que se trate del comercio de servicios profesionales, en materia migratoria, tratados internacional, impuestos, y regulación de profesiones, que en su caso deroguen algunas normas de las leyes que se relacionan o por otro lado deroguen dichas leyes, para ser contempladas en un solo cuerpo normativo que haga referencia a los casos de los tratados internacionales o de las disposiciones en ellos contenidas se deriven las hipótesis propuestas.
  - f. La adopción de este tipo de normas coherentes e influyentes en cuyo ámbito la libertad de la actividad económica individual debería desarrollarse en términos de eficiencia económica nacional, que acorde a los principios de *Justicia, Igualdad, Equidad y Proporcionalidad*, previstos a su vez por la Constitución (sistema jurídico nacional) y cuya aplicación exige la ONU (ámbito o sistema jurídico internacional) en una relación de coordinación e interdependencia (1 y 2), al ser acordes a las normas multi-nivel, forjan la unión coherente y eficaz de ambos sistemas jurídicos, extendiendo su característica unificadora a través del sistema jurídico transnacional, lleva a su ubicación textual y contextual nacional. Es decir, tales normas deben por un lado analizar las normas fiscales, comerciales y migratorias conforme se insertan en los textos jurídicos a unificar (*textualismo*) y por el otro están obligadas a efectuar el análisis de su creación, derogación y

modificación con base en las diversas circunstancias políticas, económicas y sociales que condicionen e influyan en la elaboración y aplicación del tratado o los tratados unificadores (*contextualismo*) acudiendo a ello a la Sociología Jurídica y otras ramas sociales.

- g. Establezca la inclusión de normas que contemplen los aspectos del uso de medios electrónicos en la comercialización de este tipo de servicios, así como su utilización como medios probatorios o materia sustancial de probanzas periciales, que en un futuro cercano serán necesarias no sólo es juicios ante tribunales mexicanos, sino en paneles binacionales, arbitrajes internacionales o procedimientos alternos de solución de controversias establecidos multilateralmente.
- h. Señale expresamente la obligatoriedad del ejercicio de la profesión únicamente mediante el permiso, registro, licencia y certificación que expida la autoridad mexicana, que restrinja al ejercicio de sus profesiones a los nacionales de los Estados que establecen los mismos obstáculos a los mexicanos, como sucede en los Estados Unidos de América, Canadá y Unión Europea. Acordándose la eliminación progresiva en la medida del trato nacional y nación más favorecida que reciban los profesionales mexicanos en otras naciones.
- i. A fin de evitar la presencia de una futura contradicción de criterios y conceptos entre lo previsto por sus disposiciones normativas y los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para delimitar el alcance de algunos conceptos y dar coherencia a su ordenamiento jurídico, debe contemplar la inclusión de los criterios y definiciones establecidos en las Jurisprudencias emitidas por este órgano Juzgador, que resuelvan la oscuridad de tales conceptos

## **2. La inserción de normas que repercutan en la legislación de tratados internacionales, migratoria, comercio, posesión de títulos y tributaria**

Con las características expuestas con antelación que obligatoriamente debe revestir el nuevo cuerpo sistematizado de normas en materia de comercio de servicios profesionales que se propone, se alude en los párrafos siguientes a modo de lineamientos generales a los tipos de normas de acuerdo a la materia relacionada, que se sugieren sean incluidas, con base en las relaciones de coordinación e interdependencia 1 y 2 que mantiene el sistema jurídico nacional con el internacional actualmente tratándose de la prestación de servicios profesionales.

En primer lugar, para que se materialice la sistematización propuestas, el origen de estas normas deberá partir de la reforma que se haga al artículo 133 constitucional, mediante la cual expresamente se establezca la jerarquización de las normas del sistema jurídico mexicano a partir de la Constitución como norma fundante básica, de la que emanarán subsecuentemente las demás normas inferiores en las que adoptando el más reciente criterio de la Suprema Corte de Justicia serán como NI<sup>1</sup> los Tratados internacionales, como NI<sup>2</sup> las Leyes Federales y así sucesivamente.

### **A. Normas sobre tratados internacionales**

Una vez establecido el fundamento jurídico relativo a la jerarquización del derecho nacional, podremos sugerir la inclusión de normas en materia de tratados internacionales con las siguientes particularidades:

- Tengan a bien considerar la aplicación supletoria de la ley sobre la celebración de tratados, así como la Ley sobre la aprobación de tratados internacionales en materia económica, o en su caso abrogar estos dos instrumentos e incluir su contenido como un apartado *lato sensu* de la regulación nacional sobre tratados internacionales, a fin de sistematizar en un solo cuerpo normativo las normas dispersas en estas dos leyes.
- Establezcan los criterios de interpretación y medios de impugnación a seguir, considerando las nuevas alternativas de solución de controversias que se han aceptado a la firma de varios tratados internacionales, que incluso llevan a la sujeción de tales conflictos a organismos multilaterales, a los que se les reconoce plena jurisdicción para su sometimiento, sean tales controversias perjudiciales para el Estado o sus nacionales que ejercen la acción o son los demandados ante ellos.
- Señalen los criterios de eliminación y por tanto solución de los conflictos normativos que surjan entre la aplicación de las disposiciones de los tratados y las leyes mexicanas. Así como las excepciones a que haya lugar.
- Expresamente delimite los mecanismos y procedimientos mediante los cuales surte plenamente efectos y exigen su cumplimiento los tratados que se signen, pues a la fecha se hacen dos publicaciones de los tratados, la primera solo da a conocer el título del tratado que entra en vigor, sin incluir ninguna disposición o artículo de su contenido y en la segunda publicación relativa al mismo tratado incluye tanto título del mismo como su completo contenido, ocasionando con ello múltiples problemas en cuanto al inicio de su vigencia, aplicación, obligatoriedad. Normas que además incluyan las previstas en los Reglamentos Interiores de las Secretarías que facultan a sus servidores públicos a participar en su negociación, firma y publicación en el Diario Oficial de la Federación. Es decir se establezca el reconocimiento expreso de la relación de coordinación e interdependencia (supraordinación y subordinación) entre el sistema jurídico nacional y el sistema jurídico internacional representado por las normas incluidas en los tratados que firma México.
- Se incluyan los principios de reciprocidad, justicia, igualdad, equidad y proporcionalidad como los que rijan en materia de tratados, su interpretación, impugnación y solución.

### **B. Normas migratorias**

Este tipo de normas deben lograr la reforma y actualización de la Ley General de Población y su Reglamento, o en su caso la derogación de las disposiciones contenidas en estos instrumentos legales que incidan en el comercio de la prestación de los servicios profesionales de la manera siguiente:

- Tales normas deben ahondar en los requisitos de ingreso, estadía y salida de extranjeros que presten servicios profesionales, impidiéndoles el desempeño de la misma si no existe evidencia de la reciprocidad sobre la autorización del ejercicio de la misma profesión de un nacional mexicano en el país origen del extranjero, en términos de las prerrogativas y obligaciones que ambas naciones hayan convenido a nivel internacional y sean plenamente vigentes.
- Estas disposiciones habrán de establecer los procedimientos que permitan comprobar y monitorear el ejercicio de la profesión por parte de los extranjeros, a fin de salvaguardar la seguridad nacional y los intereses de los connacionales mexicanos, toda vez que en la actualidad varios profesionistas extranjeros entran con la calidad migratoria de turista o cualquier otra calidad y característica migratoria incluso sin mostrar pasaporte (estadounidenses) que no lo obligue a presentar su título ante la autoridad migratoria y

educativa para el otorgamiento del permiso del ejercicio y la sujeción al fisco nacional. Evadiendo impuesto y responsabilidades en la prestación de los servicios, que como en el caso estadounidense no operan los mismos beneficios para los profesionistas mexicanos, quienes deben además de poseer título, mostrar su apostillamiento y ser aceptado en el colegio de profesionistas del Estado en el cual pretende ejercer su profesión, que incluyen primero el lograr ingresar a ese país.

- Asimismo, las normas migratorias deberán acotar la multiplicidad de circulares contradictorias y favorables a profesionistas extranjeros que emite el Instituto Nacional de Migración discrecional y unilateralmente, sin comprobar la reciprocidad ni el respeto a los principios básicos de:
  - Nación Más Favorecida (NMF) es decir, la obligación incondicional de no discriminar entre Miembros de la OMC, que esta sujeta a las reservas tomadas de manera individual por cada miembro de la OMC, dentro de las listas que en el caso de México señalo.
  - Trato Nacional en el sector de prestación de servicios inscrito en la lista de México, que incluye sus condiciones y salvedades, respecto a los proveedores de servicios profesionales de cualquier otro miembro; trato que será uno no menos favorable que el otorgado a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares.
  - Acceso al Mercado, el cual establece que en ningún momento debe negarse el acceso a mercados en el comercio del sector de servicios a ningún país miembro, mediante el establecimiento de restricciones cuantitativas, como la limitación en el número de proveedores de servicios en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas, siempre y cuando no haya reciprocidad y el respeto de los dos anteriores en otros países a favor de mexicanos.
- Este tipo de disposiciones deben suprimir la emisión de tales circulares que sólo provocan incertidumbre y papeleo que en ocasiones por tratar de aplicar las disposiciones de un tratado y facilitar el libre flujo de personas, obstaculiza el mismo, pone en peligro la seguridad nacional, el crecimiento económico y sustentabilidad del mercado laboral profesionista nacional.
- Dejar en los mecanismos y organismo creado el uso de los instrumentos del soft law que busquen el cumplimiento de las disposiciones convencionales que incidan en el comercio de servicios profesionales y migración de tales flujos al país, los cuales retomaran los usos, alcances y efectos de las circulares, pero cuyo impacto será monitoreado y en su caso valorada su inclusión en el conjunto de normas uniformes o su eliminación total.
- Tales normas deben prever la sujeción y regulación de los servicios profesionales que sean prestados vía electrónica o e-commerce sin el desplazamiento de los prestadores a territorio nacional, los posibles efectos negativos o positivos, etc. Así como la acción coordinada con autoridades tributarias nacionales.

**C. Normas de comercio relativas a la prestación de servicios profesionales y relativas al ejercicio de una profesión con posesión de Título Profesional, su certificación, registro y suspensión permanente**

Entre los lineamientos que deben seguir este tipo de disposiciones están:

- Facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios con calidad en los servicios, estableciendo como excepción “servicios profesionales que sean de interés económico general”.
- Sujeten la autorización de la prestación del servicio profesional de un extranjero y un nacional únicamente a razones imperiosas de interés general, orden y seguridad públicos impondrá con respecto a la prestación requisitos justificados para ello de conformidad con su legislación nacional. Sujetando dicha prestación a la prohibición de fijarla en el cumplimiento de requisitos de discriminación basados en la nacionalidad, además de la posesión de multiplicidad de establecimientos, considerando la excepción de obligación de poseer establecimiento permanente en el país, si así esta previsto en los tratados internacionales signados por México.
- Establecer expresamente el concepto y naturaleza de “servicio profesional”, “prestador del servicio” sea nacional o internacional, “profesión regulada”, “certificación, registro y suspensión permanente del ejercicio de la profesión”, “libre prestación del servicio”, “comercio y liberalización de los servicios profesionales”, “colegiación”, “doble imposición”, “evasión”, “no discriminación”, así como las excepciones a principios de reciprocidad, nación más favorecida, trato nacional, acceso a mercados y transparencia.
- Considerar la prestación del servicio profesional via e-commerce y sus efectos.
- Normas que subordinen el acceso a una profesión regulada o su ejercicio, en su territorio, a la posesión de determinadas calificaciones profesionales. Permittedosele con el reconocimiento de las calificaciones profesionales por parte de México, acceder al ejercicio de la misma profesión que tenía en su estado de origen y ejercerla con los mismos derechos que los nacionales, respetando el principio de libre prestación de servicios que dispone la Constitución en su artículo 5º.

**D. Normas tributarias**

Medularmente esta clase de disposiciones deben:

- Considerar las implicaciones y efectos de la necesidad de adaptar el impuesto al valor agregado al comercio global mundial sin las fronteras que implica el e-commerce o comercio electrónico, considerando la sujeción de los ingresos generados por la prestación de los servicios mediante estas vías otorgándole la facultad impositiva al país en que reside el consumidor final del servicio.
- Considerar que los impuestos sobre los servicios prestados en el extranjero sean recaudados la mayoría de las veces mediante la utilización del mecanismo de “cobro revertido” el cual atribuye al cliente sujeto del impuesto, la carga del pago del impuesto por el suministro recibido del prestador extranjero.
- Considerar que el novedoso uso de declaraciones electrónicas, firmas digitales, oficinas virtuales en México, debe incluir el de ciberauditorías.
- Sujetar a tributación del fisco mexicano la prestación de servicios a través del asesoramiento on-line, o mediante video conferencias.

- Delimitar en el ámbito del impuesto sobre la renta problemas de determinación en cuanto al lugar de producción de la renta y la dificultad de establecer el momento en que pudiese existir un lugar fijo de negocios que haga calificar ciertos elementos utilizados en esa transacción mercantil bajo el concepto de establecimiento permanente y en consecuencia sujeto a tributación.
- Incluir en los tratados para evitar la doble tributación internacional los casos de prestación de servicios profesionales vía electrónica o e-commerce
- Establecer cual de los 3 principios fundamentales de aplicación para la gravabilidad del comercio electrónico será vigente en México:
  1. El de Neutralidad, esto es que la imposición de estas formas de comercio sean similares a las del comercio tradicional.
  2. El de Utilización de los principios de tributación existentes internacionalmente.
  3. El de Flexibilidad, que permite adaptar los principios existentes a los desarrollos e innovación tecnológicos que esta forma de comercialización origina.
- Solucionar las problemáticas que enfrenta el sistema tributario y las administraciones fiscales encargadas de la recaudación de las contribuciones generadas por transacciones electrónicas, como son:
  - La falta de identificación efectiva de los sujetos intervinientes.
  - El nulo control efectivo de las transacciones.
  - El desconocimiento efectivo de la jurisdicción fiscal competente para gravar una operación.
  - La falta de calificación de las rentas y hechos imposables.
  - La falta de certeza jurídica respecto a la determinación de conceptos fiscales aplicables a la variante comercial que representa la prestación de servicios profesionales a través del comercio electrónico.
- Contener de manera general las reglas de interpretación, aplicación y solución de controversias tributarias, así como las excepciones a las mismas de las normas insertadas en la red de tratados internacionales en materia fiscal y comercial que ha signado México, por los cuales asume la obligación de cumplir con los contenidos de tales acuerdos ante y en la comunidad internacional.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** La prestación de los servicios profesionales transfronterizos al amparo de un título emitido por el país del que el prestador es nacional, ha crecido inmensurablemente debido a la globalización y los recientes desarrollos tecnológicos que no necesariamente implican el traslado físico del prestador al territorio del consumidor. Este tipo de comercialización de servicios no goza de las mismas prerrogativas de liberalización internacional que las otorgadas a mercancías y capitales, violándose en términos del AGCS o GATS los principios de trato de nación más favorecida, trato nacional y acceso a mercados. Tales violaciones se hacen al amparo de restricciones en asuntos migratorios, exámenes de necesidades económicas, paridad en el pago de salarios, duración limitada de permisos laborales e inadecuado reconocimiento de títulos, experiencia y técnica. Lo cual ha perjudicado a los nacionales de Economías emergentes frente a las industrializadas.

**SEGUNDA.-** La regulación hecha por la UE de tales servicios a través de Directivas que fomentan la armoniosa liberalización comercial de su prestación, la homologación en el reconocimiento de títulos, la determinación del establecimiento permanente en el territorio de un Estado cuando no se tenga alguno, así como la certeza y reconocimiento de servicios profesionales prestados vía remota o e-commerce, nos lleva a considerar tal regulación como sistemática, unificada, coherente y vanguardista, al insertar en su contenido los criterios y definiciones establecidos en las jurisprudencias emitidas por el Tribunal de Justicia, a fin de evitar futuras contradicciones y dar coherencia a su ordenamiento legal. Auxiliándose a dicha regulación mediante el empleo de instrumentos no obligatorios o soft law como Recomendaciones, Comunicaciones, Opiniones, etc., para revisar, adaptar y actualizar las normas armonizadoras al evaluar el impacto y mejorar el diseño de las propuestas legislativas, analizando la viabilidad o retiro de éstas últimas en la legislación comunitaria. Pues tales instrumentos flexibles y no vinculantes se consideran en algunos casos como alternativas a leyes, reglamentos y directivas.

**TERCERA.-** Por lo que se refiere a la regulación comercial que hace México de las actividades económicas desarrolladas por particulares que poseen un título profesional, esta se encuentra en instrumentos legales tanto nacionales como internacionales de diverso nivel jerárquico dentro del ordenamiento jurídico mexicano – que va del artículo 5º constitucional hasta la aplicación de leyes federales como la Ley de Inversión Extranjera, Ley de Propiedad Industrial, Ley Federal de Competencia Económica, Ley Federal de Protección al Consumidor, Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativa al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal y tratados internacionales –, no unificados, incoherentes y desordenados, en los que a falta de disposición expresa en leyes nacionales sobre la prestación de servicios, se nos remite a acepciones insertadas en tratados internacionales que en ocasiones no proporcionan las definiciones buscadas o dejan al arbitrio de jueces su conceptualización y aplicación supletoria, la cual depende del criterio sobre el nivel de jerarquización que ocupan los tratados internacionales.

**CUARTA.-** El retraso de la regulación de la prestación de servicios vía remota o e-commerce ocurre tanto en el ámbito de su comercialización como su tributación dentro del ordenamiento jurídico mexicano. Ausencia legal que no sucede en la Unión Europea, en cuyo sistema jurídico mediante Directivas se regula tanto la prestación de estos servicios como la sujeción del pago del impuesto al valor añadido generado por dicha prestación en el territorio del Estado en el que resida el consumidor.

**QUINTA.-** Derivado del hecho de que la prestación de servicios profesionales transnacional presupone la movilización del prestador del servicio en territorios diversos del que es nacional, presupone con ello la aparición de la doble tributación internacional, la cual ha sido abordada

por diversos países tanto en tratados para evitarla como en los convenios comerciales, al enunciarse en estos últimos instrumentos legales que se salvaguardan las disposiciones que respecto a dicho acto de doble imposición señalen los tratados de la materia, sin que de manera expresa se entre en conflicto con tales normas. Sin embargo, la ausencia de criterios de solución de posibles conflictos normativos entre tratados comerciales y para evitar la doble tributación generada por la liberalización de los servicios profesionales, urge a la ampliación de facultades de la OMC y quizás participación de la OCDE y países, para el análisis, discusión y soluciones propuestas a antinomias propias e impropias surgidas en el día a día de la prestación de los servicios profesionales vía transfronteriza que implique desplazamiento de personas y vía e-commerce.

**SEXTA.-** En la actual sociedad “hipermoderna” mercantil, surge un Derecho Global, que en los bloques regionales como es el caso de la Unión Europea, se trata de reglamentar la prestación de servicios profesionales de sus nacionales y no nacionales, así como sus efectos comerciales, tributarios y de e-commerce. Esto, a través de los mecanismos y procedimientos del soft law, la armonización jurídica y la posible unificación legal, planteándose así, la aproximación tangible de una codificación homogénea de normas comerciales y fiscales, con incidencia en las leyes migratorias internas.

**SÉPTIMA.-** La UE ha adoptado directivas en materia de servicios en el mercado de la Unión, reconocimiento de cualificaciones profesionales e Impuesto al Valor Añadido que a su vez incluye la prestación e-commerce que imponen la obligación a los países destinatarios de cumplirlas de acuerdo a las formas y procedimientos elegidos por tales naciones; logrando así que se sientan las bases en la facilitación del ejercicio de la libertad de establecimiento y su liberalización, adicionalmente, al abordar su ámbito tributario, eliminan las fronteras fiscales que impiden la libre circulación de tales servicios, desarrollando al unísono su liberalización y dejando la gravación de los ingresos y rentas generadas en su prestación, así como su cobro, exigibilidad de pago y acumulación a partir del año 2010 a favor del país en el cual reside el consumidor del servicio profesional prestado de manera física o e-commerce, teniendo como resultado la prevención de la evasión y defraudación fiscal.

**OCTAVA.-** La adopción y aplicación de los instrumentos del soft law en los ámbitos comerciales y tributarios de la prestación de servicios profesionales a nivel europeo, incluye su uso en la eliminación de los obstáculos al mercado interno, así como en el fomento de nuevas y futuras normas. Instrumentos que aún cuando no han sido dotados de fuerza legalmente obligatoria tienen efectos de certeza legal indirecta y producen efectos prácticos al ser adoptados con vistas a la elaboración y preparación de futura legislación (*función pre-legal*), para existir en el Derecho Comunitario como suplemento y soporte del Derecho europeo (*función pos-legal*), y para representar una alternativa a la legislación temporal o permanente que se reemplazará por la legislación (*función para-legal*). Denotan transparencia y un gradualismo legal expresado en Recomendaciones, Decisiones, Libros Blancos y. Perfilándose los instrumentos del soft law a través del Plan de Legislar Mejor, como mecanismos idóneos en la evaluación del impacto y mejora regulatoria de la propuestas legislativas de la Comisión Europea en estos rubros.

**NOVENA.-** Por su parte la Unificación jurídica pretende la sustitución de normas divergentes de varios ordenamientos legales por una sola que consiga una ordenación más justa, expedita y sistematizada de normas, que además incluya el reconocimiento competencial a favor de órganos superiores para su interpretación y solución de conflictos. De ahí que en ese mismo sentido, la utilización de una unificación legal en la política fiscal de la UE, sea un objetivo a largo plazo que exige la previa existencia de una total armonización fiscal, ya que implica la creación de un ente supranacional con facultades tributarias, en cuyo ejercicio uniforme y sistematice los diversos sistemas impositivos de sus miembros.

**DÉCIMA.-** La ONU a través de su Declaración del Milenio de 2005, llama a la implementación de normas migratorias, fiscales y comerciales nacionales e internacionales basadas en los principios de Justicia, Igualdad, Equidad y Proporcionalidad, que logren el crecimiento y desarrollo económico–social de todos los habitantes del orbe, y se orienten al crecimiento sostenible, facilitando la convivencia social de los grupos poblacionales de las naciones, respetando su entorno cultural social que les rige.

**DÉCIMO PRIMERA.-** Para el efectivo cumplimiento de los principios de justicia, igualdad, equidad y proporcionalidad en la planeación, realización y materialización de un marco jurídico u ordenamiento sistémico de normas internacionales relativas al comercio y la Tributación en la prestación de servicios profesionales, debe crearse un ordenamiento internacional híbrido, resultado de la armónica complementación de las reglas y procedimientos del *soft law*, la *armonización* y la *unificación* provenientes de los *Tratados o Acuerdos multilaterales* que contienen *normas unificadas fiscales y comerciales*, que inciden en las reglas de operación y políticas migratorias. Cuyo fin sea la consolidación de normas unificadoras en los ámbitos citados, dentro de un tratado multilateral único o modelo unificador obligatorio con grado de norma suprema o “*constitución suplementaria internacional*”, para cada país signatario del mismo.

**DÉCIMO SEGUNDA.-** Esa unificación normativa o “*constitución suplementaria internacional*”, podría ocurrir a través de la adopción de uno o varios tratados internacionales comerciales de normas mult-nivel, coherentes e influyentes en las políticas y normas migratorias de cada estado miembro, con base en un Constitucionalismo económico global, que refiere a las libertades fundamentales como componentes del mercado unificado (conversión de los mercados nacionales en un único mercado). Normas multi-nivel que forjan relaciones de coordinación e interdependencia entre los sistemas jurídicos de las naciones signatarias de los tratados y que en su elaboración deben analizar las normas fiscales, comerciales y migratorias según se insertan en los textos a unificar y dilucidar tales disposiciones con base en las diversas circunstancias políticas, económicas y sociales que condicionen e influyan en la elaboración y aplicación del tratado o los tratados unificadores.

**DÉCIMO TERCERA.-** La propuesta de legislación unificadora, híbrida y dinámica comercial y fiscal a nivel internacional de la prestación de servicios profesionales, deberá entonces buscar mantener la coherencia con las normas que con relación a tales servicios provee el sistema jurídico mexicano, derivado de la existente interacción entre el sistema jurídico internacional y el nacional a través de relaciones de coordinación e interdependencia.

**DÉCIMO CUARTA.-** Si bien es cierto el dinamismo del sistema jurídico nacional conlleva la automoción, creación, modificación y derogación de sus normas, con base en su norma fundante básica, también lo es que dicho dinamismo se deriva de las relaciones externas de coordinación e interdependencia que mantiene como sistema abierto con su entorno como sucede en su relación exterior con el sistema jurídico internacional; relación externa que conduce al sistema jurídico mexicano a la adopción y otorgamiento de fuerza vinculante de normas que no derivan lógicamente de las suyas sino de los valores, costumbres, directrices económicas y políticas de su sociedad, tratados internacionales bilaterales (SI 1) y multilaterales (SI 2), que al ser reconocidos y adoptados por el ordenamiento jurídico nacional, se convierten en el vínculo que intersecciona o vincula al sistema jurídico nacional con el internacional, dando como resultado la coordinación e interdependencia de ambos ordenamientos legales (SI 3).

**DÉCIMO QUINTA.-** En la relación de coordinación entre los sistemas nacional e internacional, se da primacía al Derecho internacional o supra-estatal como consecuencia de la costumbre y tratados signados entre tales Estados u órganos internacionales creados convencionalmente frente a la comunidad internacional. Sujetándose la validez del sistema internacional a la que le

otorga el Derecho nacional al reconocer a las normas internacionales insertadas en convenios y tratados internacionales como parte del mismo y por tanto hacerlas obligatorias y aplicables para su Estado y extensivamente a sus gobernados, de conformidad con los términos que para ello disponga su norma básica (Constitución Estatal).

**DÉCIMO SEXTA.-** La relación de coordinación entre el sistema jurídico de México y el sistema jurídico internacional, es el cimiento para la edificación de la interdependencia entre ambos sistemas, en la cual el sistema internacional se supraordena y subordina frente al sistema de México, y se materializa *de facto* la supremacía de las normas de los tratados internacionales por encima de las leyes federales, aunque no lo determine expresamente el artículo 133 constitucional. Precepto legal que efectivamente a las normas internacionales como disposiciones de rango y jerarquía constitucional, auxiliándose para ello de la delimitación jerárquica e interpretación dada por nuestro máximo Órgano Juzgador, al citado precepto constitucional.

**DÉCIMO SÉPTIMA.-** Si bien la relación de coordinación entre el sistema jurídico mexicano y el sistema jurídico internacional que en materia comercial tratándose de la prestación de los servicios profesionales esta representado por el AGCS o GATS, TLCAN y TLCUE, y en materia fiscal encarnan los tratados para evitar la doble tributación que ha signado México, sucede mediante la firma y entrada en vigor de dichos convenios publicadas en el Diario Oficial de la Federación, como reconocimiento a la supremacía del sistema internacional sobre el nacional. La relación de interdependencia 1 (supraordinación) entre ambos sistemas jurídicos tanto en materia comercial como fiscal obliga a México a la obligatoria adopción, modificación, creación, derogación o abrogación de las medidas necesarias (normas internas) que den eficacia a las normas de los tratados, quedando supeditada la regulación, interpretación y solución de conflictos en cuanto al comercio de servicios profesionales a las disposiciones de tales convenciones. En lo que se refiere a la relación de interdependencia 2 (subordinación) se otorga supremacía al derecho nacional a fin de que de conformidad con su Constitución se cumplan las normas internacionales al ser reconocidas por ella y se busque la no contradicción entre tales normas y las normas nacionales.

**DÉCIMO OCTAVA.-** A pesar de la delimitación expresa en la aplicación, interpretación y ejecución de las normas nacionales e internacionales respecto a la prestación de servicios profesionales, derivado de la relación de interdependencia entre ambos sistemas surgen conflictos normativos que denotan la falta de coherencia y por tanto de la unidad sistemática de ambas normas.

**DÉCIMO NOVENA.-** La solución propuesta a los conflictos entre los sistemas jurídicos aludidos -considerando que la adopción de textos similares no asegura soluciones idénticas- es la unificación y sistematización a nivel nacional de un cuerpo normativo *híbrido-dinámico*, justo, igualitario, equitativo y proporcional con características comerciales, fiscales, migratorias y de profesiones que haga uso de instrumentos del soft law para su trabajo diario, así como de la armonización legislativa nacional temporal de 1 a 3 años máximo, y que, en su caso, concluyan en la integración de un cuerpo normativo sistemáticamente unificado.

**VIGÉSIMA.-** La materialización de jure del referido ordenamiento unificador y sistematizado a nivel nacional, debe partir de la reforma a realizarse al artículo 133 constitucional, que expresamente señale la jerarquización de los Tratados Internacionales como normas inferiores NI<sup>1</sup> inmediatamente por debajo de la Constitución, y por encima de las Leyes Federales NI<sup>2</sup>

**VIGÉSIMO PRIMERA.-** Asimismo se propone la inclusión de normas migratorias que planteen la reforma y actualización o en su caso la abrogación de la Ley General de Población y su Reglamento, sustituyéndola por normas que ahonden en los requisitos de ingreso, estadía y

salida de extranjeros que presten servicios profesionales, impidiéndoles el desempeño de dicho servicio si no existe evidencia de la reciprocidad sobre la autorización del ejercicio de la misma profesión de un nacional mexicano en el país origen del extranjero, conforme a los principios de nación más favorecida, trato nacional, y acceso a mercados. Pues además dichas normas deberán prever la sujeción y regulación de los servicios profesionales que sean prestados vía electrónica o *e-commerce* sin el desplazamiento de los prestadores a territorio nacional, así como los posibles efectos negativos o positivos, etc. Esto, en acción coordinada entre autoridades tributarias y migratorias nacionales.

**VIGÉSIMO SEGUNDA.-** La inclusión de normas comerciales en cuanto a la prestación de servicios profesionales, deben prohibir el cumplimiento de requisitos discriminatorios basados en la nacionalidad, posesión de multiplicidad de establecimientos. Finalmente se propone incluir normas tributarias que consideren las implicaciones y efectos de la necesidad de adaptar el impuesto al valor agregado al comercio global mundial sin las fronteras que implica el *e-commerce* o comercio electrónico, considerando la sujeción de los ingresos generados por la prestación de los servicios mediante estas vías otorgándole la facultad impositiva al país en que reside el consumidor final del servicio.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús, "Los Tributos que gravan el Comercio electrónico: el caso de México", en Ríos Granados, Gabriela (Coord), *La influencia de las nuevas tecnologías en el Derecho Tributario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, et al., *Comentarios a la Constitución Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, Tomo III.
- ÁLVAREZ LEDESMA, Mario *Introducción al Derecho*, México, Editorial McGraw-Hill, 1995.
- ARRIOJA VIZCAINO, Adolfo, *Derecho Fiscal*, México, Themis, 1999.
- BAKER, *Double Taxation Agreements and International Tax Law: A manual on the OECD Model, Double Taxation Convention 1977*, Londres, 1971.
- BETTINGER BARRIOS, Herbert, *Estudio Práctico sobre los Convenios Impositivos para evitar la Doble Tributación*, 9ª edición, México, Ediciones Fiscales ISEF, 2001, Tomo I.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 2a edición, trad. de Jorge Guerreo, Bogotá, Temis, 1994.
- BOODMAN, Martin, "The Myth of Harmonization of Laws", *The American Journal of Comparative Law*, United States of America, vol. XXXIX, num. 4, Fall 1991.
- BOYER ROBERT Y DRACHE, Daniel, *States against Markets, The limits of Globalization*, Londres – Nueva York, Routledge, 1996.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, et al., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Madrid, Editorial Colex, 2003.
- CARACCILOLO, Ricardo, *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho*, 2ª edición, México, Distribuciones Fontamara, 1999.
- CHALMERS, Alan F., *¿Qué es esa cosa llamada Ciencia? Una valoración de la naturaleza y el estatuto de la Ciencia y sus Métodos*, 25ª edición, México, Siglo XXI Editores, 2006.
- CRAIG, Paul, et al., *EU Law (Text, Cases and Materials)*, 3<sup>rd</sup> edition, London, Oxford University Press, 2003.
- DEL ARCO RUETE, Luis, *Doble Imposición Internacional y Derecho Tributario Español*, Madrid, Ministerio de Hacienda, 1977.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, "El fenómeno del Soft Law y las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2006, vol. 6.

- DÍAZ MÜLLER, Luis en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXVII, núm. 80, Mayo – Agosto de 1994, p. 50
- ELOLA, Javier, “El estudio del Derecho Comparado, Instrumento de la Unificación Jurídica Internacional”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, UNAM, México, año XI, núm. 32 Mayo-Agosto de 1958.
- FEKETEKUTY, Gesa, *Comercio internacional de servicios. Panorama general y modelo para las negociaciones*, México, Ediciones Gernika, 1990.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, Los Procesos de Unificación Internacional del Derecho Privado: Técnicas Jurídicas y Valoración de Resultados, en García Collantes José Manuel (Director), *La Unificación Jurídica Europea*, Madrid, Civitas, 1999.
- FOLSOM, Ralph, et al., *International Trade and Investment in a Nutshell*, 2nd edition, Minnesota, West Group, 2000, pp.74 – 87.
- GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh, Consideraciones en torno a la relación de dos sistemas jurídicos no independientes, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- GIRÓN LARRUCEA, Jose A., *Cuestiones de Derecho Comunitario Europeo*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1997.
- GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1984, Tomo I.
- GROENEVELD Kees, et al, *La nueva Economía de servicios*, México, Editorial Prentice Hall, 2002.
- HAYEK, F.A., *Law, Legislation and Liberty (A new statement of the liberal Principles of Justice and Political Economy)*, London, Routledge, 1982.
- HERNÁNDEZ RAMÍREZ, Laura, *Comercialización Internacional de los Servicios en México (Marco Jurídico)*, México, McGraw-Hill, 1998.
- , “Los Servicios en el Derecho Interno Mexicano y el Tratado de Libre Comercio”, en Witker Jorge (Coord), *El TLCAN, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 1993.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos Normativos*, 2ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- ITURRALDE SESMA, Victoria, *Lenguaje Legal y Sistema Jurídico, cuestiones relativas a la aplicación de la Ley*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 90.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 15ª edición, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2007.

- LARROUMET, Christian, "La Unificación del Derecho de las obligaciones en Europa", *Revista de Derecho Privado*, México, nueva serie, año V, núms. 13-14, Enero-Agosto de 2006.
- LIPOVETSKY, Gilles, *Los Tiempos Hipermodernos*, Barcelona, Anagrama, 2004.
- LERNER, Pablo, "Sobre Armonización, Derecho Comparado y la relación entre ambos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVII, núm. III, Septiembre – Diciembre de 2004.
- LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, *El comercio Internacional de servicios después de la Ronda Uruguay*, Madrid, Tecnos, 1996.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, "Los servicios en la economía global: precisiones en la dogmática jurídica", *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, año III, núm. 5, Enero-Julio de 2006.
- LOWENFELD, Andreas F., *International Economic Law*, London, Oxford University Press, 2002.
- LYMER Andrew, et al., *The International Taxation System*, London, Kluwer Academic Publishers, 2002.
- MATA SIERRA, María Teresa, *La Armonización Fiscal en la Comunidad Europea*, Valladolid, Editorial lex Nova, 1996.
- MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, 2<sup>nd</sup> edition, Oxford, Hart Publishing, 2005.
- MATTOO Aaditya, et al., *Moving People To Deliver Services*, New York, World Bank & Oxford University Press, 2003.
- MORENO JIMÉNEZ, Antonio, et al., *Los servicios y el territorio*, Madrid, Editorial Síntesis, 1992.
- MORENO SÁNCHEZ, Gabriel, *La Nulidad Procesal*, México, Oxford University Press, 2000.
- MUÑIZ ARGÜELLES Luis, "Precondiciones para la Armonización e Integración jurídica", *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, Puerto Rico, vol. 59, núm. 2, Abril-Junio de 1998.
- MUUS, Philip, *European Journal on Criminal Policy and Research 9: 31-49*, Netherlands, 2001, Kluwer Academic Publishers, 2001.
- OCDE, *Growth in Services –Fostering employment, productivity and innovation*, 2005 Edition.
- OCDE, *Economic Surveys, Euro Area 2005*, Volume 2005, 11 September 2005.
- OCDE, *International Migration Outlook 2006, Annual Report*, 2006 Edition.

OCDE, Consumption Tax Trends VAT/GST and Excise rates, Trends and Administration Issues, 2006 Edition.

OCDE, *Consumption Tax Trends VAT/GST and Excise rates, Trends and Administration Issues*, 2006 Edition.

OCDE, Challenges to Fiscal adjustment in Latin America, 2006 Edition.

OLESTI RAYO, Andreu, *La Libre circulación de los profesionales liberales en la C.E.E.*, Barcelona, PPU, 1992.

ORTIZ, SAINZ Y TRON, *Tratados Internacionales en Materia Fiscal (Análisis y Comentarios)*, 2ª edición, México, Editorial Themis, 2000.

OWENS, Elisabeth A., *International Aspects of U.S. Income Taxation (Part Four: U.S. Income Tax Treaties, Part Five: Control of International Tax Evasion)*, Cambridge Massachusetts, International Tax Program, Harvard Law School, 1980.

PÉREZ LLEDÓ, Juan A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Editorial Tecnos, 1996.

PÉREZ PORTILLA, Karla, Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas, México, UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas UNAM, 2005.

REGE, Vinod, "Theory and Practice of Harmonization of Rules on Regional and Multilateral Bases: Its relevance for World Trade Organization Work on Trade Facilitation", *Journal of World Trade*, Suiza, núm. 4, vol. 36, August 2002.

REUVEN S., Avi-Yonah, *International Tax as International Law: an analysis of the International Tax Regime*, United States of America, Cambridge University Press, 2007.

REYES KRAFT, Alfredo Alejandro, *La Firma Electrónica y las Entidades de certificación*, México, Porrúa, 2003.

ROCHE LAGUNA, Irene, *La integración Europea como límite a la soberanía fiscal de los Estados miembros*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El Principio de Proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

SENDEN, Linda, *Soft Law in European Community Law*, United Kingdom, Hart Publishing, 2004.

SILVA-RUÍZ, Pedro, F., "La Contratación Electrónica", en Quintana Adriano, Elvia Argelia, (Coord), *Panorama Internacional de Derecho Mercantil, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, Tomo I.

STIGLITZ, Joseph E., et al., *Comercio Justo para todos*, Madrid, Taurus, 2007.

- THORSTEN Kingreen, *Fundamental Freedoms*, en Von Bogdandy, Armin, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006.
- TREBILCOCK, Michael J., et al., *The Regulation of International Trade*, 2nd Edition, London, 1999, Routledge.
- TRUBEK David M, et al., "Hard and Soft Law in the Constructor of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination", *European Law Journal*, vol. 11, núm.3, Mayo de 2005.
- , et al., "*Soft Law, Hard Law and EU Integration*", en De Búrca, Gráine et al., *New Governance and Constitutionalism in Europe and the US*, United Kingdom, Hart Publishing, 2005.
- TRUETT ANDERSON, Walter, *The Truth about the Truth: De-confusing and Re-constructing the Postmodern World*, A New Consciousness Reader, New York, Penguin Putnam Inc., 1995.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, *La Integración Europea: Análisis histórico – institucional con textos y documentos*, Madrid, Tecnos, 1999, Tomo I.
- UCKMAR Victor, et al, *Curso de Derecho Tributario Internacional*, Bogotá, Temis, 2003, Tomo I.
- UERPMANN – WITZACK, Robert, The Constitutional Role of Multilateral Treaty Systems, en Von Bogdandy, Armin (comp.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006.
- WITKER, Jorge, *Las Reglas de Origen en el Comercio Internacional Contemporáneo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- , et al, *Régimen Jurídico del Comercio Exterior de México*, 2ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

## DICCIONARIOS

- Diccionario Jurídico Mexicano*, Editorial Porrúa – UNAM, México, 2004.
- Eatwell, John, et., al, *The New Palgrave, A Dictionary of Economics*, Volume 4 (Q to Z), London, Macmillan, 1998.
- Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo IV, F – L, Porrúa – Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2002.
- Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, 8<sup>th</sup> Edition, United States of America, Thomson West, 2004.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo VI, 19ª edición, Espasa Calpe, Madrid , 1970.

Rutherford, Donald, *Dictionary of Economics*, London, Routledge, 1992.

## LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

Acuerdo de Asociación Económica, concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad y sus Estados Miembros y la Decisión del Consejo Conjunto, *publicado en el DOF el 26 de junio de 2000*.

Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, *publicado en DOF el 30 de diciembre de 1994*.

Tratado de Libre Comercio para América del Norte, *publicado en el DOF el 20 de diciembre de 1993*.

Tratados para evitar la Doble Tributación celebrados con México, Canadá, Alemania, España, entre otros.

Código Fiscal de la Federación.

Ley del Impuesto Sobre la Renta.

Ley del Impuesto al Valor Agregado.

Ley reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativa al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal y su Reglamento.

Resolución Miscelánea Fiscal para 2008.

## LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Declaración del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas del año 2005

Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 "Relativa a los Servicios en el Mercado Interior".

Directiva 2005/36/CE de 7 de septiembre de 2005 "Relativa al Reconocimiento de Cualificaciones Profesionales.

Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.

Impuesto sobre el Valor Añadido: Reembolso a sujetos pasivos no establecidos en el país (8ª Directiva 79/1072/CE).

Impuesto sobre el Valor Añadido: Reembolso a sujetos pasivos no establecidos en la Comunidad (13ª Directiva 86/560/CEE).

Directiva 2008/8/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a la reforma de la Directiva 2006/112/CE del Consejo correspondiente al lugar de la prestación de servicios en materia del Impuesto al Valor Añadido.

Directiva 2008/9/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa al establecimiento de las reglas detalladas sobre el reembolso del Impuesto al Valor Añadido, previsto en la Directiva 2006/112/CE del Consejo correspondiente a sujetos pasivos no establecidos en el estado miembro retenedor del impuesto, pero con establecimiento en otro estado miembro.

Tratado de la Comunidad Europea.

### **PÁGINAS DE INTERNET**

<http://www.wto.org>

<http://www.scjn.gob.mx>