

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA®**
CAMPUS GUADALAJARA

NÚMERO

11

SEMESTRE II
2018

ISSN - 2395-9541

PERSPECTIVA JURÍDICA UP, año 6, número 11, semestre II, julio-diciembre 2018, publicación semestral editada por Centros Culturales de México, A.C., ubicada en Calzada Circunvalación Poniente número 49, Colonia Ciudad Granja, C.P. 45010, Zapopan, Jalisco, México, Tel. (33)13682200. Correo electrónico: mtovarh@up.edu.mx, Editor Responsable: Diego Robles Farías. Reserva de derechos al uso exclusivo número 04-2014-121714090400-102, ISSN 2395-9541, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de título y contenido número en trámite, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Diseño editorial e impresión: Editorial y Servicios Creativos, S. de R.L. de C.V., Calle Mazamitla 3042-1, Colonia Vallarta Poniente, C.P. 44110 Guadalajara, Jalisco, México, Tel. (33)18171385. Este número terminó de imprimirse el día 1 de diciembre de 2018 con un tiraje de 300 ejemplares.

La revista Perspectiva Jurídica UP y su contenido son propiedad de Centros Culturales de México, A.C. Se permite la reproducción total o parcial de esta obra, su almacenamiento en sistemas digitales, su transmisión en cualquier medio electrónico o mecánico con la previa autorización por escrito por parte de Centros Culturales de México, A.C.

Para envío de fascículos y criterios editoriales, así como acciones de seguimiento, solicitarlos en perspectivaup@up.edu.mx, teléfono (33) 16-68-22-20 extensión 4310.

Para solicitar la publicación de un artículo, enviar archivo conforme a los criterios editoriales, mediante correo electrónico a perspectivaup@up.edu.mx. Se deberá enviar material original incluyendo un resumen.

Fecha límite de recepción de artículos para el próximo fascículo: 28 de febrero de 2019. Se resolverá sobre su aceptación el 29 de marzo de 2019.

Los datos bibliográficos de las fuentes consultadas deberán citarse en el siguiente orden: Autor; título; edición; traductor, si lo hay; editorial; lugar de edición; año; colección, si la hay; volumen, tomo o número, si los hay, y páginas. Las citas deberán adecuarse a lo indicado en los criterios editoriales.

Consejo Editorial

DR. JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN
DRA. MELISSA DE ALBA RITZ
DR. CARLOS PÉREZ DEL VALLE
DR. GONZALO GARCÍA VELASCO
DR. OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI
DRA. SOYLA H. LEÓN TOVAR
DR. LUIS MANUEL C. MÉJAN CARRER
DRA. MARINA VARGAS URRUTIA

Comité Directivo

DR. ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ
Director de la Facultad de Derecho

MTRA. MARÍA ISABEL ÁLVAREZ PEÑA
Directora de la Licenciatura en Derecho

Comité Editorial

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS
Editor General

MTRO. MANUEL TOVAR HERNÁNDEZ
Coordinador Editorial

LIC. JULIETA ARIADNA MÉNDEZ ANGULO
Coordinadora del Comité Editorial

MAURICIO AGUILAR SÁNCHEZ
MARTÍN DANIEL BRITO MORENO
MANUEL FERNANDO GÓMEZ VILLASEÑOR
ROMINA GUARNEROS GALAZ
CAMILA RIVERA ARAUJO
JORGE MAURICIO RIZO PÉREZ
ARANTXA MONTSERRAT ROBLES SÁNCHEZ
LAURA SABLJAK
MARIEL SKEEN SÁNCHEZ

Mensaje del director

Estimada comunidad académica:

Iniciamos un nuevo lustro para nuestra revista *Perspectiva Jurídica UP*; con el número 11 que nos ocupa, nos lanzamos a la continuidad de la consolidación de este medio de divulgación del conocimiento del Derecho, en beneficio de sus estudiosos.

Y no podríamos haber iniciado mejor esta etapa, pues en esta ocasión se recogen algunas de las ponencias presentadas en el reciente y exitoso IV Congreso Internacional de Derecho Mercantil, con la participación de delegados de diversas latitudes nacionales y extranjeras. Entre ellas, contamos con Javier Arce Gargollo, y sus "Aspectos Relevantes de la Escisión de Sociedades"; Ana Belén Campuzano, con "Clases de Acciones y Alteración de los Derechos de Accionista"; Luis Manuel Méjan, con "Agrupación de Empresas y Sociedades"; Víctor Manuel Peña Briseño, con "Responsabilidad Penal e Intervención Judicial de Sociedades Mercantiles" y Marta García Mandaloniz con "Hacia la Junta (Asamblea) General Electrónica".

Adicionalmente, Francisco Javier Garibay Güémez, nos refiere "*DIP Financing: Su regulación en la Ley de Concursos Mercantiles*"; José Rogelio Gutiérrez Álvarez, con "El Control de Constitucionalidad de las Políticas Públicas en México"; Miguel Ángel Ibarra Flores, con "La Corrupción en los Municipios y su Combate Efectivo con los Sistemas Municipales Anticorrupción"; Wendy Georgina Pérez Rodríguez, con "Constitución Mexicana de 1917. Contexto Histórico e Ideológico de Nuestra Carta Magna. El Constitucionalismo Social: De México para el Mundo"; y Ricardo Sepúlveda J., con "Las Leyes de Ordenamiento Constitucional".

En Actualidad Legislativa, Ricardo Vinicio Rodríguez Printzen plantea un "Análisis de la Reforma a la Ley de la Propiedad Industrial en Materia de Marcas"; y en la sección de Vida en la Facultad, Roxana Paola Miranda Torres, nos aporta "La Universidad Panamericana campus Guadalajara en el *Holloran Center For Ethical Leadership In The Professions at the University of St. Thomas School of Law*".

Espero que ustedes, como nosotros, disfruten de esta nueva y extraordinaria aportación de nuestros innegables talentos.

Dr. Isaías Rivera Rodríguez
Director de la Facultad de Derecho

Diciembre 2018

Editorial

Uno de los objetivos fundamentales que se ha propuesto la Universidad Panamericana y en concreto la facultad de derecho de su campus en Guadalajara, es promover la investigación y como complemento natural, la publicación de artículos y ensayos académicos. La revista PERSPECTIVA JURÍDICA UP, como instrumento de divulgación de la facultad, ha cumplido esa encomienda de manera ininterrumpida durante los últimos cinco años y ahora llegamos al ejemplar número 11.

La publicación que ahora prologamos incluye cinco artículos que fueron ponencias en el IV Congreso Internacional de Derecho Mercantil que se llevó a cabo el pasado mes de octubre en las instalaciones del campus Guadalajara de la Universidad Panamericana. Publicamos el de Javier Arce Gargollo intitulado *Aspectos Relevantes de la Escisión de Sociedades*; dos artículos de ponentes españoles: Ana Belén Campuzano escribe sobre *Clases de Acciones y Alteración de los Derechos de Accionista* y Marta García Mandaloniz con su colaboración *Hacia la Junta (Asamblea) General Electrónica*. Luis Manuel Méjan trata la *Agrupación de Empresas y Sociedades* y Víctor Manuel Peña Briseño desarrolla la *Responsabilidad Penal e Intervención Judicial de Sociedades Mercantiles*. Todos ellos trabajos de gran calidad y de una innegable utilidad para el desarrollo del derecho mercantil.

Participan también Francisco Javier Garibay Güémez con un estudio de actualidad: *DIP Financing: Su Regulación en la Ley de Concursos Mercantiles*, al igual que José Rogelio Gutiérrez Álvarez con su colaboración *El Control de Constitucionalidad de las Políticas Públicas en México*. Miguel Ángel Ibarra Flores escribe sobre *La Corrupción en los Municipios y su Combate Efectivo con los Sistemas Municipales Anticorrupción*. Wendy Georgina Pérez Rodríguez analiza la influencia de la Constitución mexicana como vanguardia del constitucionalismo social en su trabajo *Constitución Mexicana de 1917, Contexto Histórico e Ideológico de Nuestra Carta Magna. El Constitucionalismo Social: de México para el Mundo*. Es un gusto publicar la colaboración de uno de los más brillantes constitucionalistas mexicanos: J. Ricardo Sepúlveda que presenta un interesante estudio sobre *Las Leyes de Ordenamiento Constitucional*.

En la sección de Actualidad Legislativa publicamos el *Análisis de la Reforma a la Ley de la Propiedad Industrial en Materia de Marcas* que presenta Ricardo Vinicio Rodríguez Printzen con motivo de la incorporación al derecho mexicano de marcas consistentes en olores y sonidos. Finalmente en la sección de Vida Universitaria, Roxana Paola Miranda Torres hace una reseña de la participación de la facultad de derecho de la Universidad Panamericana campus Guadalajara en *Workshop* organizado por el *Holloran Center for Ethical Leadership in The Professions* que tuvo lugar este verano en la ciudad de Minneapolis Minnesota, evento de una gran trascendencia y en el que también participaron un gran número de escuelas de derecho de universidades norteamericanas.

Como se aprecia, el esfuerzo editorial propuesto por la facultad de derecho de la Universidad Panamericana campus Guadalajara continúa con paso firme, lo que confirma que el modelo elegido para la formación de un equipo editorial que incluye profesores y alumnos de los últimos semestres de la carrera ha sido del todo exitoso.

Zapopan, diciembre de 2018
Diego Robles Farías
Editor General

Contenido

Mensaje del director..... p. 5

Editorial..... p. 7

Estudios jurídicos

Aspectos relevantes de la Escisión de Sociedades
por FRANCISCO JAVIER ARCE GARGOLLO..... p. 13

Clases de acciones y alteración de los derechos
de accionista
por ANA BELÉN CAMPUZANO p. 23

Hacia la Junta (Asamblea) General Electrónica
por MARTA GARCÍA MANDALONIZ..... p. 67

DIP Financing: Su regulación en la Ley de Concursos
Mercantiles
por FRANCISCO JAVIER GARIBAY GÜÉMEZ..... p. 111

El control de constitucionalidad de las políticas públicas
en México
por JOSÉ ROGELIO GUTIÉRREZ ÁLVAREZ p. 135

La corrupción en los municipios y su combate efectivo con los
sistemas municipales anticorrupción
por MIGUEL ÁNGEL IBARRA FLORES p. 155

Agrupación de Empresas y Sociedades
por LUIS MANUEL C. MÉJAN p. 173

Responsabilidad penal e intervención judicial de
Sociedades Mercantiles
por VÍCTOR MANUEL PEÑA BRISEÑO p. 209

Contexto Histórico e Ideológico de Nuestra Carta Magna
El Constitucionalismo Social: de México para el Mundo
por **WENDY GEORGINA PÉREZ RODRÍGUEZ** p. 221

Las Leyes de Ordenamiento Constitucional
por **RICARDO JESÚS SEPÚLVEDA IGUÍNIZ** p. 243

Actualidad Legislativa

Reforma a la Ley de la Propiedad Industrial
en Materia de Marcas de mayo de 2018
por **RICARDO VINICIO RODRÍGUEZ PRINTZEN** p. 267

Vida en la Facultad

La Universidad Panamericana campus Guadalajara en el
Holloran Center for Ethical Leadership in the Professions
at the University of St. Thomas School of Law
(verano 2018)
por **ROXANA PAOLA MIRANDA TORRES** p. 283

Estudios jurídicos

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO

11

SEMESTRE II
2018

Aspectos relevantes de la Escisión de Sociedades*

FRANCISCO JAVIER ARCE GARGOLLO¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Regulación en México.* III. *Características.* IV. *Escindidas de nueva creación.* V. *Ventajas.* VI. *Clases.* VII. *Sociedades que pueden escindirse.* VIII. *¿Puede escindirse una asociación o sociedad civil?* IX. *Requisitos de la escisión.* X. *Contenido de la resolución.* XI. *La protocolización e inscripción.* XII. *La publicación.* XIII. *Derecho de oposición.* XIV. *Derecho de retiro de los socios.* XV. *Efectos de la escisión.* XVI. *Efectos en las escidentes, escindidas y socios.* XVII. *Revocación y nulidad de la escisión.*

Resumen. En el presente texto, se analizará y explicará la figura de la escisión de sociedades mercantiles, su regulación en la ley mexicana y sus características. Adicionalmente, se destaca qué tipo de sociedades pueden escindirse y los requisitos que debe tener la resolución, y los efectos que surgen respectivamente a la sociedad escidente, a la sociedad escindida y a los socios. Por último, se tratará también el tema del derecho oposición y de retiro que tienen los socios en los casos de escisión, así como la revocación y nulidad de la escisión.

Palabras clave: Sociedades mercantiles, escisión, derecho de oposición.

Abstract. *The objective of this document is to explain and analyse the split off in companies, its regulation and characteristics under Mexican law. Additionally, it is important to explain what kind of companies are able to split off, the requirements that such resolution should have, and the legal effects for each party involved in the split off of the company. Finally, it will be explained the*

¹ Profesor de Contratos Mercantiles en la Universidad Panamericana campus Ciudad de México.

*Ponencia presentada en el IV Congreso Internacional de Derecho Mercantil, celebrado en la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

opposition and withdrawal rights that the members have in case of a splitting off of the company, as well as the revocation and nullity of it.

Keywords: *Companies, split off, right of opposition.*

I | Introducción

En muchos países, la regulación de la escisión de sociedades es relativamente reciente, a diferencia de la transformación y la fusión que, en nuestro Derecho, están reguladas desde que se promulgó la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM). Mientras que con la fusión de sociedades se persigue la concentración de fuerzas económicas, en la escisión se tiende, más bien, a descentralizar esas fuerzas. Sin embargo, antes de la regulación de la figura de la escisión en 1994, en México se hicieron escisiones de sociedades que se inscribieron en el Registro Público de Comercio.

II | Regulación en México

La escisión se reguló en México, primero, en las leyes fiscales en el año de 1992 y, después, en la Ley general de sociedades mercantiles, en una reforma publicada en el Diario Oficial del 12 de junio de 1994. La escisión está regulada en solamente en el artículo 228 bis de la LGSM, disposición que contiene numerosas fracciones. La terminología de esta norma es diferente a la de la que utiliza la ley societaria. Por ejemplo, se habla de activo, pasivo y capital; y no de patrimonio, derechos y deudas como en las disposiciones que regulan a la fusión.

III | Características

Las principales características que presenta esta figura de la escisión son: i.- Se desarrolla en diversas etapas sucesivas. ii.- La escidente puede extinguirse (no disolverse) o subsistir con las escindidas. iii.- Los socios de la escidente participan, inicialmente, en la misma proporción en el capital de la escindida. iv.- Las normas que la regulan son de interés público, no renunciables.

IV] Escindidas de nueva creación

El efecto de la escisión es la transmisión en bloque de todo o parte de un patrimonio de la escidente a otra u otras sociedades escindidas de nueva creación.

No se permite en nuestro derecho la escisión por la que la escidente transmite parte de su patrimonio a sociedades escindidas ya existentes. La ley es clara: *son aportadas en bloque a otras sociedades de nueva creación*. En otras legislaciones como en Francia, España, Argentina y Perú, existe la posibilidad de que el patrimonio de la escidente, o parte de éste, se trasmite a sociedades ya existentes, a esto se le llama excorporación (*scorporatione*, en italiano).

Conforme a la legislación mexicana tampoco es posible que dos sociedades escidentes subsistan y se escendan en una única escindida a la que las dos escidentes transmitan parte de su patrimonio. Pues con la primera escisión se crea una sociedad y con la segunda escisión, la transmisión se haría a una sociedad ya existente, lo que no permite la LGSM.

¿Cómo logra que una sociedad sea la misma que se transmite parte del patrimonio de cada una de las dos escidentes? En la práctica societaria esto se ha hecho mediante varias operaciones: se escinden cada una de las escidentes en una escindida de nueva creación y posteriormente estas dos escindidas, producto de dos escisiones, como fusionantes, se fusionan entre sí. En este supuesto hay dos transmisiones en bloque: de las escidentes a las escindidas y de las escindidas al fusionarse entre sí.

V] Ventajas

Algunas ventajas de la escisión son: i.- Es una forma por la que una sociedad pueda establecer varias sociedades filiales. ii.- Es un modo de separar actividades de una empresa: sucursales, líneas de productos, plantas industriales, divisiones comerciales, activos, inmuebles. iii.- Con la escisión puede lograrse una futura separación de socios. La escidente a un grupo de interés y la escindida a otro grupo.

VI] Clases

En términos similares a la figura de la fusión de sociedades, la escisión puede ser: i.- Por integración: la escidente se extingue

y transmite todo su patrimonio a dos o más escindidas. ii.- Por incorporación o segregación: la escidente subsiste y transmite, "en bloque", parte de su patrimonio a una o más escindidas. En el Registro Público le llaman *absorción*.

VII] Sociedades

¿Qué tipos o especies de sociedades pueden ser escidentes en una escisión? Cualquiera de los siete tipos de sociedades mercantiles reguladas en el art. 1º de la LGSM, en uno o varias escindidas que pueden ser de los diferentes tipos sociales.

i.- La sociedad en *liquidación*, siempre que revoque el acuerdo de disolución (reactivación de la sociedad).

ii.- No pueden escindirse las *asociaciones y sociedades civiles*, pues la escisión es una figura mercantil y no está prevista en los Códigos civiles.

iii.- Las sociedades mercantiles especiales (instituciones de crédito, organizaciones auxiliares del crédito, instituciones de fianzas o de seguros, entre otras) pueden escindirse, en sociedades de su mismo tipo especial y cumpliendo los requisitos adicionales que señalan las leyes que las regulan.

VIII] ¿Puede escindirse una Asociación o Sociedad Civil?

La escisión está regulada en las leyes mercantiles, no en los códigos civiles, por lo que no pueden ser materia de escisión las asociaciones y sociedades civiles.

Un criterio del Registro Público de Comercio, señala que una sociedad mercantil se puede transformar en civil y viceversa. Si una sociedad civil se transforma en mercantil, con esta nueva forma social se puede escindir en otra mercantil y, a su vez, esta mercantil se puede transformar en una sociedad civil.

Las asociaciones civiles y de otra naturaleza como asociaciones religiosas o las instituciones de asistencia privada, no pueden transformarse en sociedades, ni civiles, ni mercantiles.

IX] Requisitos de la escisión

El artículo 228 bis de la LGSM señala como requisitos:

I.- Resolución de la asamblea de accionistas o socios por la mayoría exigida para la modificación del contrato social. En la

Sociedad Anónima el acuerdo de escisión corresponde a la Asamblea General Extraordinaria de accionistas (art. 182- IX LGSM), con votación del 50% del capital social, si los Estatutos no señalan otra mayoría (art. 191 LGSM). En la Sociedad de Responsabilidad Limitada, la resolución la toma la asamblea socios por la mayoría de votos que representen, por lo menos, tres cuartas partes del capital (78 fracc. VIII y 83 LGSM).

II.- Las acciones o partes sociales de la sociedad que se escinda deberán estar totalmente pagadas; el capital no pagado (acciones pagadoras) debe pagarse previamente o reducirse en la parte no pagada. En la asamblea que acuerde la escisión participan las acciones ordinarias y las de voto limitado (art. 113 LGSM). No participan las acciones en las que se ha restringido el voto a esta asunto de asamblea (art. 91 VII c) 1 LGSM).

III.- Cada uno de los socios de la sociedad escidente tendrá inicialmente una proporción del capital social de las escindidas, igual a la de que sea titular en la escidente; esta disposición de la LGSM no es renunciable por los particulares, es de orden público.

Al momento en que la escisión surte efectos, los socios o accionistas de la escidente y de la o las escindidas deben tener la misma proporción en el capital social. Inmediatamente después pueden hacer enajenaciones de sus acciones o partes sociales, lo que muchas veces tiene efectos fiscales.

X] Contenido de la resolución

Señala el mismo artículo 228 bis de la LGSM que:

IV.- La resolución que apruebe la escisión deberá contener:

a).- La descripción de la forma, plazos y mecanismos en que los diversos conceptos de activo, pasivo y capital social serán transferidos; b).- La descripción de las partes del activo, del pasivo y del capital social que correspondan a cada sociedad escindida y, en su caso a la escidente...; c).- Los estados financieros de la sociedad escidente... debidamente dictaminados por auditor externo. d).- La determinación de las obligaciones que por virtud de la escisión asuma cada sociedad escindida... e).- Los proyectos de estatutos de las sociedades escindidas.

Se trata de información de carácter contable, como son los estados financieros y los derechos (activos) y obligaciones (pasivos) que serán materia de trasmisión de la escidente a la o las escindidas, lo que constituye la parte más importante del contenido de la resolución.

Es importante considerar que obligaciones o pasivos se tramiten, pues la responsabilidad de las mismas está amparada por los bienes o activos de la sociedad deudora que los trasmite. Por eso la LGSM establece que hay solidaridad entre esconcidas o con la escidente en algunos de estos supuestos.

XI] La protocolización e inscripción

El acta de la asamblea que aprueba la escisión debe protocolizarse e inscribirse, dice el artículo 228 bis: *V.- La resolución de escisión deberá protocolizarse ante fedatario público e inscribirse en el Registro Público de Comercio.*

Los efectos de la protocolización son: i. El notario verifica que el acto corporativo cumple los requisitos legales. ii. El instrumento notarial tiene una fecha cierta. iii. El documento ante notario es un documento auténtico para efectos registrales. iv. El testimonio del instrumento notarial, una vez inscrito en el Registro Público, surte efectos frente a terceros.

XII] La publicación

El artículo 228 bis fracción V de la LGSM respecto a la resolución de la escisión establece que ésta:

V. La resolución de escisión deberá protocolizarse ante fedatario público e inscribirse en el Registro Público de Comercio. Asimismo, deberá publicarse en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía, un extracto de dicha resolución que contenga, por lo menos, la síntesis de la información a que se refieren los incisos a) y d) de la fracción IV de este artículo, indicando claramente que el texto completo se encuentra a disposición de socios y acreedores en el domicilio social de la sociedad durante un plazo de cuarenta y cinco días naturales contados a partir de que se hubieren efectuado la inscripción y la publicación; (...)

La publicación debe hacerse en el sistema electrónico de la Secretaría de Economía, pero aquellos Estatutos de sociedades que señalan que deben publicarse las convocatorias en alguno de los periódicos de mayor circulación, como antes señalaba la LGSM, deben publicar la resolución en los medios para cumplir con los Estatutos y con la ley.

El plazo de 45 días naturales que establece la LGSM no es renunciable y la escisión surtirá efectos una vez transcurrido el

término. En el caso de la escisión no se puede aplicar por analogía el artículo 225 de la fusión para que la escisión surta efectos a la inscripción, si se dan los supuestos de dicha disposición. Son normativas diferentes la de la fusión y la de la escisión.

XII] Derecho de oposición

El objeto de la publicación es que en el plazo de 45 días naturales los acreedores puedan oponerse judicialmente a la escisión de la sociedad, para efecto de que esta suspendan sus efectos. El artículo 228 bis fracción VI de la LGSM establece que:

VI.- Durante el plazo señalado, cualquier socio o grupo de socios que representen por lo menos el veinte por ciento del capital social o acreedor que tenga interés jurídico, podrá oponerse judicialmente a la escisión, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declara que la oposición es infundada, se dicte resolución que tenga por terminado el procedimiento sin que hubiere procedido la oposición o se llegue a convenio, siempre y cuando quien se oponga diere fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad con la suspensión. (...)

i.- La oposición la hacen los acreedores o socios mediante juicio ordinario mercantil. ii.- El interesado debe acreditar que se es socio de por lo menos el 20% del capital social. iii.- O, acreditar ser acreedor de la sociedad, de cualquier naturaleza y monto de la deuda, con interés jurídico a juicio del juez. iv.- Quien se opone debe dar fianza en el monto a juicio del juez. v.- El efecto es suspender el proceso de escisión. vi.- Termina con resolución que declara infundada o con un arreglo de la sociedad con el socio o acreedor opositor.

XIV] Derecho de retiro de los socios

El artículo 228 bis fracción VIII de la LGSM concede a los accionistas que voten en contra el derecho a separarse de la sociedad: (...) VIII.- *Los accionistas o socios que voten en contra de la resolución de escisión gozarán del derecho a separarse de la sociedad, aplicándose en lo conducente lo previsto en el artículo 206 de esta ley. (...)*

Solo hay 5 casos de derecho de separación en materia de sociedades anónimas. Estos son: cambio de objeto o de nacionalidad, transformación de la sociedad, escisión o cuando la

sociedad anónima adopta la modalidad de sociedad anónima promotora de inversión (art. 12 de la Ley del Mercado de Valores).

El reembolso de su participación en el capital se paga en proporción al "activo social" dice el artículo 206, esto es el capital contable (activo menos pasivo) según el último balance aprobado.

XV] Efectos de la escisión

El efecto de la escisión consiste en que se crea una o varias nuevas sociedades llamadas escindidas y se les trasmite parte del patrimonio de la escidente. El artículo 228 bis fracción VII, establece lo anterior en los siguientes términos:

VII.- Cumplidos los requisitos y transcurrido el plazo a que se refiere la fracción V, sin que se haya presentado oposición, la escisión surtirá plenos efectos; para la constitución de las nuevas sociedades, bastará la protocolización de sus estatutos y su inscripción en el Registro Público de Comercio;

Cuando se hicieron las primeras escisiones en México, en una sola escritura se protocolizaba el acta de la asamblea que contenía la resolución de la escisión y se constituían las sociedades escindidas. En esa práctica no se cumplía con el plazo de 45 días que establece la LGSM para la oposición. Actualmente un criterio del Registro Público de Comercio dice que debe hacerse un segundo instrumento notarial que contenga la constitución de la(s) escindida(s).

Agrega el artículo 228 bis fracción IX de la LGSM que:

IX.- Cuando la escisión traiga aparejada la extinción de la escidente, una vez que surta efectos la escisión se deberá solicitar del Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social;

XVI] Efectos en la escidente, escindidas y socios

1. Escidente

i.- Si es por *integración*, la sociedad escidente se extingue, deja de existir como persona jurídica. ii.- Todo su patrimonio se transmite a las escindidas. iii.- Todos sus órganos y poderes otorgados se extinguen. iv.- Si es por *incorporación* o *absorción* (subsiste la escidente), parte del patrimonio se transmite a las escindidas y se disminuye su capital social. v.- Las acciones o partes sociales de la escidente se cancelan en la proporción del

patrimonio que se trasmite a las escindidas. Si se extingue se cancelan todas las acciones o partes sociales.

2. Escindidas

i.- Las escindidas se constituyen por efecto de la resolución de la escisión, en el momento en que esta surte efectos. ii.- La constitución se otorga *en otro instrumento notarial*. iii.- La constitución debe cumplir con los requisitos que la LGSM establece para el tipo social que se constituye. iv.- Las escindidas absorben “*en bloque*” la totalidad o parte del patrimonio de la escidente.

3. Socios

i.- Los socios de la escidente tienen derecho a participar en la misma proporción que tienen en el capital de la escidente en el capital de las escindidas. ii.- Los socios de la escidente recibirán acciones o partes sociales de las escindidas. iii.- Los socios van a encontrarse en la o las sociedades escindidas (y escidente) en la misma situación corporativa que tenían antes de la escisión.

XVII] Revocación y nulidad de la escisión

La resolución de escisión puede revocarse y dejarse sin efecto por la escidente, por la asamblea respectiva. También puede anularse el acuerdo de escisión por declaración judicial, por las causas y con el procedimiento para anular las resoluciones de las asambleas de las sociedades.

Clases de acciones y alteración de los derechos de accionista¹

ANA BELÉN CAMPUZANO²

SUMARIO: I. *El principio de igualdad formal de los derechos de socio.* II. *La emisión de acciones que atribuyan derechos diversos.* III. *Las prohibiciones en la emisión de acciones que atribuyan derechos diversos.* IV. *La diversidad en el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales.* V. *La diversidad en el derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación.* VI. *La diversidad en el derecho de voto.* VII. *La tutela de las clases de acciones.*

Resumen. La autora analiza, conforme a la legislación española de sociedades de capital, la posibilidad de las acciones y las participaciones sociales, de atribuir derechos de socio de forma diversa a sus titulares, con diferencias de régimen jurídico según se trate de una sociedad no cotizada o cotizada. Además, explica los efectos que conlleva la clasificación de las acciones en distintas clases de acuerdo con sus derechos incorporados y las implicaciones de la existencia de acciones sin derecho a voto.

Palabras clave: Legislación española, sociedades mercantiles, acciones, participaciones sociales.

Abstract. *The author analyses, according to the Spanish legislation of incorporated companies, the possibility for the stocks and shares to attribute rights of shareholder differently to their owners, with legal status differences whether it is for a listed or not listed company. Also, she explains the effects that implies the classification of stocks into different classes according to their*

¹ El presente trabajo se ha elaborado en el seno del Proyecto de Investigación *Financiación, refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Viabilidad financiera de la empresa*. DER2015-71210-R (MINECO/FEDER, UE), concedido por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica del Ministerio de Economía y Competitividad (IP. Ana Belén Campuzano). Forma parte de la ponencia presentada en el IV Congreso Internacional de Derecho Mercantil en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

² Catedrática de Derecho Mercantil Universidad San Pablo CEU (España)

incorporated rights and the implications for the existence of stocks without right to vote.

Keywords: Spanish legislation, corporations, stock, shares

I] El principio de igualdad formal de los derechos de socio

La condición de socio se integra por un conjunto diverso de derechos, poderes, facultades e, incluso, atribuciones de legitimación procesal. Aunque no todos los atributos derivados de la condición de socio pueden ser considerados auténticos derechos subjetivos, se ha ido extendiendo y consolidando el uso del término *derechos del socio*, comprensivo de derechos subjetivos y también de otros tipos de posiciones activas.

En este sentido amplio se utiliza la expresión derechos del socio en el artículo 93 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo LSC), al establecer que, salvo en los casos previstos en la propia ley, el socio tendrá como mínimo, en los términos establecidos en esta ley, los siguientes derechos: participación en el reparto de las ganancias sociales, participación en el patrimonio resultante de la liquidación, asunción o suscripción preferente en la creación o emisión, respectivamente, de nuevas participaciones o de acciones u obligaciones convertibles en acciones, asistencia y voto en las juntas, impugnación de acuerdos sociales e información.

El socio, que adquiere esta condición simplemente por ser propietario de una participación social o de una acción (art. 91 LSC), tendrá, como mínimo, el catálogo de derechos que recoge el precepto. En definitiva, se trata de un listado de derechos que no es exhaustivo y de una enumeración legal que no implica que los socios disfruten en todo caso de los derechos incluidos, o que no disfruten de otros derechos no recogidos en ese listado pero reconocidos en la propia Ley o en los estatutos, o que éstos sean derechos exclusivos de los socios. Además, la participación social y la acción confieren a su titular la condición de socio, lo que implica el reconocimiento de un conjunto de derechos, desde la premisa de que la sociedad debe dar un trato igual a los socios que se encuentren en condiciones idénticas (arts. 97 y 514 LSC)³.

³ Vid. JIMENEZ SANCHEZ, G. *La acción como parte del capital y como conjunto de derechos en la Ley de Sociedades Anónimas*, DN, 1990-91, págs. 238-243; SANCHEZ ANDRES, A. *La acción y los derechos del accionista*, en URÍA, R. (et. al.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. IV, Vol. 1º, Madrid, 1994; CAMPUZANO, A.B. *Derechos del socio*

En este sentido, en las sociedades capitalistas el ámbito de aplicación del principio de igualdad entre los socios se reconduce al análisis de dos perspectivas distintas: el principio de igualdad formal de los derechos incorporados a las participaciones sociales y a las acciones y atribuidos a los socios (art. 94.1 LSC) y el principio de igualdad de tratamiento de los socios, que rechaza el trato discriminatorio (arts. 97 y 514 LSC). Mientras la igualdad formal se mueve sobre el plano de los derechos que se confieren al titular de participaciones y de acciones, la igualdad de tratamiento se centra en el trato que la sociedad, en determinadas operaciones, dispensa al socio individual⁴.

El principio de igualdad formal de derechos parte de que las participaciones y las acciones confieren a sus titulares iguales derechos, lo que coloca a estos en un claro plano igualitario a la hora de determinar su peso específico en la marcha y control de la actividad social. Se establece así una presunción de igualdad de los derechos atribuidos por participaciones y acciones. Ahora bien, esta presunción puede ser desplazada. La afirmación de que las participaciones y las acciones atribuyen a sus titulares iguales derechos requiere dos matizaciones. De un lado, que estamos ante una regla puramente formal. Realmente, quien posee un

(Art. 93), en ROJO, A. y BELTRÁN E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Madrid, 2011; SANCHEZ GONZALEZ, J.C. *La acción como fundamento de la condición de socio y como conjunto de derechos*, en *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Madrid, 1990.

⁴ Vid. MARTÍNEZ FLOREZ, A. *Igualdad de trato (art. 97)*, en ROJO, A. y BELTRÁN E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011. La prohibición de trato discriminatorio entre los accionistas que se encuentren en condiciones idénticas exige igualdad de oportunidades y veda privilegios y beneficios en favor de unos y detrimento de otros, principio expresamente establecido en el artículo 85 de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades. La desigualdad entre los accionistas no puede tener un componente cualitativo; dándose las mismas circunstancias no pueden corresponder a los socios cargas o ventajas distintas. El trato diverso sólo es admisible si deriva de la posesión de distintas acciones o del sometimiento de la situación a disposiciones diferentes. Vid. GIRÓN, J. *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, pág. 294; VELASCO SAN PEDRO, L.A. *Acciones propias e igualdad de los accionistas (cuestiones de Derecho de sociedades y del Derecho del mercado de valores)*, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, III, Valencia, 1995, págs. 3879-3951, 3904-3905; DE EIZAGUIRRE, J.M *La condición de socio de la sociedad de responsabilidad limitada*, en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I, Madrid, 1996, págs. 319-320; GARRIDO DE PALMA, V. *Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, II. Sociedades mercantiles, Madrid, 1996, págs. 1869-1881, 1880.

considerable paquete de participaciones o de acciones que le asegure, aunque sea de hecho, el control de la sociedad, o quien, aunque privado individualmente de una participación mayoritaria adquiere el control en virtud de pactos parasociales, no puede decirse que tenga iguales derechos respecto a los otros socios. Los socios mayoritarios no sólo ostentan un mayor poder, sino que en la mayoría de los casos, detentan el gobierno de la sociedad. De otra parte, es una regla formal que, además, puede ser alterada en el acto constitutivo o en sucesivas modificaciones al mismo.

En efecto, se atribuyen a los socios los mismos derechos, con las excepciones establecidas al amparo de la ley. La creación de participaciones o la emisión de acciones con derechos diferentes se configura, fundamentalmente, como un instrumento de recolección de capitales o como una técnica de defensa de las relaciones de poder preexistentes en una sociedad. La consecución de alguno de estos objetivos justifica la mayor parte de las participaciones o acciones con derechos diversos, sin que sea necesario que el fin perseguido se encuentre determinado de antemano. Las participaciones o acciones con derechos diferentes creadas o emitidas en su origen con una finalidad protectora de las relaciones de poder preexistentes, pueden convertirse en un eficaz instrumento de financiación de la sociedad, y viceversa. No es posible separar radicalmente los objetivos. Por el contrario, cuando una sociedad crea participaciones o acciones con derechos distintos lo habitual es que lo haga atendiendo, simultáneamente, a razones financieras y de protección de las relaciones de poder preexistentes.

Como instrumento de financiación resultan útiles, de un lado, para luchar contra la falta de disponibilidades financieras. Una empresa amenazada de crisis difícilmente va a conseguir que los potenciales inversores suscriban sus participaciones o acciones, pero puede captar nuevos fondos si ofrece ventajas a quien realice el desembolso. De otra parte, son un instrumento idóneo para lograr la expansión de las actividades de la empresa. El ofrecimiento a los inversores de participaciones o de acciones con derechos distintos facilita su captación.

1. Las participaciones sociales que atribuyen derechos diferentes

Las participaciones sociales pueden otorgar derechos diferentes, con lo que se acoge la ruptura del principio de igualdad de derechos correspondientes a las participaciones. No obstante, a diferencia de lo que sucede en la sociedad anónima, no se recoge expresamente que esta diversidad de derechos sea constitutiva de

una clase de participaciones. En efecto, se admite que tanto las participaciones como las acciones puedan otorgar derechos diferentes. Pero, sólo respecto a las acciones se determina que aquellas que tengan el mismo contenido de derechos constituyen una misma clase. Esta diferencia implica, con carácter general, que las clases de acciones de la sociedad anónima se sometan a un sistema de tutela colectiva (art. 293 LSC), mientras que los derechos individuales de cualquier socio de una sociedad de responsabilidad limitada se sujeten a tutela individual (art. 292 LSC). Aunque en el supuesto de participaciones sin voto, aún sin acogerse el concepto de clase, cualquier modificación estatutaria que les lesione se somete, por expresa indicación legal, al acuerdo de la mayoría de las participaciones afectadas (art. 103 LSC).

La creación de participaciones con derechos diversos posibilita a las sociedades de responsabilidad limitada diseñar, con mayor flexibilidad, el régimen de derechos de sus socios, lo que le permitirá adoptar sistemas distintos en función de sus necesidades. La posibilidad de introducir diferencias se reconoce, expresamente, en el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales (art. 95 LSC), en el derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación (art. 392 LSC) y en el derecho de voto (arts. 98 y 188 LSC). En este mismo sentido se pronuncia el Reglamento del Registro Mercantil en su artículo 184.2 que, además, regula la concreción de los derechos diversos que atribuyan las participaciones, cuando la diversidad afecte al voto, al dividendo o a la cuota de liquidación (respectivamente, 184.2-1º y 2º RRM).

Cuestión distinta es si también es posible introducir diferencias sobre otros derechos que se atribuyen al socio. En principio, el carácter flexible que se predica de la sociedad limitada y la introducción en el mencionado artículo 184.2 del Reglamento del Registro Mercantil de un apartado 3º que prevé que *en los demás casos, se indique el contenido y la extensión del derecho atribuido*, debieran servir de referente para admitir diferencias en otros derechos, siempre que el articulado legal no lo impida expresamente (v. prohibiciones art. 96 LSC) o no contradiga los principios configuradores del tipo social.

2. Las acciones que atribuyen derechos diferentes: las clases de acciones

a.- La clase de acciones: la relatividad del concepto.

La atribución de derechos diversos se reconoce tanto para las participaciones sociales de la sociedad limitada como para las acciones de la sociedad anónima, aunque sólo respecto a estas

últimas, y no así para las participaciones de la sociedad limitada, se establece que las acciones que tengan el mismo contenido de derechos constituyen una misma clase. En este sentido, es en el marco de la sociedad anónima donde se ha elaborado la noción de clase o categoría y se ha articulado y desarrollado su régimen jurídico propio. Por el contrario, el concepto de clase no se extiende a la diversidad de derechos de socio en la sociedad de responsabilidad limitada. Aunque se admite expresamente la diversidad de derechos en las participaciones sociales, no se consagra el concepto de clases de participaciones.

La admisión de clases de acciones supone la modificación del carácter absoluto del principio de igualdad de derechos. La igualdad se convierte en un principio de naturaleza relativa. En la sociedad anónima, entre una igualdad absoluta, que parece excesiva, y un tratamiento diverso a cada socio, que iría en contradicción con la naturaleza propia de las grandes sociedades de capital, se impone una igualdad relativa. El principio de igualdad de derechos se exige no en cuanto a la totalidad de acciones que puede emitir una sociedad, sino en relación a un ámbito más limitado que viene determinado por la noción de clase de acción. Es éste un término objetivo que no presupone ni preferencia ni especialidad, sino que simplemente agrupa las acciones que atribuyen idéntico contenido de derechos.

Comúnmente una clase es un número de individuos, objetos o asuntos que se caracterizan por la posesión de determinadas características. Pues bien, en el seno de una sociedad anónima se entiende que hay una clase de acciones cuando todas ellas atribuyen los mismos derechos que son, además, diferentes a los conferidos por otras acciones agrupadas, a su vez, en clases distintas.

El concepto de clase de acciones se caracteriza por su relatividad. De un lado, porque la igualdad de derechos que caracteriza a una clase sólo es posible constatarla en un análisis comparativo con otras acciones que atribuyan derechos distintos y que, en consecuencia, constituyan otra clase. Cuando se lleve a cabo la división del capital en diferentes clases de acciones, la presunción de igualdad absoluta será desplazada. Ello permite la existencia en una sociedad de varios grupos de acciones con un régimen distinto, creadas simultánea o sucesivamente. La igualdad absoluta sólo reina en el interior de cada clase entre todas las acciones pertenecientes a la misma clase. En cambio, entre las distintas clases de acciones existentes en la sociedad la igualdad es relativa.

De otro lado, porque la relatividad debe predicarse, igualmente, respecto al contenido de la clase. Es indiferente, en efecto, que la diversidad de derechos consista en un *plus* o en un *minus* respecto de los derechos de socio ordinarios. En consecuencia, constituyen clase tanto las acciones ordinarias como las acciones privilegiadas como las acciones postergadas. En definitiva, el término clase hace referencia al conjunto de acciones que atribuyen los mismos derechos a su titular, derechos que son diversos, cualitativa o cuantitativamente, de los atribuidos por acciones de otras clases⁵.

b.- Los requisitos de la clase

Los requisitos que deben concurrir para que pueda hablarse de clase de acciones son, en primer lugar, que se trate de una diversidad de derechos atribuidos por acciones, es decir, de derechos derivados de la condición de socio, de los que las acciones son expresión. Se trata de una igualdad objetiva y no subjetiva. El principio de igualdad de derechos recae sobre la acción y no sobre el accionista. La expresión igualdad de los socios no es más que una traducción de la situación jurídica a la que corresponde. Es más exacto hablar de igualdad entre acciones y no entre los titulares de las mismas; en suma, de igualdad de derechos y obligaciones atribuidos a cada una de las acciones de una misma clase o, en su defecto, a cada una de las acciones que en su totalidad forman el capital social. De esta manera lo que se prohíbe es la existencia de cualquier discriminación entre acciones con una posición jurídica idéntica, posición que ahora viene determinada por la pertenencia a una determinada clase. Por esta vía, se excluyen del concepto de clase aquellos valores que confieren a

⁵ Vid. CUESTA, J.M. *Clases especiales de acciones y su problemática*, RDF, 106-107, 1973, págs. 913-982; BROSETA, M. *Acciones: clases y régimen jurídico*, en *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987; MENÉNDEZ, A. y BELTRAN, E. *Las acciones sin voto*, en URÍA, R. (et. al.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T.IV. Vol.1º, Madrid, 1994; BELTRÁN, E. *Las clases de acciones como instrumento de financiación de las sociedades anónimas*, en *Estudios de derecho bancario y bursátil, Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, T.I, Madrid, 1994; CAMPUZANO, A.B. *Las clases de acciones en la sociedad anónima*, Madrid, 2000; CAMPUZANO, A.B. *Diversidad de derechos (art. 94)*, en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Madrid, 2011; LEÓN TOVAR, S.H. *Las clases de acciones de la sociedad anónima y los derechos del accionista*, México, 2018, págs. 187-209; OLAVO CUNHA, P. *Os direitos especiais nas sociedades anónimas: as ações privilegiadas*, Coimbra, 1993; PORFIRIO, L.J. *Acciones privilegiadas y acciones sin voto tras las Leyes 37 y 50 de 1998*, DN, núm. 106-107, julio-agosto de 1999, págs. 1-14; AGUILERA, A. *Clases y series de acciones. Las acciones privilegiadas*, en *Derecho de sociedades anónimas. Capital y acciones*, II, Vol. I, Madrid, 1994.

sus titulares derechos de crédito frente a la entidad emisora (v.gr. obligaciones), aquellos derechos que no se disfrutan por la titularidad de acciones sino por otras circunstancias (v gr. derechos de fundador) y aquellos supuestos en que la diversidad de derechos se vincula no a las acciones, sino a los accionistas (v.gr. ventajas particulares).

La diversidad constitutiva de una clase sólo surge cuando la distinta atribución de derechos trae causa de la acción entendida como valor mobiliario representativo del capital, y no cuando se produce en función de la persona titular de la misma. El concepto de clase no incluye aquellos supuestos en los que se lleva a cabo una diversa atribución de derechos en atención a condiciones concretas de la persona que los va a detentar. Quedan fuera del concepto de clase las ventajas particulares concedidas específicamente a uno o más accionistas en contrapartida de servicios especiales. Tampoco se incluye en el concepto de clase la diversidad establecida sobre las prestaciones accesorias. La Ley permite que en los estatutos se establezcan para todos o algunos socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital. Ello supone que pueden establecerse prestaciones accesorias sólo para determinados socios, incluyendo a los titulares de clases de acciones. Ahora bien, esta posibilidad, por sí misma, no es susceptible de constituir una clase de acciones. Y ello porque las prestaciones accesorias se imponen a los accionistas y no a las acciones. Este parece ser el carácter que la legislación española otorga a estas obligaciones, refrendado por el hecho de que la disciplina legal hable de prestaciones establecidas para todos o alguno de los socios y no para todas o alguna de las acciones.

En segundo lugar, para que pueda hablarse de clase de acciones, se exige que se apoye realmente en un diverso contenido de derechos de socio y no se trate, simplemente, de una diversidad de hecho. La clase está formada por aquellos valores mobiliarios que presentan, en cuanto a los derechos incorporados, características comunes. Teniendo en cuenta que cuando se habla de derechos, el término se utiliza en su acepción más amplia de relación jurídica, de forma que, al menos en abstracto, una clase agrupa a las acciones que incorporan los mismos derechos. Ahora bien, el concepto no se extiende a otros aspectos de la acción, que quedan encuadrados bajo la expresión *tipos* o *modalidades* de acciones, aunque el legislador español no los defina, sino que se limita a distinguir entre series y clases de acciones, se entiende que el tipo o la modalidad, a diferencia de la clase, hace referencia a características externas de las acciones, fundamentalmente, a la modalidad de representación de las mismas (acciones nominativas

o al portador) y a su régimen de transmisión. Cualquiera de estas diferencias carece en sí misma de la entidad suficiente para constituir una clase de acciones. Sólo las acciones que atribuyen iguales derechos forman una clase.

Por consiguiente, no constituyen clase las acciones representadas mediante títulos y mediante anotaciones en cuenta, las acciones que coticen en bolsa y las que no coticen, las acciones nominativas y al portador, las acciones liberadas en dinero y liberadas in natura, las acciones íntegra y parcialmente desembolsadas (o desembolsadas en diferente cuantía o cuyo plazo para la liberación sea diferente) o las acciones de diferentes emisiones y/o de diferente valor nominal, que constituyen series de acciones⁶.

c.- La igualdad de derechos en el ámbito de la clase

Las acciones de una misma clase tienen, en definitiva, que atribuir iguales derechos. A estos efectos, es irrelevante para la constitución de una clase tanto el número de acciones que la compongan como el número de sus titulares. La creación de una clase es válida con la emisión de una única acción (dimensión objetiva) y con la existencia de un único accionista (dimensión subjetiva). Esta igualdad resulta exigible en el ámbito de la clase con respecto a la totalidad de los derechos atribuidos a los accionistas. No cabe defender su vigencia, únicamente, sobre aquellos reconocidos como derechos mínimos por el legislador. El principio de igualdad es exigible a todos y cada uno de los derechos atribuidos a los accionistas a lo largo de todo el articulado legal. Esta interpretación extensiva es la que responde al espíritu de la Ley. La igualdad debe predicarse respecto de todos los derechos del accionista, que no son únicamente los recogidos por

⁶ Mientras el término clase hace referencia al conjunto de acciones que atribuyen los mismos derechos a su titular, derechos que son diversos, cualitativa o cuantitativamente, de los atribuidos por acciones de otras clases, el vocablo serie alude al grupo de acciones que poseen igual valor nominal. Para delimitar los conceptos de clase y serie la técnica legal es distinta. El concepto de clase se establece sin remisión a ningún otro término, mientras que la noción de serie queda reducida a una subclasificación dentro del concepto más amplio de clase. Las acciones han de poseer igual valor nominal en cada una de las series que es posible constituir dentro de una clase. Se admite, en definitiva, la creación de series distintas en el seno de una clase de acciones, con el límite de que todas las acciones pertenecientes a la misma serie posean el mismo valor nominal. Vid. SÁNCHEZ ANDRÉS, A. *La acción y los derechos del accionista*, en URÍA, R. (et. al.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. IV. Vol. 1º, Madrid, 1994, págs. 250-251; CRUZ LAGUNERO, J.M. *Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de febrero de 1991*, RJN, 1992, págs. 195-201, 198-200.

el legislador en el artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital. Estos derechos sólo son un mínimo que la acción confiere. Además, han de tenerse en cuenta todos aquellos derechos que la propia ley, en otros preceptos, o los estatutos sociales, hayan establecido.

Ello no significa que la diversidad de derechos característica de las clases de acciones pueda predicarse de todos los derechos que integran la condición de socio, ya que el carácter instrumental de algunos derechos de socio impide o limita su atribución en forma diversa (v. prohibiciones art. 96 LSC). Lo habitual es que la desigualdad se produzca en los derechos de naturaleza estrictamente patrimonial: participación en las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación (comúnmente denominadas acciones privilegiadas o acciones preferentes; arts. 95; 498 y 499.1 LSC). La desigualdad en los derechos de naturaleza política o administrativa se encuentra mucho más limitada: derecho a conservar la condición de socio (las acciones rescatables, cuya emisión se limita a las sociedades cotizadas; arts. 500 y 501 LSC)⁷,

⁷ La Ley de Sociedades de Capital permite a las sociedades anónimas cotizadas, con determinadas condiciones, emitir acciones rescatables (arts. 500 y 501 LSC). El derecho a conservar la condición de socio es un derecho primario de todo socio que, a pesar de no estar formulado de forma expresa en la Ley, es deducible de su articulado. Habitualmente, la condición de accionista se adquiere de forma indefinida. Sin embargo, el derecho fundamental de todo socio a mantener esta condición puede atribuirse en forma diversa, a través de la creación de acciones rescatables, redimibles o recuperables. Estas acciones se caracterizan por nacer con la cualidad de amortizables, es decir, se emiten para ser rescatadas o amortizadas en unas condiciones predeterminadas, que han de establecerse de antemano. Al encontrarse prevista su amortización, y las condiciones en las que se llevará a cabo, desde su emisión, su realización no requiere de ninguna aprobación posterior, ni puede entenderse que resulta lesiva a acción alguna y, en consecuencia, no puede condicionarse a su voto favorable. La redención o rescate se puede hacer depender de un hecho ajeno a la voluntad de las partes (acciones a plazo o condición) o de la voluntad del emisor o del accionista (opción de redención). Las acciones rescatables, durante el tiempo que permanecen en la sociedad, reúnen todas las características propias de las acciones. Se trata de auténticas acciones —su titular es un socio y no un acreedor— sujetas a un régimen especial de rescate y amortización que, en nada, empaña su carácter de acciones. En la medida en que estas acciones incorporan un auténtico derecho de rescate, debe entenderse que, sólo ya por esta diversidad, constituyen una clase de acciones. Pero, además, en la medida en que en su régimen jurídico no se incorpora ninguna exigencia en cuanto a los demás derechos que pueden atribuir estas acciones, es posible que atribuyan otros derechos de forma diversa (v.gr. un dividendo preferente). Ello supone que pueden existir, en primer lugar, acciones rescatables que constituyan una clase, exclusivamente, por la diversidad en el derecho a conservar la condición de socio. Y, en segundo lugar, que existan acciones rescatables que atribuyan también en forma diversa otros derechos (voto, beneficios, cuota de liquidación) y a las que, por tanto, resultarán también aplicables las disposiciones previstas en materia de

derecho de voto (las acciones y participaciones sin voto, cuya emisión y creación se encuentra sometida a condiciones mínimas; arts. 98 a 103 y 499.2 LSC) y el derecho de suscripción preferente, que reúne elementos patrimoniales y políticos o administrativos (limitada a una prioridad en el ámbito de la diversidad de derechos atribuidos a su titular; arts. 96.2 y 3 y 499.2 LSC).

II] La emisión de acciones que atribuyan derechos diversos

1. El principio de libertad

La emisión de acciones y la creación de participaciones sociales que confieran derechos diversos frente a otras participaciones y acciones se encuentra presidida, en general, por un principio de libertad. Así, puede llevarse a cabo siempre que esta posibilidad no haya sido limitada o prohibida en los estatutos sociales. Las limitaciones estatutarias a la creación de participaciones o la emisión de acciones privilegiadas son incuestionables. Es posible introducir una cláusula que, expresamente, impida su creación o emisión. Si la limitación o la prohibición existe y se infringe, el acuerdo será impugnabile. En caso de no existir una prohibición de tales características, las sociedades pueden crear participaciones y acciones preferentes sin necesidad de que en los estatutos se haya previsto dicha posibilidad. Además, aun cuando los estatutos rechacen esta posibilidad siempre será posible modificarlos para llevar a cabo la creación o emisión de participaciones o de acciones diferentes.

De un lado, la emisión de acciones, y la creación de participaciones, que confieran derechos diversos frente a otras acciones y participaciones, puede realizarse, aunque no lo indique expresamente la Ley, en el momento constitutivo de la sociedad. No hay ninguna duda al respecto y así se infiere de su reconocimiento, indirecto, en el procedimiento de constitución sucesiva de la sociedad anónima, donde se exige la indicación de las clases de acciones en la lista definitiva de suscriptores (art. 44.2 LSC) y en el boletín de suscripción (art. 46 letra «c» LSC).

De otro lado, puede producirse, igualmente, durante la vida de la sociedad, sometida a las formalidades prescritas para la

dividendos preferentes y de acciones sin voto. Vid. CAMPUZANO, A.B. *Las clases de acciones. Tipología y limitaciones*, en VEIGA, A., *Estudios jurídicos sobre la acción*, Pamplona, 2014, págs. 19-88.

modificación de los estatutos sociales. La remisión no posee carácter esencial, porque aun en el caso de que no existiera, se hubiera aplicado igualmente, dado que esta creación y emisión debe llevarse a cabo a través de un aumento de capital o de una conversión y, ambas operaciones, constituyen una categoría de modificación de los estatutos. Los acuerdos de creación de participaciones con derechos desiguales y emisión de clases de acciones son competencia, con carácter general, de la junta de socios (a excepción de los supuestos de delegación en los administradores en las sociedades anónimas, art. 297 LSC). Además, el acuerdo puede adoptarse, también, en junta universal, porque se le permite tratar cualquier asunto (art. 178 LSC). En todo caso, el acuerdo tiene que adoptarse con los requisitos de las modificaciones estatutarias o, en su caso, con los requisitos más rígidos introducidos en los estatutos.

2. La determinación estatutaria de las acciones con derechos diferentes

Aunque una sociedad pueda crear participaciones o acciones con derechos diversos sin necesidad de que esta posibilidad se contemple previamente en sus estatutos, es necesaria su determinación estatutaria una vez creadas por la sociedad. En efecto, una vez creadas o emitidas, las participaciones con derechos desiguales y las clases de acciones existentes deben figurar en los estatutos (art. 23 letra «d») LSC; arts. 122.1 y 184.1 RRM). De no recogerse en los estatutos, debe prevalecer la igualdad de derechos de los socios.

Además, en los estatutos de la sociedad hay que hacer constar, con exacta expresión, los derechos que se atribuyen a cada una de las acciones y participaciones en las que se encuentra dividido el capital social. Sólo los derechos plasmados estatutariamente son los otorgados a estas participaciones y acciones. La delimitación de estos derechos, que ha de contemplarse también en los títulos o anotaciones en cuenta que documenten las clases de acciones (art. 114 LSC; art. 19 Real Decreto 878/2015, de 2 de octubre) y en la memoria del ejercicio (art. 260 LSC), determina la posición en la sociedad de su titular y permite controlar la licitud de una determinada creación de participaciones o emisión de acciones con derechos diversos.

III] Las prohibiciones en la emisión de acciones que atribuyan derechos diversos

1. La prohibición de emitir acciones con derecho a percibir un interés

Se prohíbe la emisión de acciones, y la creación de participaciones, que impliquen la percepción de un interés, cualquiera que sea la forma de su determinación. La prohibición incluye tanto el supuesto de los intereses fijos y variables, como el de los denominados intereses constructivos o intercalarios, referidos a aquellas sociedades caracterizadas por su improductividad económica durante los primeros años de su existencia. Así, una sociedad, por más que posea características peculiares, no puede comprometerse a pagar a sus socios una cantidad de dinero con independencia de la existencia de fondos distribuibles, sino que las cantidades a repartir entre los socios se encuentran condicionadas a la existencia real de beneficios y a la conveniencia de repartirlos en cada ejercicio. Por supuesto, la imposición de intereses es posible si éstos son garantizados por terceros con cargo a su patrimonio, y siempre que el garante no adquiera por este motivo un derecho de crédito contra la sociedad que deba ser satisfecho aun cuando no se obtengan beneficios⁸.

En consecuencia, siempre que la percepción de la cantidad fijada se haga depender de la existencia de beneficios distribuibles decae su ilicitud. En este sentido, no atentan contra la prohibición los dividendos mínimos, participativos o garantizados reconocidos a las participaciones o acciones con un privilegio en el reparto de las ganancias sociales (arts. 99 y 499.1 LSC). Estas participaciones y acciones con derechos diferentes, aseguran a su titular un dividendo inicial que, en su caso, habrá de ser completado con el dividendo que les corresponda en el reparto de los beneficios sobrantes. El término dividendo mínimo, participativo o garantizado no puede entenderse como garantía de la sociedad de realizar un reparto de dividendos aun cuando no existan beneficios distribuibles. Por más que se trate de dividendos garantizados su distribución no puede realizarse con cargo a los fondos que sirven

⁸ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. *La determinación y la distribución del beneficio neto en la sociedad anónima*, Roma-Madrid, 1955, pág. 144; SÁNCHEZ ANDRÉS, A. *La acción y los derechos del accionista*, en URÍA, R., (et al.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. IV. Vol. 1º, Madrid, 1994, pág. 322; VICENT CHULIÁ, F. *Voz Acción privilegiada*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. I, Madrid, 1995, pág. 125.

de cobertura al capital social. En ese sentido, el dividendo mínimo, participativo o garantizado atribuye a su titular un porcentaje o cuantía estable en el dividendo y la posibilidad de concurrir en iguales condiciones al reparto de los beneficios restantes.

Tampoco atentan contra la prohibición los denominados dividendos acumulativos. Un dividendo posee carácter acumulativo cuando, ante la imposibilidad de satisfacerlo íntegramente en un ejercicio social, el dividendo no se pierde sino que se acumula, perviviendo en los ejercicios siguientes. De forma general, el presupuesto para que proceda la acumulación es la inexistencia de beneficios distribuibles (impago total) o la carencia de beneficios distribuibles en cantidad suficiente para el abono del dividendo (impago parcial). Pues bien, el pago de los dividendos acumulados sólo se produce cuando, con posterioridad, existan beneficios distribuibles suficientes, sin que, en ningún caso, puedan satisfacerse con cargo a otras partidas de la sociedad.

2. El principio de proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto

Se prohíbe emitir acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto, lo que no sólo impide la emisión de acciones de voto plural, sino también la creación de cualesquiera otras acciones que, indirectamente, supongan la ruptura de la proporcionalidad. La prohibición se aplica únicamente a la creación de acciones. Mientras que en el ámbito de las sociedades anónimas sólo con carácter excepcional se admiten expresamente derogaciones convencionales al principio de proporcionalidad entre la extensión del derecho de voto que atribuyen las acciones y el capital representado por ellas, en relación con las sociedades limitadas la flexibilidad es mucho mayor. Así, se admiten, con un amplio criterio, las disposiciones de los estatutos que alteren el principio de proporcionalidad entre voto y participación en el capital, al establecer que en la sociedad limitada *salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto* (art. 188.1 LSC), lo que consagra un sistema de desigualdad en el derecho de voto distinto al introducido en la esfera de las sociedades anónimas. De esta manera, se admiten las participaciones de voto plural (de forma expresa, en el artículo 184 del Reglamento del Registro Mercantil que contempla la posibilidad de que las participaciones sociales concedan más de un derecho de voto) prohibidas para las sociedades anónimas.

El respeto al principio de proporcionalidad constituye una manifestación del principio de igualdad. El legislador español opta por prohibir, con carácter general, la creación de acciones que impliquen desproporción entre el valor nominal y el derecho de voto, asumiendo con ello el carácter consustancial que se atribuye al derecho de voto en las sociedades de capital. La prohibición se justifica aduciendo que la ruptura de la proporcionalidad implica una concentración del poder de gestión en un grupo minoritario de accionistas, lo que puede conducir a situaciones abusivas. Además, el voto plural puede desincentivar la suscripción del resto de las acciones, a las que priva de intervenir eficazmente en la gestión de la sociedad.

La prohibición (reiterada en el art. 188.2 LSC) se incluye en esta sede con el único objetivo de fijar los límites que debe respetar la emisión de acciones con derechos diversos. A este respecto, las clases de acciones creadas no deben alterar la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto. La referencia expresa del precepto al valor nominal, en detrimento del capital desembolsado, descarta la posibilidad de establecer en los estatutos una cláusula que atribuya a una acción con desembolso mínimo un menor número de votos que los atribuidos a una acción enteramente desembolsada.

No obstante, se admiten expresamente derogaciones al principio de proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto. Al margen de las limitaciones al derecho de voto (art. 188.3 en relación con el art. 527 LSC), las acciones sin voto conforman el supuesto más evidente de ruptura del principio de proporcionalidad (arts. 98 y 499 LSC).

3. El principio de proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de preferencia

Se prohíbe la emisión de acciones, y la creación de participaciones, que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de preferencia. La emisión por parte de una sociedad de nuevas participaciones o acciones y su suscripción por terceras personas, que pasan así a adquirir la condición de nuevos socios, merma la participación de los antiguos socios en las reservas patrimoniales y altera su posición en el ámbito administrativo, lo que normalmente implica pérdida de control en el seno de la sociedad. Para evitar este agudamiento del valor de la participación o de la acción se han ensayado diversas fórmulas que permitan a los antiguos socios evitar el deterioro de su status, conservando inalterada su posición

individual en la sociedad. Entre éstas, la emisión de acciones o la creación de participaciones con prima o la atribución a los antiguos socios de una preferencia sobre el dividendo y sobre la cuota de liquidación protegen la vertiente patrimonial, pero no evitan que el socio pierda su posición político-administrativa en la sociedad. En este sentido, el reconocimiento a los antiguos socios de derechos preferentes sobre el dividendo y la cuota de liquidación les garantiza una prioridad y un privilegio en el ámbito de sus derechos patrimoniales, pero no cubre la pérdida de influencia sufrida por su derecho de voto.

Estas fórmulas deben configurarse, por tanto, como instrumentos complementarios a un sistema de protección más idóneo, que es el derecho de preferencia. La tutela del doble ámbito patrimonial-administrativo sólo es efectiva a través del reconocimiento a los antiguos socios de un derecho a asumir preferentemente las nuevas participaciones o acciones emitidas. La llamada preferente a los antiguos socios para la suscripción de las nuevas participaciones o acciones y, en su caso, la posibilidad de transmitir el derecho de forma independiente evita la dilución del valor de las antiguas participaciones o acciones antiguas (arts. 304 y 306 LSC).

La existencia de desigualdades en el derecho de preferencia no se admite, como regla general, en las sociedades de capital. El criterio de proporcionalidad informa la atribución a las participaciones y a las acciones del derecho de preferencia, en los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones o acciones, como regla para la protección de la participación de los antiguos socios. El derecho de preferencia tiene que atribuirse a todos los socios en igual medida, proporcionalmente al valor nominal de las participaciones o acciones que ya posean (art. 304.1 LSC). No obstante, deben hacerse dos matizaciones al alcance de este principio de proporcionalidad.

En primer lugar, el precepto se limita a rechazar la introducción de diferencias cuantitativas en la atribución del derecho de preferencia. No cabe la creación de participaciones o la emisión de acciones que alteren el criterio de proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de preferencia. Pero, la prohibición no alcanza a otro aspecto, el cualitativo, que también es susceptible de conformar una distinta atribución de derechos a las participaciones sociales o una clase de acciones. Se prohíbe introducir diferencias entre las participaciones y las acciones en cuanto al número de nuevas participaciones o acciones que pueden asumirse preferentemente. Por el contrario, no se rechaza la diversidad cualitativa en el derecho de preferencia, que supone

reconocer a las participaciones sociales o a una clase de acciones el derecho de preferencia en proporción al valor nominal, pero limitado al ámbito de las participaciones con derechos diversos o de la clase de acciones ya poseída. Esta reserva preferente, en función del contenido de derechos de las participaciones y de las acciones, no implica la ruptura de la proporcionalidad. La exigencia de proporcionalidad también se cumple cuando se crean participaciones con los mismos derechos de las ya existentes o se emiten acciones de las clases ya existentes, que serán asumidas preferentemente por los titulares de esas mismas participaciones o de cada clase, proporcionalmente a las que ya detentan.

El planteamiento anterior, se adapta a las expectativas de los antiguos socios, interesados mayoritariamente en asumir participaciones sociales con los mismos derechos que ya se disfrutaban o en suscribir acciones de la misma clase ya poseída. Así, el socio que busca conservar su influencia en la sociedad a través de su porcentaje de voto, concentrará el ejercicio del derecho de asunción preferente sobre participaciones o acciones con voto. El pequeño socio titular de participaciones o acciones con derechos diferentes tenderá a la suscripción de acciones o a la asunción de participaciones con los mismos derechos de las que ya posee, que mantengan su posición y aumenten su inversión.

En segundo lugar, en el caso de acciones sin voto de sociedades cotizadas se establece que *se estará a lo que dispongan los estatutos sociales respecto del derecho de suscripción preferente de los titulares de estas acciones* (art. 499.2 LSC). Aunque no se precisa cuál puede ser el alcance de esta norma, su determinación requiere observar los límites impuestos por la Ley de Sociedades de Capital y tener en cuenta las previsiones de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades. Conforme a la Ley de Sociedades de Capital, el derecho de suscripción preferente no puede ser limitado ni suprimido por los estatutos o la escritura de constitución, aunque no habrá lugar al mismo cuando el aumento de capital se deba a la absorción de otra sociedad o de todo o parte del patrimonio escindido de otra sociedad o a la conversión de obligaciones en acciones (art. 304.2 LSC) y podrá ser excluido por decisión de la junta general, respetando, en este caso, los presupuestos que la Ley exige para la exclusión de este derecho (arts. 308 y 504 a 506 LSC).

De acuerdo con la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017, cuando el capital suscrito de una sociedad que tenga varias clases de acciones, para

las que sean diferentes el derecho de voto o el derecho de participación en las distribuciones o en el reparto del patrimonio social en caso de liquidación, se aumente por la emisión de nuevas acciones en una sola de estas clases, se admite que el ejercicio del derecho preferente por parte de los accionistas de las demás clases solo tenga lugar después del ejercicio de este derecho por los accionistas de la clase en que se emitan las nuevas acciones (art. 72.2.b Directiva 2017/1132, de 14 de junio). Desde esta perspectiva, es admisible que, en una sociedad cotizada, los titulares de acciones sin voto tengan preferencia, respecto a los demás accionistas, para suscribir las nuevas acciones sin voto que emita la sociedad y, a la inversa, es decir, que todos los demás accionistas tengan prioridad para suscribir las nuevas acciones con voto emitidas por la sociedad que, sólo en último lugar, se ofrecerán a los accionistas sin voto.

IV] La diversidad en el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales

La diversidad sobre el derecho a participar en las ganancias sociales se reconoce, sin consagrarse ningún modelo típico. Se permite la creación de participaciones o la emisión de acciones con derecho a un dividendo preferente, marcando unos límites infranqueables (art. 96 LSC), pero otorgando libertad para su concreta configuración en virtud del principio de autonomía de la voluntad. En general, mientras esta diversidad en derechos patrimoniales no suponga la exclusión de la participación de ningún socio debe considerarse lícita. Se prohíben los pactos de exclusión total de la participación en las ganancias o en las pérdidas (art. 1691 CC), pero la diversidad de derechos patrimoniales no presupone, en sí misma, la exclusión de ningún socio de esta participación. Lo único que se hace es alterar la medida de participación patrimonial de cada socio en función de beneficios realmente obtenidos, sin exonerarlos del riesgo que para todo socio supone la participación en una sociedad. Desde esta perspectiva, la naturaleza patrimonial del derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales consiente la creación sobre ambos de una amplia gama de diversidades.

En particular, el alcance del privilegio dependerá del carácter cotizado o no de la sociedad (arts. 498 y 499.1 LSC), de la atribución o no del derecho de voto (arts. 99 y 499.2 LSC) y de las previsiones de los estatutos sociales.

1. Las acciones preferentes en las sociedades no cotizadas

El privilegio en el reparto de las ganancias sociales atribuido a las participaciones o a las acciones de sociedades no cotizadas se configura como un dividendo preferente, ya que se dispone que las demás participaciones o acciones no podrán recibir dividendos con cargo a los beneficios mientras no haya sido satisfecho el dividendo privilegiado correspondiente al ejercicio. Ello supone que, cuando menos, los titulares siempre dispondrán de una preferencia temporal (percibirán antes que cualquier otro socio su dividendo preferente) pero, no recibirán necesariamente un dividendo mayor. En efecto, el precepto sólo consagra esa preferencia temporal, reenviando a los estatutos sociales la determinación de los derechos que les puedan corresponder en los dividendos que se distribuyan al resto de las participaciones o acciones.

Los estatutos pueden atribuir a sus titulares un dividendo mínimo (que permitirá que percibido el dividendo preferente concurran, en igual de condiciones con el resto de los socios, al reparto del resto del beneficio distribuable) pero pueden también configurarlo como un dividendo fijo (la preferencia se limitará a la cantidad fijada, sin que puedan participar en los beneficios sobrantes) o como un dividendo mixto (los estatutos determinan el dividendo preferente y otro dividendo mínimo al resto de las participaciones o acciones y, si cubiertos ambos dividendos aún existen beneficios distribuíbles, se repartirán por partes iguales entre todas las participaciones y acciones). En definitiva, el alcance del dividendo preferente de las participaciones o acciones de sociedades no cotizadas dependerá de lo que establezcan los estatutos de la sociedad.

Cuando la diversidad consista en el derecho a obtener un dividendo preferente y existan beneficios distribuíbles, se establece la obligación de la sociedad de acordar el reparto, salvo que los estatutos dispongan otra cosa. El derecho de crédito no surge con la aprobación de las cuentas anuales de las que resulten beneficios suficientes para satisfacer la percepción fijada, sino únicamente con el correspondiente acuerdo de distribución de beneficios adoptado por la junta general. No en vano se habla de obligación de acordar el reparto. Ello supone limitar la competencia de la junta general para decidir sobre el destino de los beneficios distribuíbles del ejercicio. Existiendo beneficios distribuíbles, la sociedad está obligada a acordar el reparto del dividendo. No obstante, esta obligación de reparto del dividendo preferente no es imperativa, pues podrá excluirse en los estatutos. Sólo es imperativa para el dividendo preferente reconocido a las

participaciones y acciones sin voto (art. 99 LSC) y para las acciones emitidas por sociedades cotizadas (art. 498 LSC).

En los estatutos sociales habrán de establecerse las consecuencias de la falta de pago total o parcial del dividendo preferente, en particular, su carácter acumulativo o no acumulativo. El mismo sistema, el de la libertad estatutaria, es el que se mantiene para las acciones sin voto de las sociedades anónimas cotizadas (art. 499.2 LSC). Por el contrario, esta libertad desaparece en los supuestos de dividendo mínimo preferente de participaciones y acciones sin voto (de sociedades no cotizadas) y dividendo preferente de acciones privilegiadas emitidas por sociedades cotizadas, que se configuran legalmente con el carácter de acumulativos (arts. 99.3 y 499.1 LSC).

También en los estatutos sociales habrán de establecerse los eventuales derechos de los titulares de estas participaciones o acciones privilegiadas con relación a los dividendos que puedan corresponder a las demás. En este sentido, el dividendo atribuido a las participaciones o acciones de sociedades no cotizadas debe ser preferente pero no ha de ser, necesariamente, mayor (a diferencia de lo que sucede con el dividendo mínimo de las participaciones y acciones sin voto de las sociedades no cotizadas, art. 99.1 LSC). En efecto, el precepto otorga una preferencia temporal a los titulares de estas participaciones o acciones privilegiadas (lo que supone el rechazo de los dividendos diferidos o postergados, que otorgan a su titular el derecho a percibir un porcentaje o cuantía sobre los beneficios con posterioridad al reparto de un dividendo al resto de las participaciones o acciones), pero reenvía a los estatutos sociales la determinación de los derechos que les puedan corresponder en los dividendos que se distribuyan al resto de las participaciones o acciones. Así, el dividendo de los titulares de estas participaciones o acciones privilegiadas puede establecerse como fijo, mínimo o mixto. Deben ser los estatutos los que plasmen la opción de la sociedad de atribuir a las participaciones o acciones un tipo u otro de dividendo preferente.

El dividendo fijo (el cual persigue asegurar a su titular un dividendo concreto en todos los ejercicios sociales, ya que existiendo beneficios distribuibles la sociedad está obligada a acordar su reparto) atribuye un dividendo privilegiado limitado. La expresión fijo implica el agotamiento de la preferencia, que sustituye al derecho general, una vez cubierto el porcentaje o cuantía previsto. El socio recibe el dividendo fijo establecido antes que se distribuya cantidad alguna entre los demás socios, pero la preferencia se limita a esta cantidad, sin que pueda participar en

los beneficios sobrantes. De ser así, ya no se estaría ante un dividendo fijo, sino ante otro tipo de dividendo (v.gr. dividendo mínimo).

En consecuencia, la seguridad que este dividendo supone para su titular en ejercicios económicos no favorables puede tornarse en desventaja en un ejercicio económicamente rentable. Si los titulares de las demás participaciones y acciones, incluidas las ordinarias, poseen un derecho ilimitado al reparto de las ganancias distribuibles del ejercicio, pueden percibir una suma mayor que la atribuida a los poseedores de participaciones y acciones de dividendo fijo. En esta hipótesis la preferencia se reduce al momento temporal en el que se ha pagado al socio privilegiado el dividendo establecido en los estatutos, a la sazón menor que el distribuido al resto de los socios.

El dividendo mínimo, participativo o garantizado, asegura a su titular un dividendo inicial que, en su caso, habrá de ser completado con el dividendo que les corresponda en el reparto de los beneficios sobrantes. El término dividendo mínimo, participativo o garantizado atribuye a su titular un porcentaje o cuantía estable en el dividendo y la posibilidad de concurrir en iguales condiciones al reparto de los beneficios restantes. Se asegura, por tanto, a su titular un dividendo mayor que el que corresponderá al resto de las participaciones o acciones. Si los beneficios distribuibles sólo alcanzan para cubrir el dividendo mínimo éstos serán los únicos que lo perciban. Si, aun después de cubierto éste, existen beneficios sobrantes, el titular de participaciones o acciones de dividendo mínimo también concurrirá a su reparto en igualdad de condiciones.

El dividendo mixto reconoce a sus titulares el derecho a percibir preferentemente un dividendo mínimo y la posibilidad de concurrir al reparto de los beneficios sobrantes cuando, previamente, se haya repartido otro dividendo mínimo al resto de las participaciones o acciones de la sociedad. Los estatutos fijan un porcentaje o cuantía mínima de participación preferente en los beneficios a estas participaciones o acciones y establecen, además, otro baremo de participación mínimo al resto de las participaciones o acciones de la sociedad, deducible de los beneficios sobrantes. Si, cubiertos ambos dividendos, aún existen beneficios distribuibles, se repartirán por partes iguales entre todas las participaciones y acciones.

Así, si los beneficios distribuibles no resultan cuantiosos sólo será posible satisfacer el dividendo mínimo preferente de las participaciones o acciones de dividendo mixto. En este caso, la preferencia de estas participaciones y acciones es tanto temporal

como cuantitativa. Pero si la cifra de beneficios distribuibles es elevada, una vez abonado el dividendo mínimo preferente de las participaciones y acciones de dividendo mixto, de los beneficios sobrantes se detraerá el pago del dividendo mínimo fijado en los estatutos al resto de las participaciones y acciones. Este dividendo mínimo puede ser de menor cuantía al establecido con carácter preferente para las participaciones y acciones de dividendo mixto, con lo que mantendrían la preferencia temporal y cuantitativa, o puede ser mayor, en cuyo caso el resto de las participaciones y acciones pasa a ostentar una preferencia cuantitativa frente a la prioridad exclusivamente temporal de las de dividendo mixto. Si, tras el pago de ambos dividendos, subsisten beneficios distribuibles, todas las participaciones y acciones concurrirán a su reparto en igualdad de condiciones.

En definitiva, el alcance del dividendo preferente de las participaciones o acciones de sociedades no cotizadas dependerá de lo que establezcan los estatutos de la sociedad. Así, la preferencia no sólo puede tener un componente cuantitativo, sino que también puede articularse sobre el aspecto temporal. Ambos elementos están estrechamente relacionados. La atribución a las participaciones o a las acciones de un derecho sobre las ganancias en cuantía distinta al atribuido a otras participaciones y acciones de la sociedad está ligado, en gran medida, al momento temporal en que el mismo se percibe. Igualmente, el reconocimiento a las participaciones o acciones del derecho a participar en primer lugar en los beneficios distribuibles puede implicar una diversidad de orden cuantitativo, si no existen beneficios distribuibles suficientes para pagar un dividendo al resto de las participaciones y acciones.

En todo caso, los estatutos de una sociedad pueden reconocer a las participaciones y acciones el derecho a satisfacer prioritariamente su dividendo de los beneficios distribuibles de la sociedad. Abonado éste, de los beneficios sobrantes se abonará, salvo que expresamente se establezca otra cosa, idéntico dividendo al resto de las participaciones y acciones. Si satisfechos ambos aún existen beneficios distribuibles, éstos se repartirán entre todos los socios en igual medida. Ahora bien, si los beneficios distribuibles no son elevados, es más que probable que no se pueda abonar un dividendo a todas las participaciones y acciones. En estos casos, la diversidad temporal despliega todos sus efectos. Mientras las participaciones y acciones con una preferencia temporal recibirán el dividendo íntegro o, al menos, la mayor parte, el resto de los socios tendrá que conformarse con percibir la parte del dividendo proporcional a los beneficios restantes o, incluso, no recibirán nada.

2. Las acciones preferentes en las sociedades cotizadas

Las sociedades anónimas cotizadas (como, en general, las sociedades anónimas) pueden crear acciones con derecho a un dividendo preferente. El precepto se limita a indicar que, en caso de sociedades cotizadas, la sociedad estará obligada a acordar su reparto, si existieran beneficios distribuibles. En las sociedades cotizadas esta obligación de reparto del dividendo preferente es imperativa, pues no se permite que los estatutos dispongan otra cosa (a diferencia de lo que sucede en las sociedades no cotizadas, en las que la obligación de reparto del dividendo preferente no es imperativa, ya que puede excluirse en los estatutos, art. 95 LSC).

En todo caso, por más que se establezca la obligación de acordar el reparto, este dividendo preferente no constituye un crédito que el socio pueda exigir anualmente a la sociedad, pues la ley prohíbe la existencia de acciones con derecho a percibir un interés (art. 96.1 LSC). El derecho de crédito no surge tampoco con la aprobación de las cuentas anuales de las que resulten beneficios suficientes para satisfacer la percepción fijada, sino únicamente con el correspondiente acuerdo de distribución de beneficios adoptado por la junta. En esa medida se habla de obligación de acordar el reparto. Ello supone limitar la competencia de la junta para decidir sobre el destino de los beneficios distribuibles del ejercicio. Existiendo beneficios distribuibles, la sociedad está obligada a acordar el reparto del dividendo.

El régimen aplicable al dividendo preferente de las acciones emitidas por sociedades cotizadas no es el establecido para el dividendo preferente de las participaciones y acciones emitidas por sociedades no cotizadas (art. 95 LSC) sino el dispuesto para las acciones sin voto (art. 99 LSC). Ello supone, en primer lugar, que la sociedad estará obligada a acordar el dividendo preferente de estas acciones, si existen beneficios distribuibles. Esta obligación de reparto del dividendo preferente es imperativa, pues no se permite que los estatutos dispongan otra cosa (art. 99.2 LSC). La regla supone una reiteración de lo ya establecido en el artículo 498 para las acciones con derecho a un dividendo preferente de las sociedades cotizadas.

En segundo lugar, el dividendo preferente tiene el carácter de mínimo y acumulativo. El dividendo preferente es, de un lado, mínimo, a diferencia de lo que sucede con las participaciones y acciones de sociedades no cotizadas, a las que únicamente se reconoce un dividendo preferente, remitiendo a los estatutos sociales la determinación de los derechos que sus titulares puedan

tener en el dividendo que corresponda a las participaciones sociales o a las acciones ordinarias. En efecto, el dividendo de las acciones privilegiadas emitidas por sociedades cotizadas se configura legalmente como mínimo, fijo o variable, en la cuantía que establezcan los estatutos sociales, lo que supone que, una vez acordado por la junta general, no consiste sólo en una preferencia (percibir antes que las demás acciones el mismo dividendo que éstas) en cuyo caso el privilegio sólo existiría cuando los beneficios fuesen insuficientes. Es algo más; es un mayor dividendo, como se deduce de la atribución expresa de un derecho al mismo dividendo que las acciones ordinarias, añadido al dividendo mínimo y que se somete a las normas comunes. Si la junta acuerda distribuir beneficios entre las acciones ordinarias, corresponderá un dividendo equivalente (segundo dividendo) a las acciones privilegiadas. En ese sentido, el dividendo mínimo atribuye a su titular un porcentaje o cuantía estable en el dividendo y la posibilidad de concurrir en iguales condiciones al reparto de los beneficios restantes. Se trata, por tanto, de asegurar a su titular un dividendo mayor que el que corresponderá al resto de las participaciones o acciones. Puede ser fijo o variable (lo que alude a los criterios que pueden utilizarse para determinar su cuantía concreta) y debe ser atendido en todos los ejercicios sociales (art. 99.1 LSC).

De otro lado, el dividendo mínimo es acumulativo (el dividendo preferente de las participaciones y acciones emitidas por sociedades no cotizadas sólo será acumulativo si así se establece en los estatutos). El dividendo mínimo tiene carácter acumulativo, ya que de no existir beneficios distribuibles o de no haberlos en cantidad suficiente, la parte de dividendo mínimo no pagada deberá ser satisfecha dentro de los cinco ejercicios siguientes. En este supuesto, el carácter acumulativo del dividendo mínimo se impone legalmente. No existe, por tanto, la posibilidad de que los estatutos sociales modifiquen esta configuración. La acumulación se produce como consecuencia de la falta de acuerdo de distribución, bien porque no existan beneficios distribuibles, bien porque la junta decida, aunque el acuerdo sea impugnado, no distribuirlos.

Por el contrario, si la junta acuerda la distribución, pero el dividendo no es efectivamente abonado, no se produce la acumulación, sino que el socio se sitúa en la posición de acreedor frente a la sociedad, pudiendo exigir directamente el pago. La acumulación tiene una duración limitada: el derecho del socio a percibir un dividendo acumulado caduca con el transcurso de los cinco ejercicios siguientes a aquel en que no se acuerda la

distribución. Es válida la cláusula estatutaria que atribuya al derecho a la acumulación una duración superior a la fijada legalmente; pero no la que prevea una duración menor. En el momento de proceder a la distribución de beneficios en un ejercicio social determinado, la atribución del dividendo mínimo acumulado de ejercicios anteriores se pospone, en caso de beneficios insuficientes, al dividendo mínimo del ejercicio, pues, en otro caso, las previsiones de duración de la acumulación dentro de ese plazo podrían quedar vacías de contenido. En todo caso, el dividendo acumulado sigue siendo preferente respecto del dividendo de todos los demás socios (art. 99.3 LSC).

V] La diversidad en el derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación

La naturaleza patrimonial del derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación consiente su atribución de forma diversa a los socios de una sociedad de capital. En tanto esta diversidad no suponga la exclusión de la participación de ningún socio debe considerarse lícita, ya que el artículo 1691 del Código Civil prohíbe los pactos de exclusión total de la participación en las ganancias o en las pérdidas, mientras que la diversidad de derechos patrimoniales no presupone, en sí misma, la exclusión de ningún socio de esta participación. Lo único que se hace es alterar la medida de participación patrimonial de cada socio en función del patrimonio repartible, sin exonerarlos del riesgo que para todo socio supone la participación en una sociedad.

Por lo que se refiere al derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación, la regla general es que la cuota de liquidación correspondiente a cada socio sea proporcional a su participación en el capital social, salvo disposición contraria de los estatutos sociales (art. 392 LSC). La previsión se completa con el artículo 184.2-2º del Reglamento del Registro Mercantil que, en caso de desigualdad en el derecho a la cuota de liquidación, exige que se indique la cuantía por medio de múltiplos de la unidad. Conforme a ambas normas, una vez satisfechos los créditos contra la sociedad, el activo resultante puede repartirse entre los socios con arreglo a las normas establecidas en los estatutos. Y es posible que una sociedad en sus estatutos atribuya a determinadas participaciones un derecho diverso a participar en el patrimonio resultante de la liquidación, con los mismos límites generales que la diversidad en el derecho al dividendo. Esta posible diversidad en el derecho a la cuota de liquidación puede asumir diversas formas, que se encuentran estrechamente relacionadas. Así, la desigualdad

puede consistir en el reconocimiento de una ventaja temporal y cuantitativa, o, lo que es más frecuente en la práctica, en la atribución exclusivamente de una prioridad temporal (art. 392 LSC). La diversidad sobre este derecho ha de establecerse expresamente. Si los estatutos no introducen diferencias en el derecho a la cuota de liquidación, hay que entender que la diversidad no ha sido creada y que prevalece en la liquidación el principio de igualdad entre los socios. Además, esta diversidad tiene que ceñirse al derecho sobre el que expresamente se establece, sin que quepa su extensión sobre otros derechos.

Una preferencia exclusivamente temporal sobre el derecho a la cuota de liquidación es la que se atribuye a las participaciones y acciones sin voto (art. 101 LSC). Mientras las participaciones sin voto confieren a su titular el derecho a obtener el reembolso de su valor antes de que se distribuya cantidad alguna a las restantes, las acciones sin voto atribuyen el mismo privilegio de reembolso sobre el valor desembolsado. En ambos casos, se trata de una preferencia en sentido estricto, es decir de una prioridad en la satisfacción de un derecho similar, y no de un derecho a percibir una cantidad mayor, salvo que los estatutos amplíen la extensión de este privilegio.

VI] La diversidad en el derecho de voto

El derecho de voto es consustancial a las sociedades de capital, lo que no significa que todos los socios de una sociedad lo detenten de igual manera⁹. En el ámbito de las sociedades anónimas sólo con carácter excepcional se admiten expresamente derogaciones convencionales al principio de proporcionalidad entre la extensión del derecho de voto que atribuyen las acciones y el capital representado por ellas. Así, se prohíbe emitir acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto (arts. 96.2 y 188.2 LSC), lo que no sólo impide la emisión de acciones de voto plural, sino también la creación de cualesquiera otras acciones que,

⁹ Vid. RECALDE, A. *Limitaciones máximas al derecho de voto de un accionista*, RDBB, núm. 51, julio-septiembre 1993, págs. 887-892; RECALDE, A. *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capital*, Madrid, 1996; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *La limitación del número máximo de votos correspondientes a un mismo accionista (con especial referencia a los bancos privados y al mercado de valores)*, RDBB, núm. 42, 1991, págs. 271-319; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada y derecho de voto del socio*, RdS, núm. extraordinario, 1994, págs. 289-307; TOBIO, A.M. *Limitaciones de los derechos de asistencia y voto del accionista (art. 105 LSA)*, Madrid, 1995.

indirectamente, supongan la ruptura de la proporcionalidad. El respeto al principio de proporcionalidad constituye una manifestación del principio de igualdad. El legislador español opta por prohibir, con carácter general, la creación de acciones que impliquen desproporción entre el valor nominal y el derecho de voto, asumiendo con ello el carácter consustancial que se atribuye al derecho de voto en las sociedades de capital. Al margen de las limitaciones al derecho de voto (art. 188.3 en relación con el art. 527 LSC), las acciones sin voto conforman el supuesto más evidente de ruptura del principio de proporcionalidad (arts. 98 y 499 LSC).

Mientras, en las sociedades limitadas existe una mayor flexibilidad, ya que admite, con un criterio más amplio, las disposiciones de los estatutos que alteren el principio de proporcionalidad entre el voto y la participación en el capital, al establecer que en la sociedad limitada *salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto* (art. 188.1 LSC), lo que consagra un sistema de desigualdad en el derecho de voto distinto al introducido en la esfera de las sociedades anónimas. De esta manera, se admiten las participaciones de voto plural (de forma expresa, en el artículo 184 del Reglamento del Registro Mercantil que contempla la posibilidad de que las participaciones sociales concedan más de un derecho de voto) prohibidas para las sociedades anónimas. Y, al igual que en la sociedad anónima, se admiten las participaciones sin voto (art. 98 LSC).

Las participaciones y las acciones sin voto son auténticas participaciones sociales y acciones, que atribuyen a sus titulares la condición de verdaderos socios. Así, concurren en sus titulares todos los elementos necesarios para su calificación como socios: realizan una aportación social que pasa a integrar el capital; participan en los resultados, prósperos o adversos, de la actividad económica desarrollada por la sociedad, aunque sea de una forma privilegiada, y disfrutan de todos los demás derechos integrantes de la condición de socio¹⁰. Su característica fundamental es que no

¹⁰ Vid. MENÉNDEZ, A./BELTRÁN, E. *Las acciones sin voto* (Comentario a los artículos 90 a 92 del Texto Refundido de la Ley de sociedades anónimas), RDM, núm. 191, 1989, págs. 7-44; MENÉNDEZ, A./BELTRÁN, E. *Las acciones sin voto*, en URÍA, R, et al., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. IV. Vol. 1º, Madrid, 1994; DUQUE, J. *Absentismo del accionista y acciones sin voto*, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. VII, Consejo General del Notariado, 1988; ALONSO ESPINOSA, F.J. *Acciones sin voto y obligaciones convertibles en acciones en la financiación de la sociedad anónima* (primeras anotaciones a los artículos 90-92 y 292-294 de la Ley de Sociedades Anónimas según el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, RGD, núm. 546, 1990, págs. 1433-1449;

confieren a sus titulares el derecho de voto, lo que supone una ruptura del dogma sobre la necesaria correspondencia entre participación en el capital social y dirección de la sociedad. En efecto, las participaciones y acciones sin voto son aquellas que, a cambio de la privación del derecho de voto, otorgan a sus titulares una serie de ventajas de carácter patrimonial. Se configuran, por tanto, como legalmente privilegiadas, pues el contenido mínimo de algunos de sus derechos diferentes viene marcado por la ley.

El carácter legal de estos privilegios exige no sólo que prevalezcan sobre aquellos (de igual o mayor extensión) que puedan concederse por vía estatutaria a otras participaciones o acciones de la misma sociedad, sino también que hayan de respetarse para todas las sin voto emitidas. En todo caso, como consecuencia de la no atribución del derecho de voto, no serán computadas para determinar el quórum de constitución de las juntas generales. Además, en el caso de junta universal, la doble exigencia legal de la presencia de todo el capital social y de que los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión (art. 178 LSC) y la circunstancia de que el socio sin voto disfrute, entre otros, de los derechos de asistencia y de información obligan a concluir que la asistencia (personal o por representación) de todos los socios sin voto es requisito necesario para su válida celebración. No obstante, esta privación del derecho de voto no es total, porque el derecho de voto existe siempre que la sociedad pretenda realizar una modificación estatutaria que lesione los derechos de estas acciones (art. 103 LSC), ni es definitiva, porque el derecho de voto puede recuperarse en determinados casos (arts. 99, 100 y 499 LSC).

La creación de acciones y participaciones sin voto queda sujeta a la observancia de un límite cuantitativo, que persigue evitar

PORFIRIO, L.J. *Las acciones sin voto en la sociedad anónima*, Madrid, 1991; PORFIRIO, L.J. *Acciones privilegiadas y acciones sin voto tras las Leyes 37 y 50 de 1998*, DN, núm. 106-107, julio-agosto de 1999, págs. 1-14; GOMEZ MENDOZA, M. *Acciones sin voto*, RdS, núm. 13, 1999, págs. 13-59; TAPIA, A.J. *Las acciones sin voto*, RDBB, núm. 40, 1990, págs. 749-833; SAGASTI, J.J. *El régimen jurídico de las acciones sin voto en el derecho español y comparado de sociedades y de valores*, Madrid, 1997; LOBATO, M. *Sobre las participaciones de voto plural y sobre las participaciones sin voto. Estudio del artículo 534 de la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, La Ley, 1, 1996, págs. 1782-1786; CACHON, J.E. *Las acciones sin voto*, AC, núm. 32, 1990-3, págs. 469-475; FARRANDO, I. *Las acciones sin voto y el valor del derecho de voto (pequeña contribución a la crítica de las acciones sin voto)*, RDM, núm. 206, 1992, págs. 767-797; MEJIAS, J. *Las acciones sin voto*, en *Estudios sobre el régimen jurídico de la sociedad anónima*, Madrid, 1991; PESO DE OJEDA, G. *Las acciones sin voto*, en *Contratos sobre acciones*, Madrid, 1994.

la existencia de sociedades cuyo capital esté en su mayoría, o en su totalidad, dividido en participaciones o acciones sin voto. Esto supondría tanto una deformación del tipo social como una desnaturalización de los principios democráticos al permitir que una parte mínima del capital social adopte las decisiones. En cuanto a las acciones sin voto, pueden ser emitidas por cualquier sociedad anónima, salvo aquellas a las que se impone la exigencia de que todas las acciones confieran los mismos derechos, y pueden ser suscritas por cualquier persona, incluso por los accionistas (con voto) mayoritarios, o por los propios administradores. Para impedir que la titularidad de un pequeño paquete accionario permita ejercer el dominio de la sociedad, se establece que el importe nominal de las acciones sin voto no puede superar la mitad del capital social desembolsado, límite cuantitativo que posee carácter mínimo, por lo que puede ser elevado en los estatutos sociales.

La opción por la referencia al capital desembolsado, y no al suscrito, implica que, en virtud del principio de desembolso mínimo del capital (art. 79 LSC), inicialmente este límite cuantitativo puede ser muy elevado. No obstante, a medida que se produzca el abono de los desembolsos pendientes aumentará el número de acciones sin voto que pueden emitirse. No se precisa si este límite se computa *a priori* o *a posteriori*, es decir, sobre la mitad del capital social desembolsado anterior a la emisión de acciones sin voto o sobre la mitad del capital social total, contabilizando el aumento que sobre éste produce la emisión de acciones sin voto. Debe prevalecer esta segunda interpretación, puesto que lo contrario resulta contraproducente al permitir emisiones sucesivas. Habría que esperar a realizar la emisión de acciones sin voto para computar este capital, lo que permitiría a la sociedad volver a emitir acciones sin voto por la diferencia, y así sucesivamente hasta que alcance el global del capital desembolsado. En consecuencia, todo el capital desembolsado, con o sin voto, se utiliza para calcular el importe máximo de la emisión de acciones sin voto. El dato a tener en cuenta es el desembolso total o parcial de las acciones y la satisfacción gradual de los desembolsos pendientes.

Por lo que se refiere a las participaciones sin voto, su valor nominal no puede superar la mitad del capital social, indicación que, a diferencia de lo que sucede en las sociedades anónimas, no requiere mayor precisión, por no admitirse desembolsos pendientes en las sociedades de responsabilidad limitada (art. 78 LSC). Además, este límite, atendiendo a la flexibilidad imperante en la sociedad de responsabilidad limitada, debe entenderse mínimo, de forma que pueda ser elevado en los estatutos sociales. El límite cuantitativo de emisión de acciones sin voto y de creación

de participaciones sin voto ha de respetarse tanto en los casos de emisión como en los de reducción del capital. Pero las consecuencias de su contravención no son siempre las mismas. En el acto constitutivo implica la nulidad de la emisión y, consiguientemente, de todas las acciones y participaciones sin voto emitidas, por contravención de una norma imperativa. En los demás casos, la sanción consistirá en la nulidad del correspondiente acuerdo de modificación estatutaria. Excepcionalmente, cuando la infracción se produzca como consecuencia de una reducción del capital por pérdidas, el acuerdo se considera válido y se concede a la sociedad un plazo de dos años para restablecer la proporción o disolverse (arts. 100 y 363 letra «d» LSC).

El régimen jurídico de las acciones sin voto difiere considerablemente, en atención a si su emisor es una sociedad no cotizada o una sociedad cotizada. El régimen general es el previsto para las acciones sin voto de las sociedades no cotizadas (y las participaciones sin voto), mientras que las acciones sin voto de las sociedades cotizadas se sujetan a especialidades (art. 499 LSC).

1. Las acciones sin voto en sociedades no cotizadas

Las acciones y participaciones sin voto de sociedades no cotizadas, en primer lugar, tendrán derecho a percibir un dividendo anual mínimo fijo o variable, en la cuantía que se establezca en los estatutos sociales. Este dividendo preferente consiste, pues, en un dividendo en sentido técnico jurídico, si bien cualificado por la circunstancia de que se impone su distribución siempre que existan beneficios. En consecuencia, han de considerarse aplicables todas las normas previstas legalmente para la distribución de beneficios: respeto a las atenciones fijadas legal o estatutariamente, momento y forma del pago, restitución de dividendos indebidamente percibidos, etc. Además, si los beneficios fuesen insuficientes para cubrir el dividendo mínimo estatutario, deben distribuirse proporcionalmente entre todas las participaciones o acciones sin voto.

El dividendo se configura legalmente como mínimo, fijo o variable, en la cuantía que establezcan los estatutos sociales, lo que supone que no consiste sólo en una preferencia, en cuyo caso el privilegio sólo existiría cuando los beneficios fuesen insuficientes. Es algo más; es un mayor dividendo, como se deduce de la atribución expresa a las participaciones y acciones sin voto de un derecho al mismo dividendo que las participaciones y acciones ordinarias, añadido al dividendo mínimo y que se somete a las normas comunes. Si la junta acuerda distribuir beneficios entre las

participaciones y acciones ordinarias, corresponderá un dividendo equivalente (segundo dividendo) a las participaciones y acciones sin voto. En efecto, el dividendo mínimo, denominado también dividendo participativo o garantizado, asegura a su titular un dividendo inicial que, en su caso, habrá de ser completado con el dividendo que les corresponda en el reparto de los beneficios sobrantes.

El término dividendo mínimo, participativo o garantizado no puede entenderse como garantía de la sociedad de realizar un reparto de dividendos aun cuando no existan beneficios distribuibles. Por más que se trate de dividendos garantizados, su distribución no puede realizarse con cargo a los fondos que sirven de cobertura al capital social. En ese sentido, el dividendo mínimo atribuye a su titular un porcentaje o cuantía estable en el dividendo y la posibilidad de concurrir en iguales condiciones al reparto de los beneficios restantes. Se trata, por tanto, de asegurar a su titular un dividendo mayor que el que corresponderá al resto de las participaciones o acciones. Si los beneficios distribuibles sólo alcanzan para cubrir el dividendo mínimo éstos serán los únicos que lo perciban. Si, aun después de cubierto éste, existen beneficios sobrantes, el titular de participaciones o acciones de dividendo mínimo también concurrirá a su reparto en igualdad de condiciones.

El carácter mínimo, participativo o garantizado del dividendo es condición necesaria para la creación de participaciones sin voto y la emisión de acciones sin voto. Esta preferencia sobre el dividendo le supone al socio sin voto una mayor participación que el resto de los socios en los beneficios distribuibles de la sociedad. De un lado, reciben el dividendo mínimo preferente. De otra parte, de forma complementaria, se les reconoce el derecho a percibir el mismo dividendo que la junta general acuerde distribuir a las participaciones y acciones ordinarias. La indicación de que este dividendo mínimo puede ser fijo o variable debe entenderse referida a los criterios que pueden utilizarse para determinar su cuantía concreta y no, obviamente, a la propia naturaleza del dividendo que, por expresa indicación legal, es la de un dividendo mínimo. Por otro lado, la referencia legal a la anualidad de la percepción no ha de entenderse en sentido literal, sino como expresión de que el derecho debe ser atendido en todos los ejercicios sociales. Este dividendo mínimo puede calcularse sobre el valor nominal o sobre el capital desembolsado en el caso de las acciones. En todo caso, el reparto del dividendo preferente tiene carácter necesario. Existiendo beneficios distribuibles se establece el deber de la sociedad de

acordar el reparto. Ello supone limitar la competencia de la junta para decidir sobre el destino de esos beneficios distribuibles del ejercicio. Esta obligación de reparto del dividendo preferente es imperativa, pues no se permite que los estatutos dispongan otra cosa.

Además, el dividendo mínimo tiene carácter acumulativo. De no existir beneficios distribuibles o de no haberlos en cantidad suficiente, la parte de dividendo mínimo no pagada deberá ser satisfecha dentro de los cinco ejercicios siguientes. El carácter acumulativo del dividendo mínimo se impone legalmente. No existe, por tanto, la posibilidad de que los estatutos sociales modifiquen esta configuración. La acumulación se produce como consecuencia de la falta de acuerdo de distribución, bien porque no existan beneficios distribuibles, bien porque la junta decida, aunque el acuerdo sea impugnado, no distribuirlos. Si, por el contrario, la junta acuerda la distribución, pero el dividendo no es efectivamente abonado, no se produce la acumulación, sino que el socio se sitúa en la posición de acreedor frente a la sociedad, pudiendo exigir directamente el pago.

Es válida la cláusula estatutaria que atribuya al derecho a la acumulación una duración superior a la fijada legalmente; pero no la que prevea una duración menor. En el momento de proceder a la distribución de beneficios en un ejercicio social determinado, la atribución del dividendo mínimo acumulado de ejercicios anteriores se pospone, en caso de beneficios insuficientes, al dividendo mínimo del ejercicio, pues, en otro caso, las previsiones de duración de la acumulación y, sobre todo, de retribución del derecho de voto dentro de ese plazo podrían quedar vacías de contenido. En todo caso, el dividendo acumulado sigue siendo preferente respecto del dividendo de todos los demás socios.

El dividendo mínimo de las participaciones y acciones sin voto se encuentra también legalmente tutelado con la atribución del derecho de voto cuando no se produzca su distribución en la medida suficiente. Si la contrapartida de la privación del derecho de voto es el reconocimiento de un dividendo mínimo, la imposibilidad de satisfacer éste determina la recuperación del derecho de voto. La recuperación del voto se produce en los mismos casos que la acumulación del dividendo y se mantiene, asimismo, mientras no sea satisfecho en su integridad el dividendo mínimo no distribuido, durante un período de cinco ejercicios. La atribución temporal del derecho de voto tiene alcance general: se extiende a todo tipo de juntas, será efectivo en relación con cualquier clase de acuerdo, y llevará aparejada la necesidad de que las acciones (y, en su caso, las participaciones) se computen para el

cálculo de los correspondientes quórum de constitución de la junta. La recuperación del derecho de voto por no satisfacerse su dividendo mínimo no afecta a sus ventajas económicas, ya que se establece expresamente que, en todo caso, éstas se mantienen.

En segundo lugar, en el caso de reducción del capital social como consecuencia de pérdidas, cualquiera que sea la forma en que se realice (art. 320 LSC), las participaciones y acciones sin voto solo quedarán afectadas cuando la reducción supere el valor nominal de las restantes acciones. El ámbito de aplicación de la preferencia es claro; entra en juego únicamente en los casos de reducción del capital que tengan por finalidad restablecer el equilibrio entre el patrimonio y el capital social, alterado como consecuencia de las pérdidas. El privilegio no se extiende a ninguna otra reducción de capital, salvo que los estatutos hayan ampliado su ámbito. Se trata de un privilegio limitado, legalmente, a los supuestos de reducción por pérdidas, de manera que si los estatutos no disponen, expresamente, su extensión a otras modalidades de reducción de capital, la preferencia de las participaciones y acciones sin voto quedará limitada a este supuesto. Nada impide que en los estatutos sociales se reconozca un privilegio de iguales características a éste a otras participaciones o acciones de la sociedad. Ahora bien, en este caso, si existen participaciones o acciones sin voto su postergación en las pérdidas, que tiene carácter legal, prevalecerá sobre los privilegios establecidos en esta materia en los estatutos. Así, la reducción por pérdidas afectará, en primer lugar, al valor nominal de las participaciones o acciones que carezcan de preferencia. En tercer lugar, recaerá sobre el valor nominal de las participaciones o acciones con una postergación en las pérdidas de naturaleza estatutaria. Y, en último lugar, cuando estén afectadas íntegramente todas las demás participaciones o acciones, afectará al valor nominal de las participaciones o acciones sin voto.

Si el acuerdo de reducción trae como consecuencia la violación del límite máximo de participaciones o acciones sin voto, la sociedad queda obligada a restablecer la proporción en un plazo máximo de dos años. A estos efectos, el valor nominal de las participaciones sociales sin derecho de voto no puede superar la mitad del capital y el valor nominal de las acciones sin voto no puede superar la mitad del capital social desembolsado (art. 98 LSC). Para restablecer la proporción exigida se podrá, según los casos, aumentar el capital con emisión de nuevas participaciones o acciones con voto, reducir el capital social representado por participaciones o acciones sin voto, convertir acciones de esta naturaleza en participaciones o acciones con voto, o incluso,

simplemente, en el supuesto de las acciones sin voto, exigir los desembolsos pendientes. El plazo concedido para el restablecimiento de la proporción comienza a contar el día en que se adopte el acuerdo de reducción por la junta general, ya que su inscripción y publicación se exigen únicamente frente a terceros. Si en el plazo de dos años no se ha restablecido la proporción legalmente exigida, *procederá la disolución de la sociedad* (art. 363.1. letra «f» LSC).

Cuando en virtud de la reducción del capital se amorticen todas las participaciones o todas las acciones con voto, las sin voto tendrán este derecho hasta que se restablezca la proporción prevista legalmente con las participaciones o acciones con voto. La disolución de la sociedad por no reestablecer la proporción legal entre participaciones y acciones con y sin voto no tiene un carácter inmediato, ni siquiera en el supuesto en que las pérdidas induzcan a la sociedad a la amortización de todas las participaciones y acciones con voto comunes. Se establece, por el contrario, que los titulares de participaciones y acciones sin voto tendrán este derecho, lo recuperarán, hasta que se restablezca la proporción prevista con las participaciones y acciones con voto, para lo cual existe un plazo de dos años. El fundamento de la atribución del derecho de voto es evidente: el acuerdo que elimine esa situación o, en su defecto, el de disolución de la sociedad ha de ser adoptado por la junta general. El voto debe mantenerse aunque se produzca la disolución, para hacer posible el funcionamiento de la junta general durante la liquidación.

En tercer lugar, entre los privilegios legales mínimos reconocidos a las participaciones y acciones sin voto se encuentra también el de la prioridad en el reembolso de su valor, en caso de liquidación de la sociedad. Mientras las participaciones sin voto confieren a su titular el derecho a obtener el reembolso de su valor antes de que se distribuya cantidad alguna a las restantes, las acciones sin voto atribuyen el mismo privilegio de reembolso sobre el valor desembolsado. La diferencia en el alcance del reembolso se justifica por la posibilidad de desembolsos pendientes en la sociedad anónima, inexistente en la sociedad limitada (arts. 78 y 79 LSC). En ambos casos, se trata de una preferencia en sentido estricto, es decir de una prioridad en la satisfacción de un derecho similar, y no de un derecho a percibir una cantidad mayor. Los socios sin voto tienen derecho a recibir una parte de su cuota de liquidación antes que los restantes socios. Si el patrimonio resultante de la liquidación es superior al capital social, es decir, si ha habido beneficios, la cuota de liquidación será proporcionalmente la misma para todos los socios.

El principio de igualdad entre socios sin voto y con voto sólo se romperá (aquí radica el privilegio) cuando el patrimonio resultante de la liquidación sea inferior al capital social; es decir, cuando la sociedad se encuentre en situación de pérdidas, en cuyo caso, las participaciones y acciones sin voto recibirán una cuota mayor e incluso podrán absorber todo el patrimonio repartible. Ahora bien, si las pérdidas son cuantiosas y no hay patrimonio que repartir no sólo no tendrán derecho a la cuota de liquidación, sino que, en el caso de las sociedades anónimas, pueden, incluso, verse obligados a desembolsar íntegramente el valor de sus acciones. Los estatutos pueden ampliar la extensión del privilegio, siempre que se respete el derecho de los acreedores sociales: en el caso de las sociedades anónimas que la preferencia se refiera al valor nominal y no sólo al desembolsado, o un derecho de mayor cuantía a la cuota de liquidación sobre el eventual saldo que quedara tras satisfacer su valor a todas las participaciones o acciones. Si existen distintos titulares de participaciones o acciones sin voto, los privilegios en esta materia sólo serán eficaces una vez satisfecha la preferencia legal.

En consecuencia, el régimen legal mínimo de derechos de las participaciones y acciones sin voto no incluye todos los derechos de socio, sino únicamente los referidos, en los que se establecen diferencias respecto al contenido ordinario de la participación o la acción. El titular de participaciones y acciones sin voto posee todos los demás derechos atribuidos a las participaciones y acciones ordinarias, salvo, para el supuesto de acciones sin voto, el derecho a agruparse para la designación de consejeros por el sistema proporcional (art. 243 LSC; Real Decreto 821/1991, de 17 de mayo). En este sentido, el socio sin voto, fuera de los derechos de los que expresamente se le priva, disfruta de los derechos que expresamente le reconoce la Ley con carácter mínimo y, además, del conjunto de derechos previsto por el legislador para el contenido normal de la participación o de la acción, ya se trate de derechos de carácter individual, ya de otros derechos atribuidos a una minoría. En definitiva, no detentan el voto (salvo en los supuestos de modificación estatutaria lesiva a sus derechos y los casos de recuperación de este derecho) y las acciones sin voto, además, no podrán agruparse a los efectos de la designación de vocales del consejo de administración por el sistema de representación proporcional, salvo en los casos de recuperación de este derecho. Fuera de estos supuestos, las participaciones y acciones sin voto poseen todos los demás derechos reconocidos a las participaciones y acciones ordinarias de la sociedad.

Por último, las participaciones sin voto quedarán sujetas a las normas estatutarias y supletorias legales sobre transmisión y derecho de asunción preferente. En lo relativo a su transmisión, las participaciones sociales sin voto se someterán a las reglas estatutarias fijadas o, en su defecto, a las previstas en la Ley con carácter supletorio (arts. 107 y ss. LSC). En cuanto al derecho de asunción preferente, la regla legal básica es que se prohíbe la creación de participaciones (incluidas las de sin voto) que, de forma directa o indirecta, alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de preferencia (art. 96.3 LSC). El criterio de proporcionalidad informa la atribución a las participaciones del derecho de preferencia, en los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones, como regla para la protección de la participación de los antiguos socios. El derecho de preferencia tiene que atribuirse a todos los socios en igual medida, proporcionalmente al valor nominal de las participaciones que ya posean. No obstante, la prohibición se limita a rechazar la introducción de diferencias cuantitativas en la atribución del derecho de preferencia. Pero, la prohibición no alcanza a la diversidad cualitativa en el derecho de preferencia, que supone reconocer a las participaciones sociales el derecho de preferencia en proporción al valor nominal, pero limitado al ámbito de las participaciones con derechos diversos ya poseídas. Esta reserva preferente, en función del contenido de derechos de las participaciones, puede incorporarse a los estatutos de la sociedad y no implica la ruptura de la proporcionalidad. Así, el titular de participaciones sin voto tenderá a la suscripción de participaciones sin voto, con los mismos derechos de las que ya posee, que mantengan su posición.

2. Las acciones sin voto en sociedades cotizadas

El régimen general de las participaciones y acciones sin voto se recoge en los artículos 98 a 103 de la Ley de Sociedades de Capital, en los términos vistos. No obstante, en el supuesto de acciones sin voto de sociedades cotizadas se incorporan algunas normas especiales, dirigidas todas ellas a flexibilizar su contenido mínimo, al permitir que los estatutos sociales decidan sobre algunos aspectos que, en el resto de las acciones sin voto, se imponen legalmente.

En primer lugar, los estatutos sociales dispondrán respecto del derecho de suscripción preferente de los titulares de estas acciones. El apartado segundo del artículo 96 de la Ley de sociedades de capital prohíbe emitir acciones que de forma directa

o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de preferencia. Por tanto, la existencia de desigualdades en el derecho de suscripción preferente no se admite, como regla general, para las sociedades de capital. El criterio de proporcionalidad informa la atribución a las acciones del derecho de suscripción preferente, como regla para la protección de la participación de los antiguos socios. El derecho de suscripción preferente tiene que atribuirse a todos los accionistas en igual medida, proporcionalmente al valor nominal de las acciones que posean. En este sentido, el derecho de suscripción preferente no puede ser limitado ni suprimido por los estatutos o la escritura de constitución, aunque si por decisión de la junta general, respetando, en este caso, los presupuestos que la Ley exige para la exclusión de este derecho (art. 308 LSC).

Ahora bien, cuando el capital suscrito de una sociedad, que tenga varias clases de acciones, se aumente por la emisión de nuevas acciones en una sola de estas clases, se admite que el ejercicio del derecho preferente por parte de los accionistas de las demás clases sólo tenga lugar después del ejercicio de este derecho por los accionistas de la clase en que se emitan las nuevas acciones (art. 72.2.b Directiva 2017/1132, de 14 de junio). Desde esta perspectiva, es admisible que, en una sociedad cotizada, los titulares de acciones sin voto tengan preferencia, respecto a los demás accionistas, para suscribir las nuevas acciones sin voto que emita la sociedad y, a la inversa, es decir, que todos los demás accionistas tengan prioridad para suscribir las nuevas acciones con voto emitidas por la sociedad que, sólo en último lugar, se ofrecerán a los accionistas sin voto.

En segundo lugar, también se estará a lo que dispongan sus estatutos en cuanto a la recuperación del derecho de voto en caso de no satisfacción del dividendo mínimo. Mientras el dividendo mínimo de las participaciones y acciones sin voto de las sociedades no cotizadas se encuentra legalmente tutelado con la atribución del derecho de voto cuando no se produzca su distribución en la medida suficiente (art. 99.3 LSC), en el caso de acciones sin voto de sociedades anónimas cotizadas, se estará a los que dispongan los estatutos sociales. De esta manera, los estatutos pueden optar por atribuir o no el derecho de voto a estas acciones, en caso de no percepción del dividendo mínimo. En todo caso, se opte o no por la recuperación del derecho de voto, ello no afecta a sus ventajas económicas, que, en cualquier caso, se mantienen.

Por último, se estará a lo que dispongan sus estatutos en el carácter no acumulativo del dividendo mínimo. Frente al carácter acumulativo por imperativo legal del dividendo mínimo de las

participaciones y acciones sin voto de sociedades no cotizadas (art. 99.3 LSC), en el supuesto de acciones sin voto emitidas por sociedades cotizadas serán los estatutos los que determinarán el carácter acumulativo o no acumulativo del dividendo mínimo. Pues bien, si los estatutos optan por el carácter no acumulativo, el dividendo mínimo que no pueda distribuirse por inexistencia de beneficios distribuibles se perderá (existiendo beneficios distribuibles, un acuerdo contrario de la junta sería impugnabile). Si, por el contrario, se configura con el carácter de acumulativo, los estatutos deberán, además, determinar el plazo en el que deberá ser satisfecho el dividendo mínimo no repartido.

VII] La tutela de las clases de acciones

Existen modificaciones sociales cuya realización incide de forma especial en los intereses de los socios, o de algunos socios, motivo por el que se reconocen diversas técnicas protectoras especiales para determinadas modificaciones estatutarias. Entre ellas se encuentran aquellas modificaciones estatutarias que lesionen los derechos de una clase de acciones, para las que se exige un doble acuerdo: a la decisión de la junta general se añade la necesaria aprobación por la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada, aprobación que podrá realizarse en junta especial o en votación separada dentro de la junta general. En este sentido, la validez de una modificación de los estatutos que lesione los derechos de clases de acciones con o sin voto, se condiciona no sólo al cumplimiento de los requisitos formales previstos para toda modificación estatutaria, sino también al acuerdo adicional mayoritario de las acciones (o participaciones sin voto) afectadas, acuerdo que debe adoptarse en junta especial o a través de votación separada en la junta general¹¹.

¹¹ Vid. *Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1987 y de 17 de febrero de 1958*. La existencia en una sociedad de clases de acciones planteó, desde su origen, un arduo debate sobre cuál debía ser la protección que el derecho de sociedades dispensase a los titulares de acciones con derechos diversos. La necesidad de proteger al titular de clases de acciones es evidente en la medida en que la modificación de sus derechos no puede dejarse sin más en manos de la mayoría. Pero la necesidad de ese régimen tuitivo de las clases de acciones no puede desconocer la también necesaria protección del resto de las acciones y de los propios intereses de la sociedad, que pueden verse seriamente perjudicados si se protege en exceso la posición de los titulares de clases de acciones. La pugna entre el interés de los accionistas pertenecientes a una clase y el interés social, de acuerdo al mismo tiempo con los intereses generales, se resuelve a impulsos de la doctrina mercantilista alemana del siglo XIX, que aboga por la creación de una junta especial que, adoptando sus acuerdos por mayoría, reúna

La junta especial se configura como un instrumento jurídico, creado por el derecho positivo, que tutela de forma colectiva los intereses de aquellos accionistas que poseen los mismos derechos y que, por tanto, pertenecen a la misma clase. En este sentido, la junta especial se convierte en un filtro de los acuerdos de la junta general que puedan perjudicar los intereses de una o varias clases de acciones. El accionista de una clase no va a determinar individualmente el destino de sus derechos, sino que la decisión corresponde a la clase, grupo homogéneo que adopta sus acuerdos por mayoría, vinculando a la minoría.

Con la junta especial se dota al conjunto de titulares de clases de acciones de un sistema de formación de la voluntad común semejante al dispuesto para la generalidad de los accionistas de la sociedad anónima. Cuando se trata de resolver sobre sus derechos diversos, los accionistas de la clase se organizan corporativamente a través de la formación mayoritaria de la voluntad común. La votación separada implica también la reunión de los accionistas de la clase perjudicados para que decidan por mayoría, pero no en una asamblea convocada a tal efecto sino en el seno de la propia junta general y, por tanto, en presencia del resto de los accionistas de la sociedad, por medio de la realización de una votación separada de los mismos¹².

En todo caso, la junta especial o la votación separada dentro de la junta general, es una técnica de protección específica para la posible lesión de los derechos atribuidos a una clase de acciones. La atribución de derechos diversos se reconoce tanto para las participaciones sociales de la sociedad limitada como para las acciones de la sociedad anónima, aunque sólo respecto a estas

en su seno a todos los accionistas que perteneciendo a una misma clase se vean perjudicados por una decisión de la junta general. La clase, como agrupación formada por aquellas acciones que atribuyen iguales derechos, posee unos intereses que prevalecen sobre los de sus miembros. De la misma manera que la junta general canaliza y protege los intereses de los accionistas ordinarios, se diseña una junta especial, que a semejanza de ésta, tutele la posición jurídica de aquellos accionistas con un contenido de derechos diverso sin paralizar la propia actividad de la sociedad. Vid. MIGNOLI, A. *Le assemblee speciali*, Milano, 1960; GIRÓN, J. *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952; BEKKER, E.J. *Beiträge zum Aktienrecht*, ZHR, núm. 16, 1871, págs. 32-85 y núm. 17, 1872, págs. 379-465; PACCHI PESUCCI, S. *Autotutela dell'azionista e interesse dell'organizzazione*, Milano, 1993.

¹² Vid. KOENIGE, H./PINNER, A./BONDI, F. *Staub'Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Erster Band, Berlin und Leipzig, 1921; RENSZNER, *Verordnung der Ministerien des Innern, der Finanzen, des Handels, der Justiz und des Ackerbaues vom 20. September 1899, mit welcher ein Regulativ für die Errichtung von Umbildung von Aktiengesellschaften auf dem Gebiete der Industrie und des Handels verlautbart wird*, ZHR, 1900, págs. 308-341.

últimas (y no así para las participaciones de la sociedad limitada) se establece que las acciones que tengan el mismo contenido de derechos constituyen una misma clase. Aunque se admite expresamente la diversidad de derechos en las participaciones sociales, no se consagra el concepto de clases de participaciones. Esta diferencia implica, con carácter general, que las clases de acciones de la sociedad anónima se sometan a un sistema de tutela colectiva (art. 293 LSC), mientras que los derechos individuales de cualquier socio de una sociedad de responsabilidad limitada se sujeten a tutela individual (art. 292 LSC)¹³. Aunque en el supuesto de participaciones sin voto, aún sin acogerse el concepto de clase, cualquier modificación estatutaria que les lesione se somete al acuerdo de la mayoría de las participaciones afectadas (art. 103 LSC).

Así, en la sociedad anónima, la clase, como agrupación formada por aquellas acciones que atribuyen iguales derechos, posee unos intereses que prevalecen sobre los de sus miembros. De la misma manera que la junta general canaliza y protege los intereses de los socios ordinarios, se diseña una junta especial o votación separada, que a semejanza de ésta, tutele la posición jurídica de aquellos socios con un contenido de derechos diverso sin hipotecar la propia actividad de la sociedad. La noción de clase hace referencia a un conjunto de personas cuya afinidad de

¹³ Esta diversidad tuitiva es la que también se consagra en la reducción de capital con devolución del valor de las aportaciones cuando no afecte por igual a todas las participaciones o a todas las acciones de la sociedad. En el primer caso será preciso el consentimiento individual de los titulares de esas participaciones sociales. En el segundo supuesto se requiere el acuerdo separado de la mayoría de los accionistas interesados, adoptado en la forma prevista en el artículo 293 (art. 329 LSC). La reducción de capital con amortización no paritaria de acciones, mediante reembolso a los accionistas establece la remisión expresa al sistema del doble acuerdo del artículo 293 de la Ley de Sociedades de Capital (vid. también art. 170.2 RRM), configurando así una modificación estatutaria cuya validez queda sujeta a la observancia de requisitos adicionales. Vid. *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid de 20 de diciembre de 2012* y *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1998*. Vid. también CAMPUZANO, A.B. *La reducción de capital con amortización no paritaria de acciones (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 20 de diciembre de 2012)*, RDM, núm. 287, 2013, págs. 305-324; CUESTA, J.M. *Clases especiales de acciones y su problemática*, RDF, 106-107, 1973, pág. 976; CUESTA, J.M. *El aumento y la reducción del capital social*, en ROJO, A. *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1987, pág. 216; GARCÍA LUENGO, R.B. *Régimen jurídico de las juntas especiales en la sociedad anónima*, Salamanca, 1980, pág. 44; CÁMARA, M. *La reducción de capital de la sociedad anónima en el Anteproyecto de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directrices de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades*, Noticias/CEE, núm. 30, 1987, págs. 97-106, 103.

derechos les permite trazar una defensa conjunta de sus intereses, y a pesar de carecer de personalidad jurídica y actuar en momentos determinados y en relación a asuntos específicos, su protección colectiva a través del instituto de la junta especial o votación separada surge como una opción legal singular, sin otra finalidad que la de servir de cauce para una defensa más equilibrada de los intereses en juego (art. 293 LSC)¹⁴.

Mientras, en la sociedad limitada, la diversidad de derechos que puede atribuirse a las participaciones sociales se remite a la vía de la tutela individual: *cuando la modificación afecte a los derechos individuales de cualquier socio de una sociedad limitada deberá adoptarse con el consentimiento de los afectados* (art. 292 LSC)¹⁵. Aunque, con la excepción de las participaciones sociales sin voto. Y ello porque expresamente la legislación de sociedades de capital establece que toda modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de las participaciones o acciones sin voto exigirá el acuerdo de la mayoría de éstas afectadas (art. 103 LSC). No se distingue entre protección de los derechos de las participaciones y de las acciones sin voto, sometiendo, en ambos casos, las modificaciones estatutarias lesivas al acuerdo de la mayoría de las participaciones o acciones sin voto afectadas. Y el sometimiento al mismo régimen llama la atención, ya que esta regla no constituye más que la aplicación a un caso particular de la técnica general de protección de las clases de acciones (art. 293 LSC).

Así, en el supuesto contemplado se establece expresamente este sistema de tutela tanto para las participaciones como para las acciones sin voto, sin que en ningún momento previo se haya extendido a las participaciones de la sociedad limitada ni el concepto de clase (art. 94.1 LSC) ni la técnica general de protección para las clases de acciones (art. 293 LSC). En efecto, mientras que la aplicación de esta técnica de protección (junta especial o votación separada) es consecuencia del concepto de clase de acciones, por lo que se refiere a las participaciones sin

¹⁴ Vid. MIGNOLI, A. *Le assemblee speciali*, Milano, 1960; GARCIA LUENGO, R.B. *Régimen jurídico de las juntas especiales en la sociedad anónima*, Salamanca, 1980; GÓMEZ MENDOZA, M. *Juntas especiales: organización y funcionamiento*, en *Estudios de derecho mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, Vol. I, Valladolid, 1998; PEÑAS, B. *La tutela colectiva de los derechos de los titulares de clases de acciones en la sociedad anónima (art. 293)*, en ROJO, A. y BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Madrid, 2011.

¹⁵ Vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: *La tutela individual de los derechos del socio en la sociedad de responsabilidad limitada (art. 292)*, en ROJO, A. y BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Madrid, 2011.

voto, legalmente no se acoge el concepto de clase de participaciones, por lo que la aplicación de este sistema de protección no puede ser consecuencia del mismo¹⁶. Y aunque ello es así con carácter general, en relación con las participaciones sin voto no hay duda de que éste es el sistema de tutela de sus derechos frente a modificaciones estatutarias lesivas, porque la indicación legal al respecto es clara: se produce la remisión expresa al sistema del doble acuerdo de la mayoría de las participaciones sin voto afectadas. No existe, es cierto, concepto de clase de participaciones, ni con carácter general la Ley sujeta a las participaciones con derechos diferentes a este sistema de doble acuerdo, pero, en particular, en relación con la tutela de los titulares de participaciones sin voto, si hay una remisión expresa al sistema de tutela de las clases de acciones¹⁷.

Bibliografía

AGUILERA, A. *Clases y series de acciones. Las acciones privilegiadas*, en *Derecho de sociedades anónimas. Capital y acciones*, II, Vol. I, Madrid, 1994

ALONSO ESPINOSA, F.J. *Acciones sin voto y obligaciones convertibles en acciones en la financiación de la sociedad anónima (primeras anotaciones a los artículos 90-92 y 292-294 de la Ley de Sociedades Anónimas según el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, RGD, núm. 546, 1990*

BEKKER, E.J. *Beiträge zum Aktienrecht*, ZHR, núm. 16, 1871, núm. 17, 1872

BELTRÁN, E. *Las clases de acciones como instrumento de financiación de las sociedades anónimas*, en *Estudios de derecho bancario y bursátil, Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, T.I, Madrid, 1994

BROSETA, M. *Acciones: clases y régimen jurídico*, en *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987

CACHON, J.E. *Las acciones sin voto*, AC, núm. 32, 1990-3

CÁMARA, M. *La reducción de capital de la sociedad anónima en el Anteproyecto de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directrices de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades*, Noticias/CEE, núm. 30, 1987

CAMPUZANO, A.B. *Derechos del socio (art. 93)*, en ROJO, A. y BELTRÁN E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Madrid, 2011

Diversidad de derechos (art. 94), en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Madrid, 2011

¹⁶ Vid. *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de mayo de 1999*.

¹⁷ Vid. CAMPUZANO, A.B. *Modificaciones estatutarias lesivas (art. 103)*, en ROJO, A. y BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Madrid, 2011. Vid. también *Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1998 y de 13 de abril de 1973*.

- La reducción de capital con amortización no paritaria de acciones (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 20 de diciembre de 2012)*, RDM, núm. 287, 2013
- Las clases de acciones en la sociedad anónima*, Madrid, 2000
- Modificaciones estatutarias lesivas (art. 103)*, en ROJO, A. y Beltrán, E. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Madrid, 2011
- CRUZ LAGUNERO, J.M. *Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de febrero de 1991*, RJN, 1992
- CUESTA, J.M. *Clases especiales de acciones y su problemática*, RDF, 106-107, 1973
- El aumento y la reducción del capital social*, en ROJO, A. *La Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1987
- DE EIZAGUIRRE, J.M. *La condición de socio de la sociedad de responsabilidad limitada*, en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I, Madrid, 1996
- DUQUE, J. *Absentismo del accionista y acciones sin voto*, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. VII, Consejo General del Notariado, 1988
- FARRANDO, I. *Las acciones sin voto y el valor del derecho de voto (pequeña contribución a la crítica de las acciones sin voto)*, RDM, núm. 206, 1992
- GARCÍA LUENGO, R.B. *Régimen jurídico de las juntas especiales en la sociedad anónima*, Salamanca, 1980
- GARRIDO DE PALMA, V. *Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, II. *Sociedades mercantiles*, Madrid, 1996
- GIRÓN, J. *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976
- Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952
- GÓMEZ MENDOZA, M. *Acciones sin voto*, RdS, núm. 13, 1999
- Juntas especiales: organización y funcionamiento*, en *Estudios de derecho mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, Vol. I, Valladolid, 1998
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. *La acción como parte del capital y como conjunto de derechos en la Ley de Sociedades Anónimas*, DN, 1990-91
- KOENIGE, et. al., *Staub'Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Erster Band, Berlin und Leipzig, 1921
- LEÓN TOVAR, S.H. *Las clases de acciones de la sociedad anónima y los derechos del accionista*, México, 2018
- LOBATO, M. *Sobre las participaciones de voto plural y sobre las participaciones sin voto. Estudio del artículo 534 de la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, *La Ley*, 1, 1996
- MARTÍNEZ FLOREZ, A. *Igualdad de trato (art. 97)*, en ROJO, A. y BELTRÁN E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011.

- La tutela individual de los derechos del socio en la sociedad de responsabilidad limitada (art. 292)*, en Rojo. A. y Beltrán, E. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Madrid, 2011
- MEJIAS, J. *Las acciones sin voto*, en *Estudios sobre el régimen jurídico de la sociedad anónima*, Madrid, 1991
- MENÉDEZ, A. y Beltrán, E. *Las acciones sin voto*, en URÍA, R. (et. al.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T.IV. Vol.1º, Madrid, 1994
- MIGNOLI, A. *Le assemblee speciali*, Milano, 1960
- OLAVO CUNHA, P. *Os direitos especiais nas sociedades anónimas: as açoes privilegiadas*, Coimbra, 1993
- PACCHI PESUCCI, S. *Autotutela dell'azionista e interesse dell'organizzazione*, Milano, 1993.
- PEÑAS, B. *La tutela colectiva de los derechos de los titulares de clases de acciones en la sociedad anónima (art. 293)*, en Rojo. A. y Beltrán, E. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Madrid, 2011.
- PESO DE OJEDA, G. *Las acciones sin voto*, en *Contratos sobre acciones*, Madrid, 1994.
- PORFIRIO, L.J. *Acciones privilegiadas y acciones sin voto tras las Leyes 37 y 50 de 1998*, DN, núm. 106-107, julio-agosto de 1999
- Las acciones sin voto en la sociedad anónima*, Madrid, 1991
- RECALDE, A. *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capital*, Madrid, 1996
- Limitaciones máximas al derecho de voto de un accionista*, RDBB, núm. 51, julio, 1993

Hacia la Junta (Asamblea) General Electrónica¹

MARTA GARCÍA MANDALONIZ²

SUMARIO: I. *El Derecho Mercantil Societario y las tecnologías.*
II. *El Derecho Mercantil Societario y las tecnologías de contabilidad distribuida.* III. *El Derecho Mercantil Societario planteado ante las tecnologías.*

Resumen. Las innovaciones de la Cuarta Revolución Industrial abren un debate que afecta al Derecho de las sociedades mercantiles de capitales. En el contexto de la legislación española y en el marco del Derecho comparado, este trabajo de investigación propone una reflexión para el avance en la incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación en la organización interna societaria y, en especial, en la Junta General, como órgano soberano de deliberación y decisión. Dicha reflexión tiende hacia la Junta General Electrónica y hacia escenarios sin Junta General o con junta *blockchainizada* para la era de la conexión digital.

¹ El análisis de la Junta General Electrónica fue abordado previamente por la autora en las siguientes publicaciones colectivas: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *La inquebrantabilidad del principio de unicidad en la Junta General Electrónica*, *Revista de la Contratación Electrónica*, febrero 2005, nº 57, pp. 63-86 (también después en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *La inquebrantabilidad del principio de unicidad en la Junta General Electrónica*, *Foro de Derecho Mercantil. Revista Internacional*, octubre-diciembre 2007, nº 17, pp. 81-103); GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *Nuevas normas en el imparable proceso de electrificación del Derecho societario*, *Revista de la Contratación Electrónica*, diciembre 2005, nº 66, pp. 53-63; GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El impacto de las nuevas tecnologías en las sociedades mercantiles*, en ETCHEVERRY, R. A.; ILLESCAS ORTIZ, R. (dirs.), *Comercio electrónico. Estructura operativa y jurídica*, Hammurabi, Buenos Aires, julio 2010, pp. 49-118. Una década después se revisan, actualizan y completan aquellos análisis en la presente investigación. Tal actualización procede de la conferencia que la autora pronunció en el Congreso internacional de Derecho mercantil celebrado en la Universidad Panamericana, en Guadalajara (México), el 25 de octubre de 2018.

² Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. marta.mandaloniz@uc3m.es.

Palabras clave: Junta General Electrónica, tecnologías de información y comunicación, *blockchain*.

Abstract. *The innovations of the Fourth Industrial Revolution open a debate that affects the law of corporations. In the context of Spanish legislation and within the framework of comparative law, this research work proposes a reflection for the advance in the incorporation of information and communication technologies in the internal corporate organization and, in particular, in general meetings, as a sovereign deliberative and decision-making body. This reflection tends towards the electronic general meeting and towards scenarios without a general meeting or with a blockchainized meeting for the era of the digital connection.*

Keywords: *Electronic General Meeting, information and communication technologies, blockchain.*

IJ El Derecho Mercantil Societario y las tecnologías

Atentos a los radicales cambios que la Cuarta Revolución Industrial o la *Industria 4.0* viene amplificando se abre un agudo debate que afecta al ordenamiento jurídico³. Las disrupciones a gran escala que la era digital entraña suscitan discusiones acerca de los ajustes que se precisan⁴ en el terreno normativo. Se demanda un nuevo paradigma regulatorio para una nueva realidad tecnológica global.

Porque la digitalización industrial está mutando los tiempos y los modos del emprendimiento, el Derecho Mercantil Societario no puede ir detrás sino a su compás. El Derecho de las Sociedades Mercantiles ha de seguir adaptándose a las cambiantes circunstancias del patrón económico para aportar soluciones a un emprendimiento que pivota cada vez más sobre la tecnología. El marco jurídico-privado que rige a los emprendedores que tienen un *chip* digital⁵ necesita evolucionar para adaptarse con corrección a los cambiantes requerimientos y a las innegables oportunidades

³ Vid. MEYER, H., *La Revolución Digital y lo que realmente implica*, *La Vanguardia*, 17 junio 2017 (actualizado a 19 junio 2017).

⁴ *Ídem*.

⁵ La Presidenta de ADIGITAL (C. SZPILKA) aseguró que está naciendo una segunda generación de emprendedores que sí tiene ese *chip* digital, según quedó reflejado en: HIDALGO PÉREZ, M., *España ha innovado más por desesperación que por vocación*, *El País Retina*, 6 julio 2017.

que plantea la re-evolución tecnológica. Para afrontar la disrupción que es susceptible de provocar la digitalización hay que diseñar un itinerario normativo que promueva suficiente efectividad y flexibilidad con un enfoque legislativo innovador para la re-organización de las sociedades mercantiles.

A partir de este contexto inicial se plantea una deliberación compartida para posibilitar que las ventajas de la flexibilidad y la simplicidad puedan evidenciarse con claridad en la organización interna societaria a través del empleo sin cortapisas legales ni registrales de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)⁶. Las funcionalidades de las TIC en el terreno societario son indudables: la aceleración del tiempo, la facilitación de la forma y de las funciones, y la desmaterialización del lugar⁷.

1. Las tecnologías en la Junta General

Con el anhelo de introducir de lleno las modernas tecnologías de la información en el proceso de adopción de acuerdos por parte de los órganos colegiados de la sociedad mercantil conviene diferenciar, desde estas primeras líneas introductorias, dos modalidades: de un lado, la adopción de acuerdos en la reunión bien de la Junta General o bien del órgano de administración y, de otro, la adopción de acuerdos sin reunión, por escrito⁸.

El Derecho Societario español (en el que quedará centrado el foco de atención de esta disertación) ha ido mostrando cierta desconfianza ante la implantación del sistema de adopción de acuerdos sin sesión. Esta susceptibilidad se debe al entendimiento de que la sesión permite el ejercicio de los derechos subjetivos del socio (como son los de asistencia y voto), formándose la voluntad social con el debate y la deliberación. Estando en la *mens legislatoris* este convencimiento, solo para el órgano de administración se admite sin dificultad, por su reconocimiento legal

⁶ Sobre el impacto de las TICs en las juntas generales en España, puede leerse en extenso: RECALDE CASTELLS, A. J., *Incidencia de las tecnologías de la información y comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas cotizadas*, Indret, 2007, nº 3, pp. 39 pp. (también publicado en: *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal: Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Marcial Pons, Madrid, Vol. II, 2007, pp. 1059-1088).

⁷ Como así comentáramos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *La inquebrantabilidad del principio de unicidad...*, op. cit., p. 64.

⁸ *Ibidem*, p. 76.

expreso, la (segunda modalidad de) adopción de acuerdos sin sesión⁹.

En los términos redactados en el artículo 248.2 del vigente texto refundido de la Ley Española de Sociedades de Capital (LSC), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio¹⁰, las reuniones del consejo de administración de una sociedad anónima pueden ser por escrito y sin sesión, salvo prohibición de los estatutos y si no hay oposición de algún administrador. Pudiendo ser por escrito y sin sesión pueden ser por correspondencia o por cualquier otro medio (también electrónico) que garantice la autenticidad. En el supuesto de que, en cambio, se celebren mediante sesión también pueden aceptarse y emplearse los medios electrónicos; celebrándose esa reunión, por ejemplo, mediante una audio o video-conferencia.

Para la Junta General (en el *nomen iuris* empleado por la Ley española de sociedades de capital) –como máximo órgano de deliberación y decisión de formación de la voluntad soberana de la sociedad– también se admite *la adopción de acuerdos por correspondencia o por cualquier otro medio que garantice su autenticidad*, de conformidad con el artículo 100.1 del Reglamento del Registro Mercantil de 1996¹¹; pero se admite sin ambages solo para las sociedades mercantiles personalistas o de personas¹². Consolidada está la interpretación doctrinal que ve factibles los acuerdos sin sesión en las sociedades comanditarias simples o en comandita y en las sociedades regulares o colectivas, por no prohibirlo ni expresa ni tácitamente el Código de Comercio que las

⁹ Según expusieramos literalmente en: *Ídem*.

¹⁰ Boletín Oficial del Estado (BOE) nº 161, 3 julio 2010, pp. 58472-58594.

¹¹ El Reglamento del Registro Mercantil fue aprobado mediante Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio (BOE nº 184, 31 julio 1996, pp. 23574-23636). Su artículo 100.1 dispone literalmente lo siguiente: *Cuando la Ley no impida la adopción de acuerdos por correspondencia o por cualquier otro medio que garantice su autenticidad, las personas con facultad de certificar dejarán constancia en acta de los acuerdos adoptados, expresando [...] el sistema seguido para formar la voluntad del órgano social de que se trate*. Ante tal precepto, RUIZ-GALLARDÓN, M., *Derecho de sociedades e Internet*, en MATEU DE ROS, R.; LÓPEZ-MONÍS GALLEGÓ, M. (coords.), *Derecho de Internet. La Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 608, entendió que el sistema de adopción de acuerdos sin sesión sólo es válido, aparte de en el ámbito del consejo de administración, para las juntas de las sociedades colectivas y comanditarias simples, debido a que la ley no se lo prohíbe ni de modo expreso ni tácito para ellas. Implícitamente, en cambio, sí se prohibiría para los tipos sociales capitalistas porque en su régimen jurídico la junta presupone la reunión de los socios; conforme destacamos en el texto principal.

¹² *Ídem*; citado en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *La inquebrantabilidad del principio de unicidad...*, op. cit., p. 67.

regula (desde 1885) y por contar con el respaldo de aquel artículo 100.1 del Reglamento del Registro Mercantil. En realidad, como puntualizara el profesor ALFARO, *no hay rastro en la legislación sobre sociedades de personas de una Junta General de socios*¹³, conforme la junta es entendida para las sociedades mercantiles de capitales.

Para las sociedades capitalistas parecería, en cambio, que estaría prohibida la adopción de acuerdos sin sesión, en tanto al regular su ley especial (la LSC) la Junta General presupone la reunión de los socios. El artículo 159 LSC se refiere a los acuerdos que adoptan los socios que están *reunidos en Junta General*, de lo que, en principio, se colegiría el carácter necesario de la junta. De hecho, la doctrina define y caracteriza a la Junta General, en primer lugar, como una reunión de socios¹⁴. El respaldo legal expreso con que en su primera legislación (de 1953) contaban las sociedades de responsabilidad limitada para los acuerdos sin sesión (adoptados por correspondencia postal o telegráfica, o por cualquier otro medio que garantizase la autenticidad de la voluntad declarada)¹⁵ desaparecería con la ley que las reguló a partir de 1995. Tal desaparición se mantiene con la LSC que desde el año 2010 y hasta el presente las rige.

Tan solo una excepción para las sociedades de capitales pluripersonales podría interpretarse que se contiene en la actualidad. Nos referimos a la junta universal, en la que estando presente todo el capital social los asistentes acuerdan por unanimidad su celebración, sin previa convocatoria (formal) y en cualquier lugar¹⁶. En la práctica son muchas las juntas universales y, entre ellas, se advierte la *praxis* habitual en las sociedades de pocos socios y de corte familiar de la adopción de acuerdos sin la celebración de una reunión y con la mera formalización de los acuerdos por escrito¹⁷. Ahora bien, la doctrina discute si son

¹³ En la literalidad de las palabras de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito y sin sesión*, Blog Almacén de Derecho, 26 enero 2018

¹⁴ Vid. BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, 25ª ed., Tecnos, Madrid, Vol. I, 2018, p. 459, aludiendo a la siguiente definición del profesor URÍA: reunión de socios *debidamente convocada, para deliberar y decidir por mayoría sobre determinados asuntos sociales propios de su competencia*.

¹⁵ Por haberse suprimido el artículo 14, párrafo segundo, que en la (derogada) Ley de sociedades limitadas de 17 de julio de 1953 indicaba que: *el acuerdo social podrá adoptarse por correspondencia postal o telegráfica, o por cualquier otro medio que garantice, con arreglo a la Ley o a la escritura, la autenticidad de la voluntad declarada*.

¹⁶ Artículo 178 LSC.

¹⁷ Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *El carácter necesario de la junta...*, *op. cit.*; LARGO GIL, R., *La junta universal sin sesión*, en FERNÁNDEZ TORRES, I. (et al.) (coords.), *Derecho de*

admisibles legalmente las juntas universales sin sesión¹⁸ porque, como puntualizara la profesora LARGO GIL, *sin sesión no hay junta universal*.¹⁹

Más allá del debate doctrinal que entraña esta costumbre en las pequeñas sociedades, un respaldo legal expreso para la adopción de acuerdos sin reunión solo hay hoy para las agrupaciones de interés económico –de tintes personalistas, a las que se aplica subsidiariamente el régimen jurídico de las sociedades colectivas– por disponer el artículo 10.1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril²⁰, que contiene su régimen jurídico que *los acuerdos podrán adoptarse [...] por correspondencia o por cualquier otro medio que permita tener constancia escrita de la consulta y del voto emitido por los socios*.²¹ Entre esos otros medios que permitan dejar constancia escrita de la consulta y el voto bien pudieran estar los medios electrónicos.

La querencia por extender una previsión legal expresa similar, más allá de las agrupaciones de interés económico a las sociedades mercantiles de capitales, que permita entender, sin rebuscados esfuerzos interpretativos, la admisión de la adopción de acuerdos sociales sin sesión, por escrito (también por escritos electrónicos), la pondremos de relieve y manifiesto en un epígrafe posterior. En el que, acto seguido, va a comenzar pretendemos destacar²² que las ventajas y las funcionalidades de las TIC también pueden plasmarse sobre la modalidad de adopción de acuerdos mediante la reunión en Junta General como órgano colegiado de deliberación y decisión en la sociedad de capital.

a. Las tecnologías en la convocatoria de la Junta General

Para la válida constitución de la Junta General (ordinaria o extraordinaria) es requisito ineludible (con la excepción de la junta

sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma, Iustel, Madrid, 2018, p. 501.

¹⁸ Las admitirían ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *El carácter necesario de la junta...*, *op. cit.*; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *La Junta General en la encrucijada*, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.; *et al* (coords.), *La Junta General de las sociedades de capital (cuestiones actuales)*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2009, pp. 19-35. Las rechazaría, en cambio, LARGO GIL, R., *La junta universal sin sesión...*, p. 501.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 501-511 y, en especial, p. 511.

²⁰ BOE nº 103, 30 abril 1991, pp. 13638-13641.

²¹ Como recordáramos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El impacto de las nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, p. 78.

²² Como antes expusiéramos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *La inquebrantabilidad del principio de unicidad...*, *op. cit.*, pp. 63-86.

universal) la convocatoria previa²³. Las TIC están presentes en la convocatoria. Tanto para las sociedades anónimas como para las sociedades limitadas o de responsabilidad limitada el artículo 173 LSC –desde la redacción otorgada por la Ley 1/2012²⁴– establece, como primer medio y por regla general, para la convocatoria la página web corporativa; en un intento de imprimir modernización, simplificación y abaratamiento de costes en la publicación de la convocatoria.

Las sociedades anónimas cotizadas deberán tener una página web, pero las sociedades no cotizadas (anónimas o limitadas) también podrán tener un sitio web, si así lo decidiera la Junta General y siempre garantizándose por la sociedad la seguridad de esa web, la autenticidad de los documentos publicados en ella y el acceso gratuito con posibilidad de descarga e impresión, según el artículo 11 bis LSC.

De haber creado la sociedad no cotizada una página web y estar inscrita y publicada, es a su través cómo se hará, como forma normal, la convocatoria. Un primer interrogante surge en torno al modo en el que ha de determinar la sociedad cuál es la página web en la que se hará la convocatoria. De conformidad inicialmente con el punto noveno de la Instrucción de 18 de mayo de 2011 de la Dirección General de los Registros y del Notariado²⁵ (DGRN, como Departamento del Ministerio de Justicia, adscrito a la Subsecretaría de Justicia), *la sociedad deberá o bien determinar la página web en los estatutos o bien notificar a todos los socios la existencia y dirección electrónica de dicha página web y el sistema de acceso a la misma*. No obstante, nueve días después, la DGRN advertiría un error y lo corregiría de inmediato, eliminando la referencia a la notificación a todos los socios, en su Instrucción de 27 de mayo de 2018²⁶, donde aclararía que o bien habrá de determinarse la página web en los estatutos o bien habrá de notificarse *dicha página web al Registro Mercantil, mediante declaración de los administradores*.²⁷

Varias cuestiones más surgen, al respecto, para las hipótesis de duda o de conflicto: ¿cómo podría acreditarse la publicación de la convocatoria en el sitio web? y, para su acreditación, ¿sería

²³ Vid., *ad ex.*, BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual ...*, *op. cit.*, p. 464.

²⁴ BOE nº 150, 23 junio 2012, pp. 44680-44692. Vid. LUCEÑO OLIVA, J. L., *El nuevo régimen legal de la convocatoria de Junta General*, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2012, nº 846, p. 7.

²⁵ BOE nº 124, 25 mayo 2011, pp. 51853-51856.

²⁶ BOE nº 127, 28 mayo 2011, p. 53023.

²⁷ *Para su constancia por nota al margen*, añadía al final.

necesario un certificado notarial o bastaría la manifestación de los administradores con la impresión de la página web en la que la convocatoria se hubiera insertado? El artículo 11 ter LSC ofrece respuestas: la carga de la prueba del hecho y de la fecha en que se han insertado los documentos en la web corresponderá a la sociedad y será en los administradores en quienes pesará el deber de mantener lo insertado en la web durante el plazo que exija la ley. Respecto del plazo de la convocatoria, el artículo 176.1 LSC exige, al menos, un mes en las sociedades anónimas y quince días en las sociedades limitadas entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión. Y *el anuncio de convocatoria deberá estar publicado en la página web desde la fecha de aquella [convocatoria] hasta la efectiva celebración de la Junta General*, en la especificación del punto noveno de la citada Instrucción de la DRGRN 18 de mayo de 2011. Para la acreditación del mantenimiento de lo insertado en la web durante el plazo legal sería suficiente la declaración de los administradores, bien que esta declaración podría ser desvirtuada por el interesado mediante cualquier prueba admisible en Derecho²⁸.

Más interrogantes encadenados con los previos aparecen acto seguido: ¿quién y en qué condiciones respondería de una eventual interrupción temporal en el acceso a la web? y, en su caso, ¿tal interrupción podría ser motivo para la no celebración de la junta? El artículo 11 ter LSC sigue ofreciendo respuestas a una y otra pregunta. Por una parte, los administradores responderían de los perjuicios que hubiera causado la interrupción temporal del acceso a la web, salvo en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, en la modalidad de responsabilidad solidaria entre los administradores y con la sociedad. Por la otra, si dicha interrupción hubiera sido por un plazo superior a dos días consecutivos o a cuatro alternos no se celebraría la junta convocada para acordar sobre el asunto al que se refiriera el documento que hubiera sido insertado en la página web. Y, además, para el supuesto en que la ley exigiera que se mantuviera insertado en la web un documento tras la celebración de la Junta General, y se produjera una interrupción, esa inserción habría de prolongarse por un número de días igual al del acceso interrumpido.

Además, *los estatutos podrán establecer mecanismos adicionales de publicidad e imponer a la sociedad la gestión telemática de un sistema de alerta a los socios de los anuncios de convocatoria insertados en la web de la sociedad*, en la literalidad del apartado tercero y último del artículo 173 LSC. Como bien

²⁸ Artículo 11 ter, 3º, *in fine*, LSC.

manifiesta la doctrina²⁹, este sistema de alerta puede ser un sistema *especialmente idóneo* y a bajo coste para que no pase desapercibida a los socios la publicación en la web de la convocatoria de una junta.

Teniendo la sociedad no cotizada una página web, permítasenos abrir un breve *excursus* en relación con el derecho de información. Se habilitará un dispositivo de contacto de los socios con la sociedad que permita acreditar la fecha de la recepción y el contenido de los mensajes electrónicos intercambiados entre los socios y la sociedad, puesto que las comunicaciones entre la sociedad y los socios –incluida la remisión de documentos, solicitudes e información– pueden realizarse por medios electrónicos siempre que dichas comunicaciones hayan sido aceptadas por el socio, de conformidad con el artículo 11 quáter LSC.

De regreso a la convocatoria y de no tener, en cambio, la sociedad no cotizada una página web o de tenerla no inscrita ni publicada, la convocatoria de la junta habría de publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) (con edición electrónica oficial y auténtica desde el 1 de enero de 2009) más en *uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social*³⁰ (diario que puede ser electrónico y/o en papel); apreciando los tribunales si el diario es en uno de los de mayor circulación en la provincia³¹ y acarreado la sociedad con el coste de esta doble y tradicional publicación.

En sustitución de las formas de convocatoria anteriores (*web* o, en su defecto, BORME y periódico), los estatutos pueden contemplar que la convocatoria se haga a través de un procedimiento de comunicación individual y escrita que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio que se hubiera designado al efecto (así, en el libro registro de socios en la sociedad limitada) o en el domicilio que conste en la documentación de la sociedad. ¿Y si se tratase de un socio residente en el extranjero? Valdría, en tal caso, la previsión estatutaria que permitiese que la comunicación individual se le hiciera solo si hubiera designado *un lugar del territorio nacional para notificaciones*.³²

Detengámonos a examinar los procedimientos de comunicación individual y escrita que los estatutos pueden

²⁹ Vid. BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, op. cit., p. 464.

³⁰ En la literalidad del apartado primero del artículo 173 LSC.

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 20 enero 1971.

³² Artículo 173.2 LSC.

establecer en sustitución de las formas de convocatoria previstas en el apartado primero del artículo 173 LSC. En el supuesto de que la sociedad hubiera optado por un procedimiento de convocatoria individual hay que hacer notar, en primer lugar, que el cómputo del plazo que habrá de mediar entre la convocatoria y la celebración de la junta (se recuerda: un mes en las sociedades anónimas y una quincena en las sociedades limitadas) comenzará desde el día en que hubiera sido remitido el anuncio de la convocatoria al último de los socios, en virtud del artículo 176 LSC.

En segundo lugar, para la correcta previsión estatutaria de la comunicación individual se requiere, además, que sea por escrito y en el domicilio; mediante carta postal, por ejemplo. Una vez que ha sido acreditada la remisión y la recepción de la comunicación postal no cabría exigir adicionalmente la acreditación fehaciente de esta comunicación e incumbiría al socio probar, en su caso, la falta de la convocatoria, en el razonamiento que hace el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de abril de 2011.

Pero, aparte del correo ordinario o certificado con acuse de recibo, quisiéramos indagar si los requisitos (de carácter individual, por escrito y en el domicilio) que ha de cumplir esta comunicación para su admisión son cumplidos por las comunicaciones hechas por mensaje de correo electrónico o, incluso, por mensaje telefónico corto e instantáneo (SMS, *WhatsApp* o *Telegram*). Tal cuestionamiento ha venido siendo polémico en lo que se refiere a la convocatoria de la junta mediante el correo electrónico. Por esta vía electrónica la comunicación al socio es individual y escrita, pero no es en el domicilio³³ ¿ni en el domicilio electrónico? Habiendo callado el legislador, ha sido la Dirección General de los Registros y del Notariado (en siglas, se recuerda: DGRN) quien se ha pronunciado. Lo ha admitido si viene *complementado con algún procedimiento que permita el acuse de recibo del envío*, en la Resolución de 28 de octubre de 2014³⁴. Como antes en sus

³³ Vid. ROSALES, F., *Convocatoria de Junta General de socios por e-mail*, *NotarioFranciscoRosales.com*, 8 enero 2015.

³⁴ *En el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Madrid a inscribir determinada cláusula de los estatutos de la sociedad* (BOE nº 285, 25 noviembre 2014, pp. 96398-96401). La cláusula estatutaria objeto de pronunciamiento era la siguiente: *Las juntas serán convocadas por el órgano de administración por medio de carta certificada, con quince días de antelación a la fecha de la misma, dirigida a los domicilios de los socios que consten en el libro registro de socios, o bien mediante correo electrónico dirigido a la dirección electrónica que conste igualmente en el libro registro de socios, o cualquier otro medio telemático que asegure la recepción de la comunicación.*

Resoluciones de 16 de abril de 2005³⁵, de 23 de marzo de 2011³⁶, de 4 de junio de 2011³⁷ o de 2 de agosto de 2012³⁸ y como después en su Resolución de 15 de enero de 2015³⁹, la DGRN considera en la Resolución antedicha de 2014 que, sin necesidad de usar firma electrónica, el envío del correo electrónico con acuse de recibo cumple las exigencias legales de asegurar la recepción de la convocatoria por los socios. *A contrario*, sin acuse de recibo el correo electrónico, por sí solo, por sí mismo, no sería admisible, a juicio de este Centro Directivo. Para su admisión requeriría venir acompañado del complemento de *algún procedimiento que permita el acuse de recibo*, que se ejemplifica en la citada Resolución, en un listado no cerrado, en la *solicitud de confirmación de la lectura o en determinados medios que permitan obtener prueba de la emisión y recepción de la comunicación mediante el uso de la firma electrónica*.⁴⁰

Sabido es que de manera automática cabe configurar en el correo electrónico un acuse de recibo que podrá ser aceptado o rechazado por el receptor del mensaje. Es posible y es fácil añadir tal complemento, pero ¿sería necesario?, nos preguntamos. Los correos electrónicos que se envían se reciben, salvo en raras ocasiones de errores informáticos o de recepción en la carpeta de *spam* que rara vez se revisa. Los correos electrónicos que se envían figuran en la carpeta de *enviados* del emisor, quien accediendo a ella puede comprobar si el envío lo realizó con corrección. Las alegaciones de quienes interpusieran recurso contra la calificación del registrador mercantil de negativa a registrar la cláusula estatutaria que no complementaba el correo electrónico con el acuse de recibo, analizada en la citada Resolución de 28 de octubre de 2014, fueron las siguientes: en la actualidad el correo electrónico es *un medio de recepción seguro, pues tiene más garantía de recepción que las obsoletas comunicaciones postales*

³⁵ BOE nº 132, 3 junio 2005, pp. 18761-18763.

³⁶ BOE nº 101, 28 abril 2011, pp. 43185-43192.

³⁷ BOE nº 156, 1 julio 2011, pp. 70095-70102.

³⁸ BOE nº 245, 11 octubre 2012, pp. 72839-72842.

³⁹ BOE nº 43, 19 febrero 2015, pp. 13689-13693. Esta Resolución, a juicio de CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., *Convocatoria de Junta General y firma electrónica*, *El Blog de Luis Cazorla*, 23 febrero 2015, resuelve *de forma acertada* el recurso (estimado) presentado frente a la calificación negativa del Registrador de la siguiente cláusula estatutaria: *La convocatoria se comunicará a los socios a través de procedimientos telemáticos, mediante el uso de la firma electrónica. En caso de no ser posible se hará mediante cualquier otro procedimiento de comunicación individual y escrito que asegure la recepción por todos los socios en el lugar designado al efecto en el que conste en el libro registro de socios.*

⁴⁰ Fundamento de Derecho 2º.

que se realizaban antaño, en las que en la mayoría de las ocasiones no se recibían bien porque las direcciones eran erróneas o por problemas [de retraso, por ejemplo] de la propia Administración Postal. Sin querer entrar nosotros en el debate de qué método, electrónico o en papel, es de más segura recepción, sí quisiéramos destacar el ahorro de costes que puede suponer para la sociedad mercantil el empleo del correo electrónico para la comunicación de la convocatoria a un amplio número de socios. No se elimina la posibilidad de uso de este medio electrónico ni por la DGRN ni por el legislador, pero se condiciona (al empleo del complemento del acuse de recibo) por la primera ante el silencio del segundo. En la era vivida de la informática, condicionantes y silencios son objeto de crítica⁴¹. La crítica, no obstante, habría que matizarla acto seguido: aun con el complemento (sencillo de adicionar) del acuse de recibo, la DGRN está admitiendo para la convocatoria un medio, como es el correo electrónico, que facilita fluidez y ahorra costes⁴². Con igual complemento, entendemos que la convocatoria realizada por una aplicación con servicios de mensajería telefónica instantánea, de mensajes cortos o multimedia, debería ser aceptada.

b. Las tecnologías en la celebración de la Junta General: la asistencia telemática

A partir de este punto inicial del camino, enlazado con la forma de la convocatoria, nuestra reflexión habrá de avanzar hacia las funcionalidades que conllevan las TIC para la propia configuración de la reunión en Junta General hasta conducir, por fin, a su ansiada revitalización a través del papel activo, presente y a distancia del socio.

Tradicional ha sido el absentismo y la desvinculación de los accionistas de la marcha de la gran sociedad anónima; dejándose en manos de los socios de control, ligados con habitualidad a los administradores, la adopción de los acuerdos sociales. Ante esta situación, la doctrina ha cuestionado si la Junta General en la sociedad anónima, en general, y en la anónima cotizada, en especial, ha dejado de ser o, incluso, si ha sido alguna vez el órgano soberano de la sociedad para pasar a ser un órgano en crisis, en

⁴¹ Como se critica en: ROSALES, F., *Convocatoria de Junta General...*, op. cit.

⁴² En el tercero de los Fundamentos de Derecho de la Resolución de la DGRN de 13 de enero de 2015 se puso hincapié en la *necesidad de facilitar la fluidez del tráfico jurídico, evitando la reiteración de trámites y costes innecesarios, que no proporcionen garantías adicionales* (cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1987 y las Resoluciones de 2 y 3 de agosto de 1993).

expresión del profesor RODRÍGUEZ ARTIGAS⁴³. Para tratar de mutar esa dinámica de apatía racional por otra de activismo accionarial, la Ley de sociedades de capital española fue ampliamente reformada en 2014 (por la Ley 31/2014⁴⁴) con un paquete de medidas para la mejora del gobierno corporativo (en el que en este discurso no podemos ahondar).

De manera paralela, la LSC había establecido desde su aprobación en 2010 –como previamente, desde la revisión de la Ley 19/2005⁴⁵, establecía el texto refundido de la Ley de anónimas (TRLSA) que en la LSC se refundió y derogó– la posibilidad de que los estatutos sociales de la sociedad anónima incluyeran la asistencia del accionista por medios electrónicos que garantizaran debidamente su identidad para facilitar y promover su implicación en la Junta General. La Ley 19/2005 introdujo en el ordenamiento español reglas para garantizar la efectividad de las normas de aplicación directa del Reglamento europeo n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprobó la sociedad anónima europea⁴⁶. Esa Ley 19/2005 modificó la normativa española de sociedades anónimas en aquel momento en vigor (esto es, el viejo TRLSA de 1989) para contemplar la posibilidad de que los estatutos previesen la asistencia a la reunión en junta por medios electrónicos⁴⁷. Se seguía, así, la senda de otros sistemas jurídicos comparados, como el italiano donde el artículo 2370.4° del *Codice Civile* dispuso –desde la revisión del artículo 10 del Decreto Legislativo n° 310, de 28 de diciembre de 2004⁴⁸– que: *Lo statuto può consentire l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione*. En la actualidad esta disposición se viene interpretando⁴⁹ en Italia en el sentido de que no solo es posible la asistencia por medios de audio-conferencia o video-conferencia cuando esté previsto en los estatutos sino que a lo que se refiere

⁴³ Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Notas sobre el concepto de inversor institucional en la Directiva (UE) 2017/828*, en FERNÁNDEZ TORRES, I. (et al.) (coords.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Iustel, Madrid, 2018, p. 1263. Más en específico sobre el absentismo o la *apatía racional*, léase del mismo autor: RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *La Junta General en la encrucijada...*, *op. cit.*, pp. 19-35. También, por ejemplo: RECALDE CASTELLS, A., *Incidencia de las tecnologías...*, *op. cit.*, p. 4, se referiría a la *Junta General en crisis*.

⁴⁴ BOE n° 293, 4 diciembre 2014, pp. 99793-99826.

⁴⁵ BOE n° 273, 15 noviembre 2005, pp. 37303-37308.

⁴⁶ Diario Oficial (DO) L 294, 10 noviembre 2001, pp. 1-21

⁴⁷ Artículo 97 TRLSA.

⁴⁸ *Gazzeta Ufficiale* n° 305, 30 diciembre 2004.

⁴⁹ Así, BUSANI, A., *Assemblea anche in audio o video. Nello statuto non è necessaria la previsione della partecipazione a distanza*, *Diritto dell'Economia*, 11 octubre 2017, n° 274, p. 33.

es a que los estatutos pueden reglamentar los modos en que puede desenvolverse esa audio o video-conferencia.

En España, en el caso en que se hubiera incorporado la posibilidad de asistencia telemática en los estatutos sociales de una sociedad anónima, indica el artículo 182 LSC que en la convocatoria de la Junta General sería obligatorio describir los plazos, las formas y los modos de ejercicio telemático de los derechos de voto, representación e información de los accionistas para *permitir el ordenado desarrollo de la junta*⁵⁰. Esta referencia legal a un desarrollo ordenado –que algún autor calificara de *loable*⁵¹– la calificamos de *criticable*. En las razonables críticas (a las que nos adherimos) que mostrara el profesor Illescas Ortiz, *parece como si se estimara [...] que la utilización de la electrónica, de por sí, es un factor de desorden que haya de ser corregido mediante su disciplina en la convocatoria*.⁵²

Con independencia de las críticas, los administradores pueden determinar que las intervenciones y las propuestas de los accionistas que deseen asistir por medios electrónicos sean remitidas a la sociedad antes de constituirse la junta. Lo que no indica la ley es si esa remisión también puede ser electrónica,

⁵⁰ La literalidad del artículo 182 LSC procede del apartado 5º del artículo 97 TRLSA en la modificación que incorporó la disposición final primera de la Ley 19/2005. En general, sobre el derecho a la asistencia a la Junta General por medios electrónicos, en los términos de aquel artículo 97.5 TRLSA, atiéndanse a las acertadas consideraciones de: ILLESCAS ORTIZ, R., *La continuada –y, a veces, desapercibida– electrificación del Derecho de sociedades mercantiles*, *Revista de la Contratación Electrónica*, octubre 2006, nº 75, pp. 25-36; ILLESCAS ORTIZ, R., *El ejercicio electrónico de los derechos del socio en la sociedad anónima*, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Marcial Pons, Madrid, T. II, 2007, pp. 803-824. Asimismo, vid., *ad ex.*, CRUZ RIVERO, D., *El ejercicio de los derechos de asistencia y voto a la Junta General de la sociedad anónima tras la modificación del art. 97 LSA por la Ley 19/2005*, en MADRID PARRA, A. (dir.), *Derecho patrimonial y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 413-433; MUÑOZ PAREDES, J. M., *Asistencia y delegación de voto por medios de comunicación a distancia en las juntas generales de accionistas*, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 102, abril-junio 2006, pp. 187-194. Muy crítica con la norma se mostró: MARTÍNEZ, M. T., *El derecho de información del accionista en los supuestos de ampliación del orden del día de asistencia telemática del socio a la Junta General*, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 26, 2006, pp. 39-57 y, en concreto, p. 39, al calificarla de *inesperada, poco meditada y precipitada*; como recogieramos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El impacto de las nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, p. 82, en nota a pie de página nº 77.

⁵¹ MARTÍNEZ, M. T., *El derecho de información...*, *op. cit.*, p. 54, calificó aquella referencia de *loable*.

⁵² Vid. ILLESCAS ORTIZ, R., *La continuada...*, *op. cit.*, p. 30; ILLESCAS ORTIZ, R., *El ejercicio electrónico...*, *op. cit.*, p. 806

aunque nada lo impide. Esta facultad de la que gozan los administradores de exigir con anterioridad a la constitución de la junta el envío de las intervenciones y de las propuestas de aquellos socios que quieren asistir electrónicamente también la seguimos criticando⁵³ por ir en contra del principio de simultaneidad y acarrear no pocas dificultades interpretativas.

Los accionistas que asisten por medios electrónicos podrían tener mermada la actuación respecto de los accionistas que asisten físicamente⁵⁴. Incomprensible resulta esta rigidez legal ante la existencia y disponibilidad de tecnologías capaces de gestionar relaciones multilaterales de comunicación multi-direccional y sincrónica, y, por tanto, capaces de simular un entorno de deliberación e intercambio de pareceres que garantice el principio de unicidad del tiempo y del lugar de la Junta General⁵⁵. Si la falta de viabilidad técnica no es un impedimento, no se entiende la (innecesaria) cautela legal si no provoca –y no provoca– mayor protección de los derechos de los socios intervinientes en la reunión.

Se deja –se recalca– en manos de los administradores esa decisión de determinar que las intervenciones y las propuestas de los accionistas asistentes telemáticos sean remitidas antes de la constitución de la junta y los problemas aparecen en escena cuando deciden establecer el envío previo. En tal caso, si el socio pensara en el último momento en asistir de manera telemática, quizás no tendría tiempo suficiente para redactar sus propuestas y enviarlas. A este socio parece que le estaría vetada la posibilidad de intervenir y proponer durante el transcurso de la junta. La pregunta es si también se negaría esa posibilidad a aquel socio que asiste de forma remota y que, aun habiendo remitido de manera anticipada, a tiempo, sus propuestas e intervenciones, quisiera modificarlas total o parcialmente durante la celebración de la junta al hilo de las discusiones que en ella se están produciendo.

A la merma se añade el retraso. Aquel o aquellos socios que asistan por medios electrónicos y ejerciten su derecho de información durante la junta recibirán la contestación, por escrito, en los siete días siguientes a la celebración de esa junta. No se da otra opción en el artículo 182 LSC. Esto contradice lo que dispone

⁵³ Como antes las criticáramos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El impacto de las nuevas tecnologías...*, op. cit., p. 83.

⁵⁴ También crítico con esta previsión normativa, por introducir *demasiadas restricciones*, fue MUÑOZ PAREDES, J. M., *Asistencia y delegación...*, op. cit., p. 193.

⁵⁵ Vid. GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *La inquebrantabilidad del principio de unicidad...*, op. cit., pp. 63-86.

la misma ley (quince preceptos después)⁵⁶ para el socio asistente presencialmente que solicita información verbal durante la junta. Al asistente presencial los administradores le facilitarán la información verbalmente durante su celebración y únicamente será por escrito en los siete días siguientes en el caso de que no fuera posible satisfacer ese derecho de información durante el transcurso de la sesión. Al asistente remoto técnicamente se le podría responder durante la celebración de la reunión, pero legalmente se le contestará tras su finalización⁵⁷ (en el plazo antedicho de una semana). Porque no era la técnica la que lo impedía en 2005 cuando se incorporó esta restricción legal ni menos aún es la técnica la que lo impide en la actualidad, hemos venido realizando una interpretación acumulativa⁵⁸ de ambos preceptos en el siguiente sentido: cuando sea posible dar respuesta a los cuestionamientos del asistente telemático durante la junta se dará en ella, amén de que esas contestaciones se remitirán después por escrito en los siete días siguientes. Ahora bien, hemos sido⁵⁹ y seguimos siendo conscientes de que con esta interpretación se evitaría el retraso innecesario, pero, a la vez, se duplicaría también innecesariamente el percibo de la información por dos vías (oral y escrita) y en dos momentos (durante y después de la junta).

Con el ánimo de soslayar retrasos y duplicidades, la legislación proyectada el 30 de mayo de 2014 para un nuevo Código mercantil en España planteó en el apartado segundo del artículo 233-41 dos vías: si quienes iban a asistir por medios telemáticos remitían a la sociedad antes de la celebración de la junta sus intervenciones y propuestas recibirían la respuesta durante el transcurso de esa junta, mientras que si ejercitaban su derecho de información durante la junta por medios telemáticos podrían (no deberían) recibir la contestación *por escrito durante los siete días siguientes a la reunión*. Este era un paso adelante hacia una mayor flexibilidad y hacia una adaptación a unas tecnologías que técnicamente podrían permitir la interactividad de los asistentes telemáticos con los asistentes físicos durante la celebración de la junta para la efectiva comunicación entre ambos tipos de socios asistentes y para el ejercicio del derecho de información de aquellos que asisten a distancia. No era, sin

⁵⁶ En el artículo 197.2 LSC.

⁵⁷ Criticando también este extremo se manifestaría MUÑOZ PAREDES, J. M., *Asistencia y delegación...*, *op. cit.*, pp. 193-194, para quien es comprensible *que haya de garantizarse el normal desarrollo de la junta, pero no a costa de suprimir el debate*.

⁵⁸ Vid. GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El impacto de las nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, p. 84.

⁵⁹ *Ídem*.

embargo, el paso definitivo que encaminaría hacia el completo acomodo a unos sistemas electrónicos de comunicación simultáneos, instantáneos, capaces de posibilitar que las propuestas del socio se pospusieran hasta el momento mismo de la celebración de la junta, que durante ella pudieran ser modificadas, y en ella fueran contestadas⁶⁰. La adaptación desde este trabajo de investigación pretendida sería una adaptación sin un antes, sin un después, solo durante.

Pero, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil hace tiempo que sufre de parálisis. Ante el *paralítico* código mercantil ha de retornar el análisis a la vigente Ley de sociedades de capital. En ella resultan criticables las anunciadas rigideces legales, a modo de merma y retraso, cuando existían en el pasado reciente (cuando se incorporó en 2005 la citada previsión legal en el TRLSA, luego traspasada a la LSC) tecnologías capaces de gestionar relaciones multilaterales de comunicación a distancia y, más aún, cuando existen en el presente mejoradas (por amplitud y velocidad) tecnologías. Aun siendo así, hay que matizar, a continuación, que puede llegar a entenderse que en una gran sociedad anónima con un alto número de socios asistiendo físicamente y otros tantos asistiendo telemáticamente pueda resultar complicado gestionar durante la celebración de la junta dar una ágil y óptima respuesta a muchos de los ruegos y preguntas. Esta matización requiere, a su vez, otro matiz: no exclusivamente los asistentes presenciales deberían poder recibir contestación durante la reunión.

c. Las tecnologías en la celebración de la Junta General: la Junta General Electrónica

Aunque la LSC reconoce la posibilidad de la asistencia electrónica a la Junta, previa previsión estatutaria, sigue asumiendo con restricciones (por no haberlas revisado ni suprimido) el ejercicio de los derechos de los accionistas asistentes telemáticos y no ha aceptado todavía de modo expreso y excelso la plena virtualización de la Junta. Por ello, la defensa que a partir de esta página se hará de una completa electrificación de la Junta General es aún un reto pendiente ante un legislador, como el español, que hasta la fecha no ha sabido o no ha querido admitir con claridad la Junta General Electrónica⁶¹.

⁶⁰ En línea con estas consideraciones, nos preguntamos en *ibídem*, p. 93, por otra de las grandes ventajas prácticas que ofrecen las nuevas tecnologías, es decir, la posibilidad de posponer la transmisión de las instrucciones al momento de la junta y de modificarlas en el transcurso de la misma mediante un sistema de comunicación instantáneo.

⁶¹ Como indicáramos en *ibídem*, p. 81.

No la ha admitido con claridad para las sociedades anónimas y la ha silenciado para las sociedades de responsabilidad limitada. La posibilidad (con restricciones) de la asistencia telemática a la Junta General que incorporó la Ley 19/2005 en la (antigua) normativa de las sociedades anónimas (TRLSA) y que refundió en 2010 la vigente Ley de sociedades de capital (LSC) se regula para las anónimas y se silencia para las sociedades de responsabilidad limitada. Porque la regulación para las anónimas está llena de cortapisas, en anteriores publicaciones⁶² no echábamos en falta que el legislador hubiera dejado pasar la oportunidad de extender el ámbito de aplicación de la norma examinada a las sociedades limitadas con la esperanza de que pronto abordara la regulación para este otro tipo social de capital con mayor flexibilidad⁶³. Pero, ni siquiera el Anteproyecto de Ley de Código mercantil previó la regulación de la celebración de la Junta General por medios telemáticos para ambos tipos sociales sino en exclusiva para el tipo capitalista por excelencia. Ya no lo esperamos. Ni se espera ni es necesario.

Aun cuando las reglas para la asistencia a la junta por medios telemáticos, previstas en el artículo 182 LSC, y para la admisión del voto electrónico, en el 189.2 del mismo cuerpo legal, son para las sociedades anónimas, la DGRN alcanzaría la conclusión, en una Resolución de 19 de diciembre de 2012⁶⁴, que también para las sociedades limitadas han de admitirse los medios telemáticos⁶⁵ (por video-conferencia u otros medios a distancia como el teléfono) para la asistencia y el voto, siempre que se prevea de manera expresa en los estatutos sociales⁶⁶, asegurando que *los asistentes remotos tengan noticia en tiempo real de lo que ocurre y en la medida en que los socios puedan intervenir*.

Avanzando un paso más por el recorrido que venimos marcando, hay que indicar que tanto en las sociedades anónimas

⁶² *Ibidem*, p. 84.

⁶³ *Ídem*.

⁶⁴ BOE nº 22, 25 enero 2013, pp. 5750-5754. Resolución analizada y comentada en: VILLACENCIO, C., *Asistencia a junta y voto por videoconferencia*, *Printfriendly.com*, 13 abril 2018.

⁶⁵ Vid. LUCEÑO OLIVA, J. L., *La celebración de la Junta General por videoconferencia en la SRL: a propósito de la RDGRN de 19 de diciembre de 2012*, *Diario La Ley*, nº 8058, 2013; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *La participación por medios electrónicos en las juntas de la sociedad limitada*, *Revista de Derecho Mercantil*, 2013, nº 289, pp. 75-107.

⁶⁶ En opinión (que compartimos) de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La junta universal a la que algún socio asiste por teléfono*, *Blog Almacén de Derecho*, 6 septiembre 2016, los medios telemáticos para la asistencia a la junta deberían admitirse en la sociedad limitada *con independencia de lo que digan los estatutos*.

como en las sociedades limitadas la exigencia legal de un lugar físico para la celebración de la junta coincide con *el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio*, en virtud del artículo 175 LSC. Así es, salvo en el supuesto legal excepcional – aunque habitual en la práctica de las sociedades (limitadas) de pocos socios⁶⁷– de la junta universal, en la que estando presente todo el capital se acepta por unanimidad la celebración de la junta, que podrá celebrarse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero⁶⁸. En efecto, reunidos todos los socios (por sí o por representante) en junta universal ni es necesaria la previa convocatoria (formal)⁶⁹ ni tampoco la celebración en la municipalidad del domicilio social⁷⁰.

A excepción de la junta universal, la previsión legal general de celebración de la reunión en el término municipal del domicilio social parecería, en principio, dificultar aquella ansiada plena virtualización de las sesiones. Ahora bien, aquel precepto (el 175) reconoce desde su inicio la autonomía de la voluntad, al comenzar con la salvedad contraria de los estatutos. Hay que estar, en primer término, a lo que libremente las partes hayan dispuesto en los estatutos sociales y, en la hipótesis de que nada en ellos se hubiera dispuesto en contra, la reunión se desarrollaría *en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio*. Además, si en la convocatoria de la reunión no figurase el lugar concreto de la reunión, se entendería que había sido convocada para celebrarse en el (local del) domicilio social. Abriendo, como se abre, la puerta a la autonomía de la voluntad de los socios para que, si lo desean, establezcan mediante la oportuna cláusula estatutaria un lugar de reunión no coincidente con el del municipio en el que se sitúa el domicilio social, no se perjudica el interés de los socios. Conocen de antemano el contenido de los estatutos y saben que, cuando la convocatoria no alude al lugar de reunión, han de acudir, por sí o por medio de representante, al local del domicilio social para

⁶⁷ Vid., por todos, BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, p. 466.

⁶⁸ Artículo 178.2 LSC. También, STS 9 noviembre 1955, STS 17 diciembre 1997, STS 31 mayo 1999. Vid. BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, pp. 460, 466. Más específicamente, léase: OTERO LASTRES, J. M., *El requisito de la aceptación unánime en la junta universal de la sociedad anónima*, en *Derecho de sociedades: Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, McGraw-Hill Interamericana España, Madrid, Vol. II, 2002, pp. 1229-1244. En fechas recientes, LARGO GIL, R., *La junta universal sin sesión...*, *op. cit.*, pp. 506 y ss.

⁶⁹ Aunque sí habrá una convocatoria informal (*v. gr.*: *por carta, correo electrónico o incluso verbalmente*), como con lógica se apunta en: BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, p. 466.

⁷⁰ Artículo 178 LSC.

ejercer sus derechos de asistencia y, en su caso, de voto. La tutela de los socios se obtiene con el conocimiento anticipado⁷¹.

Ejercitando el principio de autonomía de la voluntad, que permite en el presente establecer mediante una cláusula estatutaria un lugar de reunión no coincidente con el del municipio en el que se sitúa el domicilio social, parece posible que el sitio web sea el *lugar* elegido y determinado en los estatutos para la celebración de la junta tanto en la sociedad anónima como en la sociedad de responsabilidad limitada. Aquella puerta abierta estaría permitiendo el paso hacia una junta completamente virtual.

Retrocedamos un instante al pasado para recordar que (antes de la entrada en vigor de la LSC en 2010) esa puerta estatutaria estaba abierta en exclusiva para la sociedad de responsabilidad limitada porque para la sociedad anónima el artículo 109.1 TRLSA de 1989 exigía que las reuniones se celebraran en la localidad donde la sociedad tuviera su domicilio, sin más excepciones que la fuerza mayor y la junta universal. De ese modo, no había resquicio para que, entrando en juego la libre autonomía de la voluntad, una sociedad anónima decidiera designar en sus estatutos un lugar de reunión distinto al del término municipal del domicilio⁷². Ante la imposibilidad de una previsión estatutaria en contrario para las anónimas en su anterior regulación, indagábamos⁷³ en busca de la admisibilidad de la identificación de la página web con el domicilio social y encontramos tres posibles (unas más posibles que otras) respuestas. La primera, la más ambiciosa, nos conducía a la plena identificación del sitio web como domicilio virtual. La web corporativa *no deja de ser el domicilio virtual de la sociedad, aunque no sea el domicilio social*, como indicara el notario ROSALES⁷⁴. Esa primera propuesta nuestra de la web como sede social chocaba, sin embargo, con un Derecho societario enraizado en nociones de carácter territorial que exigía el engarce geográfico real de la junta. La segunda propuesta, más realista, pasaba por equiparar, a efectos de comunicación e información, el sitio web con el domicilio social, sin que este último perdiera su posición central en la normativa. En este sentido, indicábamos que el sitio web corporativo actuaba como sede

⁷¹ Vid. GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *La inquebrantabilidad del principio de unicidad...*, op. cit., p. 74.

⁷² *Ibidem*, p. 73.

⁷³ Como nos preguntábamos en *ibidem*, pp. 80-83. Asimismo, en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El impacto de las nuevas tecnologías...*, op. cit., pp. 85-87

⁷⁴ En aseveración de ROSALES, F., *Convocatoria de Junta General...*, op. cit.

asimilada, desempeñando una función que llamábamos *mirror image*. La tercera, la más conformista, asumía que el sitio *web* no actuaba ni como sede social ni como sede asimilada sino como el *lugar*⁷⁵ elegido y determinado para la celebración de la junta. Pero, esta tercera propuesta restringía su aplicación a las sociedades limitadas porque en su anterior ley (de 1995) se reconocía para ellas la autonomía de la voluntad para la designación estatutaria del lugar de celebración de la Junta General. No obstante, no podía abarcar a las sociedades anónimas hasta que el legislador español decidiera abordar esta cuestión permitiendo el pacto en contrario⁷⁶.

Una vez que en la actualidad –con el texto refundido de la Ley de sociedades de capital que desde 2010 viene rigiendo para ambas formas sociales capitalistas– se ha admitido tanto para las anónimas como para las limitadas el pacto estatutario en contra, la admisión de la virtualización de la junta la entendemos hoy posible en el tercero de los sentidos expuestos, esto es, cuando el sitio *web* sea el *lugar*⁷⁷ elegido y determinado estatutariamente para la celebración de la reunión en junta. En conclusión, para una interpretación indubitada de la viabilidad de la Junta General Electrónica entendemos que se requiere, al menos, una referencia legal a la posibilidad de disposición estatutaria contraria a la reunión en el municipio donde la sociedad tenga su domicilio.

Con la libre elección y la designación estatutaria, el sitio *web* corporativo, como lugar de celebración de la junta electrónica, cumpliría el requisito de previsibilidad con igual estabilidad que cualquier indicación de un lugar físico⁷⁸. La generalizada disponibilidad de la Red permite valorar también el cumplimiento del requisito de accesibilidad sobre el que reposa la tradicional

⁷⁵ De esta opinión fue VAÑÓ VAÑÓ, M. J., *Información y gobierno electrónico en las sociedades cotizadas*, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, julio-septiembre 2004, nº 95, p. 108.

⁷⁶ Advirtiendo de la necesaria modificación legal para admitir la viabilidad de la Junta Electrónica propiamente dicha: IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *El ejercicio telemático de los derechos del accionista en las sociedades cotizadas españolas*, *Revista de Derecho Mercantil*, julio-septiembre 2004, nº 95, año XXIII, pp. 1029-1035. Asimismo, RECALDE CASTELLS, A. J., *Incidencia de las tecnologías...*, *op. cit.*, p. 29, indicó que, si no hay posibilidad legal de prever en los estatutos un lugar de reunión distinto al del municipio del domicilio social (como ocurría con el TRLSA de 1989 para la anónima), hay una *inviabilidad legal de la junta virtual*.

⁷⁷ De la misma opinión, VAÑÓ VAÑÓ, M. J., *Información y gobierno electrónico...*, *op. cit.*, p. 108.

⁷⁸ Vid. GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *La inquebrantabilidad del principio de unicidad...*, *op. cit.*, p. 83.

imposición del domicilio social como lugar de reunión⁷⁹; más aún cuando, precisamente, Internet es el medio en el que se mueven con habilidad las empresas tecnológicas destinatarias (no en solitario) de las propuestas que vienen atisbándose a lo largo de la presente investigación.

Aun así y aunque la viabilidad de la Junta General Electrónica halla su razón de ser en el principio de equivalencia funcional⁸⁰, la previsibilidad y la accesibilidad del lugar de celebración de la Junta General podrían alcanzarse, a nuestro parecer⁸¹, de forma más satisfactoria con el expreso reconocimiento legal de la junta virtual. De modo expreso se ha admitido, por ejemplo, en el artículo 266 de la Ley general de sociedades mercantiles de México para las sociedades por acciones simplificadas⁸², cuando indica el apartado segundo del indicado precepto que podrá acordarse que la asamblea de accionistas se celebre de manera presencial o por medios electrónicos, en los términos del artículo 89 del Código de Comercio Mexicano, bajo los principios de neutralidad tecnológica y de equivalencia

⁷⁹ En GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El impacto de las nuevas tecnologías...*, op. cit., p. 87, valorábamos con cautela este requisito de la accesibilidad, en tanto en el momento en que se redactaba aquel trabajo de investigación podría no haber (como, sin embargo, hay en la actualidad) una disponibilidad generalizada del acceso a Internet para todos los socios.

⁸⁰ Un excelente estudio de éste y otros principios y fundamentos del Derecho de la contratación electrónica es: ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la Contratación electrónica*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2009, 368 pp. También en: MADRID PARRA, A., *Contratación electrónica*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, T. III, 1996, pp. 2913-2957. Específicamente el análisis de la viabilidad de la Junta General Electrónica a través del principio de equivalencia funcional lo hicimos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *La inquebrantabilidad del principio de unicidad...*, op. cit., pp. 63-86. En diversas publicaciones, ILLESCAS ORTIZ, R., *La continuada...*, op. cit., pp. 55-56; ILLESCAS ORTIZ, R., *El ejercicio electrónico...*, op. cit., p. 824; ILLESCAS ORTIZ, R., *Los principios de la contratación electrónica, revisitados*, en MADRID PARRA, A. (dir.), *Derecho patrimonial y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 36, afirmaba con visión de futuro que la reunión electrónica se encontraba (tras la reforma del artículo 97 TRLSA) ampliamente fundamentada en las normas vigentes, si bien matizaba que esta afirmación había de hacerse *con cautela por el momento*. Con todo, expondría que *resultaría incluso anti-natura que tal órgano –la junta de accionistas– fuere excluido de la mencionada electrificación*.

⁸¹ Previamente plasmado en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El impacto de las nuevas tecnologías...*, op. cit., p. 85.

⁸² *Podrá acordarse que las reuniones se celebren de manera presencial o por medios electrónicos si se establece un sistema de información en términos de lo dispuesto en el artículo 89 del Código de Comercio*, que alude a los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional.

funcional. Más al norte en el Continente americano, la *section 219 (a) in fine* de la *General Corporation Law, Delaware Code* (DGCL), alude a la reunión de accionistas mantenida únicamente mediante una comunicación remota.

En España, aun cuando no se encuentra *a priori* obstáculo legal que impida que todos los socios sean asistentes electrónicos, sigue dándonos la impresión de que en la mente del legislador ronda la idea de que solo una parte del accionariado asistente lo hace utilizando las TICs⁸³. Aunque el razonamiento no debiera divergir dependiendo del número (uno, varios o todos) de los socios que sean asistentes telemáticos, el hecho de que todos los socios asistan en remoto pudiera verse dificultado por las limitaciones legales antes descritas para la asistencia telemática en el caso de las sociedades anónimas⁸⁴.

Porque la transparencia, la eficiencia, la protección y la reactivación de los derechos de los socios justifican una constante y renovada atención del legislador por las nuevas tecnologías en el ámbito organizativo, convendría admitir expresamente por ley, tanto para anónimas como para limitadas, sin necesidad de previsión estatutaria⁸⁵, el sitio *web* como *lugar*⁸⁶ elegido y determinado para la celebración de la junta. El sitio *web* como *lugar virtual* de celebración de la Junta General quizás pudiera establecerse en la LSC de manera alternativa (mediante o) al domicilio social como lugar para la reunión, cuando la sociedad no cotizada tuviera una página *web*; que en el caso de las denominadas *ciberempresas*⁸⁷ –a quienes desde aquí dirigimos una especial mirada y atención– siempre la tendrán. También quizás, en vez de la previsión alternativa (sitio *web* o domicilio social), podría pensarse en incluir la referencia a la *web* de manera aislada; al modo en que la página *web* está prevista de forma expresa y como primer medio para el anuncio de la convocatoria de la Junta

⁸³ Vid. GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El impacto de las nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, p. 84.

⁸⁴ Vid. CARLINO, B. P., *Firma digital y Derecho societario electrónico*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, diciembre 1998, p. 192.

⁸⁵ Recordemos que, a juicio de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La junta universal a la que algún socio asiste...*, los medios telemáticos para la junta deberían admitirse *con independencia de lo que digan los estatutos*.

⁸⁶ De la misma opinión fue VAÑÓ VAÑÓ, M. J., *Información y gobierno electrónico...*, *op. cit.*, p. 108.

⁸⁷ En la denominación empleada en la página 15 del *Plan de acción sobre emprendimiento 2020: Relanzar el espíritu emprendedor en Europa*, incluido en la Comunicación de la Comisión europea al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo (COM (2012) 795 final, 9 enero 2013).

General en el artículo 173 LSC, salvo cláusula estatutaria contraria que pudiera contemplar el domicilio de la sociedad o cualquier otro lugar para la reunión.

Somos conscientes, no obstante, de que la previsión alternativa y, más aún, la previsión aislada convendría restringirla a las sociedades (anónimas o limitadas) no cotizadas, en tanto que para las que negocian sus valores en Bolsa seguiría estando justificada la reunión presencial (con posibilidad de asistencia a distancia) por el elevado número de socios (cientos, incluso, miles), a efectos de una óptima organización de la reunión. En efecto, aquellas previsiones legales que proponemos resultarían de utilidad más para las pequeñas sociedades de pocos socios que para las grandes sociedades de muchos socios. En las grandes sociedades anónimas (más aún en las cotizadas) la reunión física está consolidada y está técnicamente justificada a efectos organizativos⁸⁸; siempre que siga existiendo la posibilidad legal de un ejercicio telemático de los derechos de información, asistencia, representación, delegación y voto, y dejen de existir las restricciones legales de merma y retraso que para la asistencia telemática en ellas subsisten.

Para unas u otras sociedades, anónimas o limitadas, no cotizadas, con el expreso reconocimiento legal de la Junta General Electrónica se estaría reconociendo un auténtico modelo virtual para la conformación de la voluntad social a través del órgano colegiado soberano. Este modelo puramente virtual se distinguiría de otros modelos pretendidamente virtuales⁸⁹. Entre los que pretenden y no consiguen ser virtuales, se hallarían aquellos en los que las TIC se emplean tan solo para retransmitir, con meros efectos informativos, una reunión física, en la que quienes visualizan y escuchan en tiempo real la retransmisión no pueden participar telemáticamente porque ni siquiera son considerados como asistentes telemáticos⁹⁰. Entre los virtuales, pero no plenos, estaría

⁸⁸ Concordamos con RECALDE CASTELLS, A. J., *Incidencia de las tecnologías...*, *op. cit.*, p. 29, cuando comentara que la junta virtual *no es viable técnicamente para las sociedades cotizadas con miles de socios*.

⁸⁹ En la expresión empleada en nota a pie de página nº 66 en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El impacto de las nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, p. 79.

⁹⁰ El 30 de enero de 1971, Telefónica, entonces CTNE, celebró una Junta General en Madrid que fue retransmitida por televisión en directo a través de un circuito cerrado en Barcelona y Bilbao. Esa retransmisión cumplía una función meramente informativa, en tanto los destinatarios no podían participar y no eran considerados como asistentes. Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Reflexiones en torno a la retransmisión por televisión de la J.G. de la S.A. (A propósito de la JG de la CNTE de enero de 1971)*, *Revista de Derecho Mercantil*, julio-

aquel otro supuesto (regulado en la LSC) en el que sí hay unos (pocos o muchos) asistentes telemáticos que pueden ejercitar sus derechos de información y de voto, pero en el que no todos los socios asisten telemáticamente. El modelo virtual pleno o propio es aquel en el que no hay asistentes físicos sino solo telemáticos, en el que no hay una sesión presencial sino una sesión virtual. En la sesión virtual ha de garantizarse la simultaneidad en el tiempo (con una fecha y hora previamente establecida conforme a un uso horario predeterminado) y en el lugar (el lugar virtual, aunque el acceso a él se haga desde muy distintos e, incluso, lejanos lugares geográficos)⁹¹. Así no se rompería, así se mantendría, el tradicional y básico principio de unicidad de tiempo y lugar característico de la Junta General⁹². En el modelo virtual propiamente dicho, con asistencia a distancia de todos los socios, bajo el empleo de tecnologías instantáneas, sincrónicas e interactivas, no habría espacio para mermas ni retrasos. No habría necesidad de anticipar las propuestas o las instrucciones ni de posponer las respuestas a las cuestiones (salvo que se requirieran averiguaciones adicionales para unas correctas contestaciones).

Cuando el paralizado Anteproyecto de Ley de Código Mercantil reguló la *celebración de la Junta General por Medios Telemáticos* –en el antedicho artículo 233-41, en el apartado primero– lo hizo de manera extensa y diversa a través de la correspondiente disposición estatutaria que para la sociedad anónima podría contemplar la asistencia y participación de los accionistas a la junta por medios electrónicos bien *mediante la transmisión de la reunión o la comunicación bidireccional que permita a los accionistas dirigirse a la junta desde un lugar distinto, ambas en tiempo real, bien mediante un procedimiento para emitir directamente el voto, antes o durante la junta, bien, por último, mediante otra forma habilitada al efecto*. Fuese de una u otra manera, debía ser con garantía (para la protección) de la verificación de la identidad de los socios y la seguridad de las comunicaciones electrónicas. Por estar redactada en forma amplia, esta previsión legal hubiera podido albergar (de haberse aprobado

septiembre 1971, nº 121, pp. 351-377. El 4 de febrero de 2000, Telefónica S.A. celebró una junta de accionistas en dos carpas interconectadas mediante videoconferencia. Los asistentes pudieron escuchar las deliberaciones en tiempo real, intervenir, ejercer su derecho de información y de voto; conforme citábamos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *La inquebrantabilidad del principio de unicidad...*, *op. cit.*, p. 77 y, en específico, nota a pie nº 44.

⁹¹ *Ibidem*, p. 84.

⁹² *Ibidem*, pp. 63-86.

el proyectado Código mercantil) tanto el modelo virtual no pleno como el pleno o propio a los que hemos hecho referencia.

d. Las tecnologías en los derechos de información, representación, delegación y voto

Avanzando aún más, en lo tocante ahora a la información previa a la reunión en junta virtual, opinamos que podría resultar de provecho extender desde las sociedades cotizadas hasta las sociedades no cotizadas con web corporativa el instrumento especial de información denominado *foro electrónico de accionistas* que exige el artículo 539.2 LSC. De momento, solo exigido para las sociedades cuyas acciones se encuentran negociando en un mercado secundario de valores, el foro electrónico de accionistas se desarrolla en la web como una plataforma electrónica a la que los accionistas (individuales y las asociaciones voluntarias de accionistas⁹³) pueden acceder para entablar comunicación con carácter previo a la celebración de la junta. Aun sin el carácter de un *chat* ni de un debate virtual, los accionistas pueden comunicarse entre ellos (no con la sociedad) accediendo al foro electrónico para leer o escribir desde el día de la convocatoria hasta el día de la celebración de la Junta General, ambos días inclusive. Conforme a la redacción que al antedicho precepto otorgó la Ley 25/2011, de 1 de agosto⁹⁴ –de incorporación de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas⁹⁵ (reformada por la Directiva UE 2017/828)⁹⁶– en el foro electrónico solo pueden publicarse propuestas que vayan a presentarse como complemento del orden

⁹³ Asociaciones voluntarias de accionistas que estén válidamente constituidas y registradas en el registro especial de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), de acuerdo al artículo 539.2 LSC.

⁹⁴ BOE nº 184, 2 agosto 2011, pp. 87462-87477.

⁹⁵ DO L 184, 14 julio 2007, pp. 17-24. Un *alcance limitado* tuvo esta Directiva de 2007, incorporada en el Derecho societario español por la Ley 25/2011, en expresión del profesor QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La nueva Directiva de 2017 sobre implicación de los accionistas*, en FERNÁNDEZ TORRES, I. (et al.) (coords.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Iustel, Madrid, 2018, p. 714.

⁹⁶ DO L 132, 20 mayo 2017, pp. 1-25. Sobre esta amplia reforma de la Directiva, léase: *Ibidem*, pp. 713-730; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., *Notas sobre el concepto de inversor institucional...*, *op. cit.*, pp. 1263-1282. Sobre el particular, de la autora de esta investigación también puede leer el lector interesado: GARCÍA MANDALONIZ, M., *Hacia un gobierno corporativo sostenible con la implicación efectiva y sostenible de los accionistas para la mejora del rendimiento financiero y no financiero y con la divulgación de la información no financiera y la diversidad*, *Revista de Derecho de Sociedades*, 2018, nº 54 (en prensa).

del día de la convocatoria⁹⁷ y solicitudes de adhesión a esas propuestas, así como iniciativas para ejercer un derecho de minoría, u ofertas o peticiones de representación voluntaria. Con estos exclusivos fines, el acceso para la comunicación se hace con un usuario y una contraseña, previo registro e identificación como usuario registrado en el sistema mediante la cumplimentación de alta en el foro⁹⁸ y condicionado al mantenimiento de la condición de accionista de la compañía⁹⁹.

Aparte de aludir a la conveniencia de instaurar un foro electrónico para el ejercicio del derecho de información y comunicación previos a la Junta General también en las sociedades no cotizadas con web corporativa, hay que advertir¹⁰⁰, acto seguido, que si todos los asistentes lo fueran a distancia (por ser una junta electrónica propiamente dicha) podrían llegar a desvanecerse las funciones inherentes a otros derechos, en concreto, al de representación y delegación del voto¹⁰¹ (cuando se trate de acciones o de participaciones sociales con voto). Es cierto que no se llegarían a desfigurar por completo ninguno de estos derechos¹⁰², pero también lo es que decaería parte de su utilidad práctica en un entorno completamente electrónico; salvo para el supuesto del socio que no quisiera o pudiera asistir telemáticamente, como fuera advertido por la doctrina¹⁰³.

Aun decayendo parte de su utilidad, como no llegan a desfigurarse ni la representación ni la delegación del voto sino a facilitarse, ha de mencionarse, a continuación, que las formas previstas para la representación voluntaria en la sociedad anónima son por escrito o por medios de comunicación a distancia (por correspondencia postal o sistema de mensajería análogo, por correspondencia electrónica o por cualquier otro medio que garantice debidamente la identidad del socio), a elección de los

⁹⁷ Para solicitar que se publique un complemento al orden del día previsto en la convocatoria de la Junta General (con uno o varios puntos más), los artículos 172 y 519 LSC requieren la titularidad de un 5% del capital social y ejercitar este derecho en los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria.

⁹⁸ Por ejemplo, según el artículo 5.2 del Reglamento del foro electrónico de accionistas de la compañía *FERSA ENERGÍAS RENOVABLES, S.A.*

⁹⁹ Artículo 5.4 del Reglamento del foro electrónico de accionistas citado en la nota a pie previa.

¹⁰⁰ Como advirtiéramos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El impacto de las nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁰¹ *Ídem.*

¹⁰² *Ídem.*

¹⁰³ También de poca utilidad se estimó en: ILLESCAS ORTIZ, R., *El ejercicio electrónico...*, *op. cit.*, pp. 813-814.

estatutos y de acuerdo con el artículo 184.2 LSC, en concordancia con el 522.3 para la anónima cotizada; trasuntos de la reforma que en el TRLSA introdujo la Ley 26/2003 de transparencia¹⁰⁴. En un artículo antes al primero referido, para la representación voluntaria en las sociedades limitadas, se obvian, sin embargo, los medios de comunicación a distancia por exigirse la representación *por escrito* y, de no constar en documento público, la representación *especial para cada junta*. La interpretación que de este artículo 183.2 LSC asume la DGRN en su citada Resolución de 19 de diciembre de 2012 no es literal¹⁰⁵. Interpreta la expresión *por escrito* de manera amplia, incluyendo los medios telemáticos y audiovisuales; en el sentido del principio de equivalencia funcional del artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica¹⁰⁶ y de los artículos 23 a 29 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico¹⁰⁷; que tomaron como base las Leyes modelos de CNUDMI sobre firma electrónica de 5 de julio de 2001 y sobre comercio electrónico de 16 de diciembre de 1996, respectivamente.

En las sociedades anónimas las formas para la delegación del derecho de voto son iguales a las formas para el ejercicio del derecho de voto. En el texto del artículo 189.2 LSC, el voto podrá ejercitarse (o delegarse) por el accionista por *correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto*. La debida garantía de la identidad del socio que ejercita el derecho al voto es el condicionante de este artículo 189.2, para las anónimas no cotizadas, como lo es del 522 para las anónimas cotizadas. No obstante, se ha venido admitiendo por la DGRN (en Resoluciones de 25¹⁰⁸ y 26¹⁰⁹ de abril de 2017) el voto electrónico sin legitimación de firma ni firma electrónica, en tanto la ley exige *que se garantice la identidad del sujeto que vota, sin predeterminedar la forma en que se consiga*.¹¹⁰

Dudas nos pudieran surgir en torno a la no exigencia de la firma electrónica para la delegación y el ejercicio del voto si pretenden evitarse los riesgos de robo de la identidad. Los peligros

¹⁰⁴ BOE nº 171, 18 julio 2003, pp. 28046-28052.

¹⁰⁵ Vid. VILLAVICENCIO, C., *Asistencia a junta y voto...*, *op. cit.*

¹⁰⁶ BOE nº 304, 20 diciembre 2003, pp. 45329-45343.

¹⁰⁷ BOE, nº 166, 12 de julio de 2002, pp. 25388-25403.

¹⁰⁸ BOE nº 116, 16 mayo 2017, pp. 40243-40247.

¹⁰⁹ BOE nº 116, 16 mayo 2017, pp. 40275-40278.

¹¹⁰ En el Fundamento Jurídico 3º de la Resolución de la DGRN de 25 de abril de 2017.

de suplantación de la identidad pulularán en tanto no se exija la firma electrónica para la identificación en los casos de asistencia, delegación y voto por medios electrónicos. Un legislador atento a las tecnologías ha de estar atento a las amenazas de las tecnologías. Resulta necesario implantar algún método de autenticación electrónica para la confirmación de la identidad. En orden a evitar riesgos, en especial, de fraude o de suplantación de la identidad habría que exigir mecanismos preventivos que condujeran a la identificación de la titularidad real mediante el uso de la firma electrónica avanzada o certificado electrónico reconocido o cualificado de acuerdo con los requisitos que exige la normativa de firma electrónica. No obstante, los riesgos también están ínsitos en la firma electrónica, incluso, en su modalidad más segura como firma cualificada. Tales riesgos podrían ser superados mediante sistemas de control de la identidad de carácter biométricos, aunque tales sistemas de identificación biométrica hasta la fecha no sean ni fáciles ni baratos de implantar ni de generalizar¹¹¹. Pero, aun con estos métodos biométricos seguiría habiendo resquicios para el fraude y la suplantación. Riesgos y amenazas siempre habrá, pero no pueden suponer un freno a la implantación y extensión de las nuevas tecnologías en el terreno societario.

Una vez garantizada cierta confianza y seguridad con sistemas de identidad digital, hay que avanzar en la facilitación y garantía del ejercicio del derecho de voto electrónico. Para ello, el artículo 3 quáter de la nueva Directiva europea 2017/828 –que ha reformulado la Directiva 2007/36/CE para fomentar la implicación a largo plazo de los accionistas (aún pendiente de transponer esta reforma en el ordenamiento español)– concede el derecho al accionista de obtener confirmación electrónica de la recepción del voto y, tras la celebración de la junta, del registro y de la contabilización válida de su voto¹¹².

Por otra parte y por último, en sede de voto electrónico cabría plantear si resulta admisible el voto electrónico anticipado. Su admisión está fuera de controversias en lo que a las sociedades anónimas cotizadas se refiere, por preverlo la letra c) del apartado segundo del artículo 521 LSC sobre la participación a distancia cuando alude a *un mecanismo para ejercer el voto antes o durante*

¹¹¹ Vid. LUCINI MATEO, A., *El documento público notarial en la perspectiva de la digitalización del Derecho societario europeo, El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero 2018, nº 77, p. 146; donde se reproduce su conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid el 11 de enero de 2018.

¹¹² Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La nueva Directiva de 2017...*, op. cit., pp. 721-722.

la Junta General. Las dudas han aparecido para las sociedades de responsabilidad limitada y se han resuelto por la DGRN en una reciente Resolución de 8 de enero de 2018¹¹³. En ella se interpreta que es admisible el voto electrónico anticipado si queda previsto en los estatutos sociales. En efecto, en esta Resolución (como en las anteriores de 19 de diciembre de 2012 y de 26 de abril de 2017), la DGRN no entiende que el voto anticipado ni el voto a distancia hayan de prohibirse para el tipo social de la sociedad limitada, aun cuando solo para el de la anónima se prevea en la ley con base en la autonomía de la voluntad.

En conjunción, el ejercicio por vía electrónica de los derechos de información (instrumental a los de asistencia y voto), asistencia (también por representación) y voto durante una Junta General también electrónica se ve facilitado y, a su vez, facilita velocidad y accesibilidad. Facilita, asimismo, la interacción de los socios (o sus representantes) sin desplazamientos en esta era de la conexión digital. Sin costes de desplazamientos para los socios y sin costes de acondicionamiento (limpieza y mantenimiento) del local de reunión para la sociedad hay economicidad. En suma, se aúnan la velocidad y la accesibilidad con la interactividad y la economicidad para la transparencia, la protección y la reactivación de los derechos del socio. Plasmándose en estas esferas la eficiencia inherente a la tecnología, quedaría justificada una renovada atención del legislador español hacia la innovación en este contexto intra-societario.

2. Más allá de la Junta General Electrónica: ¿Sin Junta General?

Por idénticas razones, además de caminar hacia la expresa admisión legal de la Junta General Electrónica sin necesidad de la previsión estatutaria de la *web* como *lugar* de reunión, convendría avanzar hacia la admisión también expresa de la *no sesión*, en una extensión de su campo de actuación desde las sociedades personalistas y, en particular, de las agrupaciones de interés económico hasta las sociedades cerradas de capitales. Para estas últimas convendría habilitar normativa e indubitadamente no solo la sesión virtual sino también la no sesión, con la adopción de acuerdos por medios escritos, por medios electrónicos.

Como al comienzo de esta investigación hubo ocasión de adelantar y ahora de destacar, por escrito es como se plasman muchas veces en las *praxis* las *no sesiones* de las juntas generales de las sociedades de responsabilidad limitada españolas cuando es

¹¹³ BOE nº 23, 26 enero 2018, pp. 10119-10127.

reducido su número de socios o son compañías de corte familiar. En efecto, extendida está la práctica de no celebrar una reunión en las pequeñas y cerradas sociedades limitadas y de formalizar por escrito los acuerdos (por ejemplo, de modificación de los estatutos) cuando han de inscribirse en el Registro Mercantil¹¹⁴. La previa convocatoria formal, en los términos antes descritos, y la reunión en el municipio del domicilio social, salvo disposición en contra de los estatutos o salvo junta universal, es *desproporcionada para sociedades de pocos socios donde sería útil dar libertad a los socios para tomar las decisiones sociales sin necesidad de convocarlos y de reunirse formalmente*, en opinión (aquí compartida) del profesor ALFARO¹¹⁵. Para él (también para nosotros) *el carácter necesario de la junta como reunión formal para la válida adopción de acuerdos ha de revisarse*. La revisión ahorraría costes y tiempos en el proceso de adopción de los acuerdos sociales¹¹⁶. No obstante, hasta que se revise y acepte por el legislador una junta (incluso, universal) sin reunión no estaremos, si no hay sesión, ante una junta propiamente dicha sino ante una junta aparente o ficticia¹¹⁷ en la que se estaría *incurriendo muy presumiblemente en falsedad* en la formalización del *acta de una reunión que nunca existió*, como bien advirtiera el profesor Rodríguez Artigas¹¹⁸.

Sin sesión y por escrito pueden desarrollarse y plasmarse en las sociedades capitalistas de sistemas jurídicos comparados proclives a su admisión¹¹⁹. Así, por ejemplo, el artículo 178.2 de la Ley general de sociedades mercantiles de México accede a que los estatutos sociales puedan prever acuerdos adoptados fuera de la asamblea general con idéntica fuerza y validez, *para todos los*

¹¹⁴ Ampliamente sobre esta práctica societaria, argumentaría ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *El carácter necesario de la junta...*, op. cit.: *Sólo cuando alguno de los acuerdos ha de inscribirse en el Registro Mercantil, el control –indebido a mi juicio– por parte del Registro de la regularidad de la adopción de acuerdos lleva a los socios a formalizar el acuerdo adoptado sin sesión en un documento que, al modo de acta de decisiones del socio único es poco más que un acta de las decisiones adoptadas por todos los socios, eso sí, obligando a los particulares a mentir porque han de expresar que se reunieron efectivamente en un día y en un lugar concreto cuando lo habitual es que el administrador redacte el acta y recoja las firmas de los socios sin que se haya celebrado reunión alguna.*

¹¹⁵ *Ídem.*

¹¹⁶ *Ídem.*

¹¹⁷ En calificativos de LARGO GIL, R., *La junta universal sin sesión...*, op. cit., p. 508.

¹¹⁸ Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *La Junta General en la encrucijada...*, op. cit., p. 23.

¹¹⁹ Como bien recordara ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *El carácter necesario de la junta...*, op. cit.: *La tendencia en el Derecho comparado es la de no imponer obligación alguna de celebrar materialmente juntas generales para la adopción de decisiones por los socios dejando libertad a los estatutos para fijar el método con arreglo al cual deben tomarse aquéllas.*

efectos legales, que la sesión en asamblea general o especial, siempre que se confirmen por escrito. Por su parte, la Ley general de sociedades argentina n° 19.550¹²⁰ dispone que no es necesaria la reunión física como tampoco la deliberación de los socios en las sociedades de responsabilidad limitada; disponiendo el contrato societario la forma de deliberación y toma de acuerdos sociales. Por poner algún ejemplo más, pero al otro lado del Atlántico, para la *Società a Responsabilità Limitata* italiana el artículo 2479 del *Codice Civile* prevé la adopción por escrito de los acuerdos de los socios en los siguientes términos: *L'atto costitutivo può prevedere che le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto*. Mientras, en Francia, otorgando primacía al principio jurídico-privado de libre configuración negocial bajo el respeto de un mínimo imperativo, en la sociedad por acciones simplificada (SAS)¹²¹ las partes pueden determinar en los estatutos sociales cuáles van a ser las decisiones que van a adoptarse colectivamente por los socios bajo las formas y las condiciones que ellos prevean¹²²; salvo para determinadas materias que han de ser necesariamente de decisión colectiva: aquellas especificadas en el segundo párrafo del artículo L 227-9 *Code de Commerce*, esto es, la modificación (por ampliación o reducción) del capital social, la fusión, la escisión, la disolución o la transformación de la sociedad. La flexibilidad y simplicidad fue también la dirección que tomó la propuesta de Reglamento del Consejo, de 25 de junio de 2008, sobre el estatuto de la sociedad privada europea¹²³ hasta su retirada en octubre de 2013. Antes de retirarse, el artículo 27.3 de esta propuesta europea facultaba a acordar sin necesidad de celebrar Junta General mediante cualquier método elegido por los socios en los estatutos sociales¹²⁴.

¹²⁰ Texto ordenado por el Anexo del Decreto 841/84, Boletín Oficial del Estado argentino de 30 de marzo de 1984.

¹²¹ La gran libertad con la que el legislador francés dio regulación a la sociedad por acciones simplificada fue puesta de relieve, en varias ocasiones, por: COURET, A., *La société par actions simplifiée comme forme alternative entre la société anonyme et la société à responsabilité limitée*, en ALONSO UREBA, A. (et al.), *Las pequeñas y medianas empresas y la reforma del Derecho de Sociedades en la Unión Europea*, Ministerio de Economía, Madrid, 4 y 5 febrero 2004, 11 pp.

¹²² Según el primer párrafo del artículo L 227-9 *Code de commerce*: *Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient*.

¹²³ COM (2008) 396 final (2008/0130 [CNS]). SEC (2008) 2098; SEC (2008) 2099.

¹²⁴ Artículo 27.3: *A efectos de la adopción de las resoluciones no será necesario convocar una Junta General*. Una referencia a este precepto hay en: LARGO GIL, R., *La junta universal sin sesión...*, op. cit., p. 502, en especial, en la nota a pie de página n° 6.

Pero, en el Derecho español de sociedades de capitales en vigor se entiende la Junta General como un órgano social necesario¹²⁵ (aunque no permanente ni omnímodo), no se admite el funcionamiento de la sociedad en régimen asambleario¹²⁶ y no se expresa la posibilidad (aunque esté extendida en la práctica de las pequeñas sociedades cerradas) de acordar sin sesión y por escrito. En nuestro intento por seguir proponiendo idearíamos la revisión de esta restrictiva normativa hasta la admisión indubitada de la adopción de acuerdos fuera de la reunión en junta, en tanto la junta en las pequeñas sociedades de capital de base personalista es un *órgano superfluo*¹²⁷ o, al menos, está en la *encrucijada*.¹²⁸

Sea con sesión virtual, sea sin sesión, un nuevo marco jurídico-societario español debiera sustentarse en el trípode de la flexibilización, la simplificación y la innovación para la organización societaria con el ánimo de responder a las particularidades y a los requerimientos (no exclusivamente, pero sí especialmente) de las pequeñas sociedades cerradas, más aún de aquellas que habitan o se proponen habitar en el espacio ágil y global creado y movido en la era tecnológica. La macro-tendencia de la digitalización conduce derechamente hacia el camino de la electrificación de la Junta General e indirectamente hacia un camino sin junta (sin sesión ni física ni electrónica).

La virtualización de la junta no es un fin en sí mismo sino un medio. Se trata de un medio para la implicación efectiva de los socios en la sociedad, para una deseada reactivación del socio y una necesaria revitalización de la junta¹²⁹ (cuando los socios decidieran –si estuviera permitido legalmente– reunirse en junta, en vez de adoptar y formalizar sus acuerdos sin sesión y por escrito). Por su potencialidad para incrementar la implicación de los socios en la Junta General, en particular, de las sociedades anónimas con un accionariado disperso o, en otras palabras, para fomentar el

¹²⁵ Artículo 159 LSC.

¹²⁶ Como expresamente comentaran BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual ...*, op. cit., p. 461.

¹²⁷ Según señalara FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, *Revista General de Derecho*, nº 596, 1994, pp. 5431-5436.

¹²⁸ En calificativo de RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *La Junta General en la encrucijada ...*, p. 23; también citado en: LARGO GIL, R., *La junta universal sin sesión ...*, op. cit., p. 502.

¹²⁹ Vid. ALONSO LEDESMA, C., *El papel de la Junta General en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, en AAVV, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 628 y ss. Asimismo, sobre el papel de las TICs en la revitalización de la junta: RECALDE CASTELLS, A. J., *Incidencia de las tecnologías ...*, op. cit., pp. 10 y ss.

denominado *activismo accionarial*,¹³⁰ hemos venido apostando en el pasado¹³¹ y seguimos apostando en el presente por la celebración de una Junta General puramente electrónica, sin presencias físicas, con presencias telemáticas; aun siendo conscientes de que no solo (y quizás ni siquiera) con la electrificación puede conseguirse la implicación.

Siendo el pasado y el presente contrastables, el futuro es impredecible. El punto final de esta investigación es el más inseguro por estar lleno de incógnitas: ¿apostará el legislador español por la admisión expresa de la plena virtualización de la Junta General? y ¿reactivará la Junta General Electrónica el activismo societario?¹³² La función del jurista no es la predicción. Pero, resulta fácil predecir que la digitalización seguirá trastocando el modo, el tiempo y el espacio del emprendimiento de unos *ciberemprendedores* para quienes su único espacio es la Red¹³³. Ante ello, el legislador español no puede desatender la necesidad de reconocer de modo expreso la digitalización por completo del proceso de reunión, amén de la no reunión.

La expresa admisión legal de la electrificación de la junta contribuiría y profundizaría en el avance de lo que, desde finales de la década de los años noventa, viene calificándose por la doctrina como el *Derecho societario electrónico*¹³⁴ o el *Derecho electrónico de sociedades*. Dos décadas más tarde bien podría hablarse de un *Derecho de sociedades 4.0* o de un *Derecho de sociedades para la Industria 4.0*. Con independencia de la conveniencia (o no) de nuevos calificativos, debe insistirse en que avanzada la segunda mitad de la segunda década del segundo milenio no puede desatenderse ni retardarse el desafío legislativo de adoptar un enfoque innovador en el terreno jurídico-privado societario para

¹³⁰ Vid. RECALDE CASTELLS, A. J., *Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de buen gobierno*, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, 2003, nº 7, p. 69.

¹³¹ Vid. GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *La inquebrantabilidad del principio de unicidad...*, *op. cit.*, pp. 63-86; GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El impacto de las nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, p. 76.

¹³² MUÑOZ PAREDES, J. M., *Asistencia y delegación...*, *op. cit.*, p. 188, no consideró que las técnicas electrónicas *por sí solas vayan a lograr esa pretendida reactivación de las juntas*.

¹³³ La Red es un *espacio sin lugares y sin demoras*, en la gráfica expresión de: RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, A., *Los alefitas: la vida en digital. Los lugares ya no serán lo mismo en este mundo dual*, *El País Retina* (13 octubre 2017).

¹³⁴ A finales de la década de los años noventa el profesor argentino CARLINO, B. P. empleaba esta expresión en el título y en la segunda parte de esta monografía: *Firma digital...*, *op. cit.*, 223 pp.

alcanzar las aspiraciones que depara el constante adelanto tecnológico.

II] El Derecho Mercantil societario y las tecnologías de contabilidad distribuida

Ese imparable adelanto tecnológico ¿podría deparar el uso de las cadenas de bloques o, en su más conocido término en idioma inglés, *blockchain*¹³⁵ en el ámbito societario interno para, por ejemplo, facilitar la comunicación electrónica entre el socio y la sociedad o para configurar el sistema de voto electrónico? Bien que aparecida la *distributed ledger technology* (DLT) para el *Bitcoin*, la expansión de su aplicación a terrenos distintos a esta criptomoneda o a otras como *Ethereum* no ha parado de crecer en los últimos años a un ritmo acelerado. Sin un registro centralizado, la potencialidad de esta tecnología se antoja inmensa¹³⁶ por su capacidad de extenderse y modularse a ámbitos muy dispares del original de la banca descentralizada. Un método electrónico de registro de transacciones y de datos caracterizado originariamente por la ausencia de centralización, como es esta tecnología *blockchain*, resulta aplicable a contornos externos al campo financiero en el que surgió. *Blockchain* no es solo una cuestión técnica sino también jurídica y en las anchuras del terreno jurídico podría adentrarse en el campo organizativo de las sociedades mercantiles¹³⁷. Un registro descentralizado con múltiples ordenadores conectados al sistema distribuido garantiza la validación del registro. Los datos están descentralizados, pero no duplicados¹³⁸. En la base de datos se puede añadir, pero ni modificar ni borrar. No se maneja, no se falsifica, no se altera, no se manipula¹³⁹. La descentralización aumenta, en consecuencia, la

¹³⁵ Como indicáramos, a otros efectos (los del registro de empresas), en: GARCÍA MANDALONIZ, M., *Hacia un sistema único de constitución de sociedades mercantiles electrónico y eficiente*, en MADRID PARRA, A. (dir.), *Derecho mercantil y tecnología*, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 871 y siguientes.

¹³⁶ GARCÍA, E., *Blockchain. ¿De verdad es importante?*, *Clifford Chance Advisor*, 2017, nº 7, p. 9, reconoce su valor presente y su tremendo potencial futuro.

¹³⁷ Así lo manifestábamos en: GARCÍA MANDALONIZ, M., *Hacia un sistema único de constitución de sociedades...*, *op. cit.*, p. 871.

¹³⁸ Vid. KORJUS, K., *Welcome to the blockchain nation. The World's most advanced digital nation is helping entrepreneurs unleash the potential of blockchain technology*, *e-Residency blog*, 7 July 2017.

¹³⁹ GARAYAR, E., *Blockchain: ¿la revolución digital llega al Derecho?*, *Blog de Emiliano Garayar*, 7 marzo 2016, apuntó la cualidad de la *blockchain* de registrar transacciones irreplicables y de

seguridad material¹⁴⁰. Se garantiza la privacidad y la seguridad por criptografía asimétrica de los datos almacenados en bloques con un sistema de clave pública, con autenticación de doble factor mediante una clave pública del receptor y una clave privada del emisor¹⁴¹. La criptografía asimétrica permite, de un lado, la confidencialidad en la comunicación y, de otro, la seguridad de la información mediante autenticación. Confidencialidad y seguridad para la confianza. Para fomentar la confianza con la desintermediación, el Parlamento Europeo ha dictado en fechas recientes la Resolución de 3 de octubre de 2018 sobre las tecnologías de registros distribuidos y las cadenas de bloques¹⁴². Con este respaldo europeo y por los citados caracteres y convenientes, planteamos si el ámbito organizativo de las sociedades mercantiles de capitales irá abrazando esta tecnología descentralizada y distribuida.

Una experiencia piloto de uso de la tecnología *blockchain* para votar en una junta de accionistas¹⁴³ ha tenido lugar por primera vez en España el 23 de marzo de 2018¹⁴⁴. Sus resultados iniciales han sido una mejora de la transparencia del voto por delegación de los inversores institucionales y una mayor eficacia operativa. En suma, transparencia, eficacia, seguridad y rapidez en la contabilidad y la confirmación de los votos. Ante esta experiencia práctica, cabría plantear si convendría incluir alguna referencia expresa en la regulación societaria para la configuración en las sociedades mercantiles de capitales de esta nueva tecnología desintermediada.

Con efectividad a partir del 1 de agosto de 2017, una normativa que posibilita y favorece el empleo de *blockchain* en el Derecho societario hay en el Estado norteamericano de Delaware.

impossible manipulación, alteración o falsificación. También después indicaría IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *Blockchain, ¿el nuevo notario?*, *Repositorio Comillas*, 2017, p. 2; accesible desde:

https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/14564/Blockchain_el_nuevo_notario.pdf?sequence=1 (última consulta: 30 noviembre 2018), que el *tracto registral [es] virtualmente eterno, inamovible y seguro; ese tracto no es, como el registral clásico, manejable, falsificable, alterable o manipulable.*

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 3.

¹⁴¹ Vid. GARCÍA, E., *Blockchain. ¿De verdad...?*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁴² 2017/2772 (RSP).

¹⁴³ En experiencia piloto del Banco Santander junto con la *fintech Broadridge Financial Solutions*.

¹⁴⁴ Según aparecía publicado en la prensa económica española fechada el 17 de mayo de 2018.

Como parte de la *Delaware Blockchain Initiative* (DBI) de 2016¹⁴⁵, la *General Corporation Law, Delaware Code*, fue enmendada, el 21 de julio de 2017¹⁴⁶, en el *Title 8*¹⁴⁷, *Chapter 1, Subchapter VII*¹⁴⁸, *Sections 219*¹⁴⁹ y *224*¹⁵⁰, para aludir a las redes electrónicas distribuidas, allanando su camino en todo el ciclo de vida de la acción¹⁵¹ (tokenizada)¹⁵², esto es, en la emisión, la custodia o el registro, el intercambio o transmisibilidad, la comunicación directa con los inversores¹⁵³ y el ejercicio de los derechos de los socios. El entendimiento que subyace es que esta tecnología de registros distribuidos es idónea para la automatización de la operativa societaria. Así, por ejemplo¹⁵⁴, para el ejercicio del derecho de información, la convocatoria de la Junta General¹⁵⁵, la recepción y gestión de las solicitudes de delegación de voto, la gestión del voto electrónico, la celebración de la sesión en junta, el registro de las intervenciones producidas durante la reunión, la distribución del acta de la reunión o la ejecución de los acuerdos adoptados en la Junta General. Con ello se consigue un incremento de la

¹⁴⁵ La DBI cuenta con tres etapas de implementación, la tercera de las cuales es la referente al registro de acciones en esta tecnología distribuida. La primera se referiría a los *Smart Records* (para la automatización del cumplimiento de la normativa sobre el mantenimiento y destrucción de los documentos de archivo) mientras que la segunda fase aludiría a la *Smart UCC* (o empleo de *blockchain* para la presentación de los trámites y procesos del UCC o *Uniform Commercial Code*, a efectos del aumento de la velocidad o la reducción de errores y fraudes). Vid. TRIANOW, A., *Delaware Blockchain Initiative: transforming the foundational infrastructure of corporate finance*, *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial regulation*, 16 marzo 2017.

¹⁴⁶ En enmienda SB69 firmada por el Gobernador del Estado de Delaware (CARNEY JR, J. C.) el 21 de julio de 2017. Y enmiendas posteriores con código SB182 y SB183.

¹⁴⁷ Rubricado: *Corporations*.

¹⁴⁸ *Meetings, elections, voting and notice*.

¹⁴⁹ *List of stockholders entitled to vote; penalty for refusal to produce; stock ledger*.

¹⁵⁰ *Form of records*.

¹⁵¹ Vid. ACHESON, N., *Equity markets on a blockchain: Delaware's potential impact*, *Coindesk*, 11 julio 2017.

¹⁵² A las acciones tokenizadas se referiría IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *Blockchain ...*, *op. cit.*, p. 172, en nota a pie de página nº 180.

¹⁵³ Vid. SYMBIONT, *What Delaware's historic blockchain law means to you*, *Symbiont.io Blog*, 20 julio 2017.

¹⁵⁴ En el listado de ejemplos plasmados en: IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *Blockchain ...*, *op. cit.*, p. 172.

¹⁵⁵ En la precisión que se incluyera entre los objetivos del seminario que la Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (FIDE) organizó en Madrid el 20 de diciembre de 2017 bajo el título: *La incorporación del blockchain en el Derecho de sociedades de Delaware: implicaciones jurídicas y financieras*.

transparencia del proceso de voto¹⁵⁶, una reducción de los costos de transacción¹⁵⁷, un aumento de la exactitud y seguridad registral y, en general, una mejora de la eficiencia, sobre todo, en las grandes compañías¹⁵⁸. Por estas inmensas capacidades, otras iniciativas o previsión de iniciativas similares existen en otros Estados de los Estados Unidos (como Arizona, Nevada, New Hampshire, Vermont o Wyoming)¹⁵⁹. ¿Se precisaría replicar la iniciativa de regulación de la tecnología de contabilidad distribuida para transformar la organización interna corporativa también en España?¹⁶⁰

III] El Derecho Mercantil Societario replanteado ante las tecnologías

Con o sin *blockchain*, con o sin regulación para *blockchain*, si el legislador español no avanza al compás de los avances tecnológicos se irá consolidando la re-dirección de los emprendedores digitales hacia sistemas jurídicos comparados más flexibles o, tal vez incluso, hacia realidades virtuales paralelas.

Un mundo virtual de creación y operativa empresarial, en el que operar con la criptomoneda *Ethereum* para contratos inteligentes (o *smart contracts*) como la compraventa de acciones, con una jurisdicción distribuida digital y tribunales distribuidos es el planeado por la ARAGON Network¹⁶¹. Sobre la *Ethereum Network* y como un *open source smart contract* se ha construido, por otro lado y por ejemplo, el protocolo de COLONY¹⁶², como plataforma para la creación de DAO (o *decentralized autonomous*

¹⁵⁶ Vid. SYMBIONT, *What Delaware's...*, *op. cit.*

¹⁵⁷ Vid. ACHESON, N., *Equity markets on a blockchain...*, *op. cit.*

¹⁵⁸ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *Blockchain...*, *op. cit.*, p. 171, matizaría que esta tecnología es apta especialmente para las que operan en mercados muy amplios y cuya organización reviste cierto grado de complejidad, particularmente si se trata de grandes organizaciones empresariales.

¹⁵⁹ En el listado indicado en: PEÑA, J. R., *Delaware legaliza uso de blockchain para intercambio de acciones y registros contables*, *Criptonoticias*, 21 julio 2017. La iniciativa de *blockchain* en Wyoming data de 2017 y es aludida en: IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *Blockchain...*, *op. cit.*, p.

¹⁶⁰ Esta cuestión fue planteada en la sesión antes citada de FIDE.

¹⁶¹ Vid., *ad ex.*, DUTCHMAN, F., ARAGÓN: *tu empresa en blockchain*, *Btcmarket*, 11 julio 2017; disponible en: <https://btcmarket.es/2017/06/11/aragon-tu-empresa-en-la-blockchain/> (última consulta: 30 noviembre 2018); SIERRA, M.; GONZALO, M., *Blockchain contra la burocracia: Aragon, una startup española, consigue 25M de inversión en 15 minutos*, *Vozpopuli*, 19 mayo 2017; disponible en: http://www.vozpopuli.com/altavoz/tecnologia/espanoles-empresa-consigue-millones-financiacion_0_1027398436.html (última consulta: 30 noviembre 2018).

¹⁶² Accédase a: <https://colony.io> (última consulta: 30 noviembre 2018).

organization). Basadas en códigos fuentes autónomos que son ejecutados en una *blockchain*, las DAO se convierten en organizaciones descentralizadas y autónomas con operativa rauda y sin costes o a bajos costes en los entornos de innovación del *Internet del valor*, sustituto del *Internet de la información*. *El Derecho societario del futuro cambiará radicalmente cuando la automatización de las sociedades a través de [smart contracts] especiales (como las DAO u organizaciones autónomas descentralizadas [...]) se consolide*, pronostica el profesor Ibáñez Jiménez.¹⁶³

Estas cercanas realidades virtuales (*technology-based system*) que van desterrando o, cuando menos, complementando las realidades tradicionales (*paper-based system*) nos han llevado a (re)pensar en el presente trabajo de investigación las bases sobre las que se asienta hasta la fecha el Derecho de las sociedades mercantiles capitalistas en su organización interna y, en especial, en su órgano deliberante y soberano (con soberanía decaída). Como anunciáramos al comienzo de esta investigación y reiteramos ahora en su conclusión, el (re)planteamiento realizado tiene como fin idear un itinerario normativo basado en las TICs para la organización interna de las sociedades mercantiles capaz de ofrecer una óptima respuesta a los emprendedores que, con una forma societaria capitalista con responsabilidad limitada para desenvolver sus actividades empresariales, se mueven con inusitada soltura en el entorno económico variable y acelerado que está provocando la revolución digital o, dicho con mayor propiedad, el tsunami digital¹⁶⁴. La tecnología promueve para la organización societaria un itinerario directo hacia la Junta General Electrónica sin impedimentos legales y uno indirecto hacia un escenario sin sesión y por escrito (en escrito electrónico). Más allá, ¿se alcanzarán nuevas metas en el proceso de digitalización del Derecho de las sociedades mercantiles? Hasta que se alcancen, quedaremos atentos y a la espera.

¹⁶³ En IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *Blockchain ...*, op. cit., p. 173.

¹⁶⁴ Vid. GARCÍA MANDALONIZ, M., *Hacia un sistema único de constitución de sociedades ...*, op. cit., pp. 891-892.

Bibliografía

ACHESON, N., *Equity markets on a blockchain: Delaware's potential impact*, Coindex, 11 julio 2017.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito y sin sesión*, Blog Almacén de Derecho, 26 enero 2018.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La junta universal a la que algún socio asiste por teléfono*, Blog Almacén de Derecho, 6 septiembre 2016.

ALONSO LEDESMA, C., *El papel de la Junta General en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, en AAVV, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 628 y ss.

BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, 25ª ed., Tecnos, Madrid, Vol. I, 2018, p. 459.

BUSANI, A., *Assemblea anche in audio o video. Nello statuto non è necessaria la previsione della partecipazione a distanza*, *Diritto dell'Economia*, 11 octubre 2017, nº 274, p. 33.

CARLINO, B. P., *Firma digital y Derecho societario electrónico*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, diciembre 1998, p. 192.

COURET, A., *La société par actions simplifiée comme forme alternative entre la société anonyme et la société à responsabilité limitée*, en ALONSO UREBA, A. (et al.), *Las pequeñas y medianas empresas y la reforma del Derecho de Sociedades en la Unión Europea*, Ministerio de Economía, Madrid, 4 y 5 febrero 2004, 11 pp.

CRUZ RIVERO, D., *El ejercicio de los derechos de asistencia y voto a la Junta General de la sociedad anónima tras la modificación del art. 97 LSA por la Ley 19/2005*, en MADRID PARRA, A. (dir.), *Derecho patrimonial y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 413-433

DUTCHMAN, F., *ARAGÓN: tu empresa en blockchain*, Btcmarket, 11 julio 2017; disponible en: <https://btcmarket.es/2017/06/11/aragon-tu-empresa-en-la-blockchain/> (última consulta: 30 noviembre 2018);

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, *Revista General de Derecho*, nº 596, 1994, pp. 5431-5436.

GARAYAR, E., *Blockchain: ¿la revolución digital llega al Derecho?*, Blog de Emiliano Garayar, 7 marzo 2016, apuntó la cualidad de la blockchain de registrar transacciones irreplicables y de imposible manipulación, alteración o falsificación.

GARCÍA MANDALONIZ, M., *Hacia un gobierno corporativo sostenible con la implicación efectiva y sostenible de los accionistas para la mejora del rendimiento financiero y no financiero y con la divulgación de la información no financiera y la diversidad*, *Revista de Derecho de Sociedades*, 2018, nº 54.

GARCÍA MANDALONIZ, M., *Hacia un sistema único de constitución de sociedades mercantiles electrónico y eficiente*, en MADRID PARRA, A. (dir.), *Derecho mercantil y tecnología*, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 871 y siguientes.

GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El impacto de las nuevas tecnologías en las sociedades mercantiles*, en ETCHEVERRY, R. A.; ILLESCAS ORTIZ, R. (dirs.), *Comercio electrónico. Estructura operativa y jurídica*, Hammurabi, Buenos Aires, julio 2010, pp. 49-118.

GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *La inquebrantabilidad del principio de unicidad en la Junta General Electrónica*, *Revista de la Contratación Electrónica*, febrero 2005, n° 57, pp. 63-86

GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *La inquebrantabilidad del principio de unicidad en la Junta General Electrónica*, *Foro de Derecho Mercantil. Revista Internacional*, octubre-diciembre 2007, n° 17, pp. 81-103.

GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *Nuevas normas en el imparable proceso de electrificación del Derecho societario*, *Revista de la Contratación Electrónica*, diciembre 2005, n° 66, pp. 53-63

GARCÍA, E., *Blockchain. ¿De verdad es importante?*, *Clifford Chance Advisor*, 2017, n° 7, p. 9, reconoce su valor presente y su tremendo potencial futuro.

HIDALGO PÉREZ, M., *España ha innovado más por desesperación que por vocación*, *El País Retina*, 6 julio 2017.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *El ejercicio telemático de los derechos del accionista en las sociedades cotizadas españolas*, *Revista de Derecho Mercantil*, julio-septiembre 2004, n° 95, año XXIII, pp. 1029-1035.

ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la Contratación electrónica*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2009, 368 pp. También en: MADRID PARRA, A., *Contratación electrónica*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, T. III, 1996, pp. 2913-2957.

ILLESCAS ORTIZ, R., *El ejercicio electrónico de los derechos del socio en la sociedad anónima*, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Marcial Pons, Madrid, T. II, 2007, pp. 803-824.

ILLESCAS ORTIZ, R., *La continuada –y, a veces, desapercibida– electrificación del Derecho de sociedades mercantiles*, *Revista de la Contratación Electrónica*, octubre 2006, n° 75, pp. 25-36

KORJUS, K., *Welcome to the blockchain nation. The World's most advanced digital nation is helping entrepreneurs unleash the potential of blockchain technology*, *e-Residency blog*, 7 July 2017.

LARGO GIL, R., *La junta universal sin sesión*, en FERNÁNDEZ TORRES, I. (et al.) (coords.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, lustel, Madrid, 2018, p. 501.

LUCEÑO OLIVA, J. L., *La celebración de la Junta General por videoconferencia en la SRL: a propósito de la RDGRN de 19 de diciembre de 2012*, *Diario La Ley*, n° 8058, 2013.

LUCINI MATEO, A., *El documento público notarial en la perspectiva de la digitalización del Derecho societario europeo*, *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero 2018, n° 77, p. 146.

MARTÍNEZ, M. T., *El derecho de información del accionista en los supuestos de ampliación del orden del día de asistencia telemática del socio a la Junta General*, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 26, 2006, pp. 39-57

MATEU DE ROS, R.; LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, M. (coords.), *Derecho de Internet. La Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 608.

MEYER, H., *La revolución digital y lo que realmente implica*, *La Vanguardia*, 17 junio 2017 (actualizado a 19 junio 2017).

MUÑOZ PAREDES, J. M., *Asistencia y delegación de voto por medios de comunicación a distancia en las juntas generales de accionistas*, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 102, abril-junio 2006, pp. 187-194.

OTERO LASTRES, J. M., *El requisito de la aceptación unánime en la junta universal de la sociedad anónima*, en *Derecho de sociedades: Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, McGraw-Hill Interamericana España, Madrid, Vol. II, 2002, pp. 1229-1244.

PEÑA, J. R., *Delaware legaliza uso de blockchain para intercambio de acciones y registros contables*, *Criptonoticias*, 21 julio 2017.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La nueva Directiva de 2017 sobre implicación de los accionistas*, en FERNÁNDEZ TORRES, I. (et al.) (coords.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Iustel, Madrid, 2018, p. 714.

RECALDE CASTELLS, A. J., *Incidencia de las tecnologías de la información y comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas cotizadas*, *Indret*, 2007, nº 3, pp. 39 pp. (también publicado en: *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal: Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Marcial Pons, Madrid, Vol. II, 2007, pp. 1059-1088).

RECALDE CASTELLS, A. J., *Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de buen gobierno*, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, 2003, nº 7, p. 69.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *La Junta General en la encrucijada*, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.; et al (coords), *La Junta General de las sociedades de capital (cuestiones actuales)*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2009, pp. 19-35.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *La participación por medios electrónicos en las juntas de la sociedad limitada*, *Revista de Derecho Mercantil*, 2013, nº 289, pp. 75-107.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Notas sobre el concepto de inversor institucional en la Directiva (UE) 2017/828*, en FERNÁNDEZ TORRES, I. (et al.) (coords.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Iustel, Madrid, 2018, p. 1263.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Reflexiones en torno a la retransmisión por televisión de la J.G. de la S.A. (A propósito de la JG de la CNTE de enero de 1971)*, *Revista de Derecho Mercantil*, julio-septiembre 1971, nº 121, pp. 351-377.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, A., *Los alefitas: la vida en digital. Los lugares ya no serán lo mismo en este mundo dual*, *El País Retina* (13 octubre 2017).

ROSALES, F., *Convocatoria de Junta General de socios por e-mail*, *NotarioFranciscoRosales.com*, 8 enero 2015.

SIERRA, M.; GONZALO, M., *Blockchain contra la burocracia: Aragon, una startup española, consigue 25M de inversión en 15 minutos*, *Vozpopuli*, 19 mayo 2017; disponible en: http://www.vozpopuli.com/altavoz/tecnologia/espanoles-empresa-consigue-millones-financiacion_0_1027398436.html (última consulta: 30 noviembre 2018).

SYMBIONT, *What Delaware's historic blockchain law means to you*, *Symbiont.io Blog*, 20 julio 2017.

VAÑÓ VAÑÓ, M. J., *Información y gobierno electrónico en las sociedades cotizadas*, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, julio-septiembre 2004, nº 95, p. 108.

VILLACENCIO, C., *Asistencia a junta y voto por videoconferencia*, *Printfriendly.com*, 13 abril 2018.

DIP Financing: Su regulación en la Ley de Concursos Mercantiles

FRANCISCO JAVIER GARIBAY GÜÉMEZ¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *DIP Financing: Problemática en torno a la regulación actual.* III. *Grado de prelación del Financiamiento DIP.* IV. *De la autorización judicial para contratar Financiamiento DIP.* V. *De la capitalización de pasivos como forma de pago a los Acreedores DIP.* VI. *Ventajas para las instituciones de crédito que otorguen Financiamiento DIP.* VII. *Conclusiones*

Resumen. El propósito de este artículo es analizar, desde el punto de vista jurídico, la viabilidad de los diversos mecanismos de financiación de empresas que se encuentran dentro de un proceso de concurso mercantil, así como las ventajas y desventajas a las que se pueden enfrentar los acreedores al proporcionar esta clase de financiamiento a la luz de la legislación actual.

Palabras clave: Financiamiento *DIP*, capitalización de pasivos, instituciones de crédito.

Abstract. *The purpose of this article consists in the analysis, from the legal perspective, of the viability of diverse finance mechanisms of Companies that are subject to insolvency, as well as the advantages and disadvantages that the creditors might encounter when providing this class of finance in the light of the current legislation.*

Keywords: *DIP Finance, capitalization of liabilities, credit institutions.*

I | Introducción

El acceso a fuentes de financiamiento por parte de las empresas² constituye una herramienta fundamental para que éstas

¹ Maestro en Política y Relaciones Internacionales por la Universidad de Durham, Inglaterra.

² Si bien se reconoce que, en sentido estricto, el concepto *empresa* no es de naturaleza jurídica, sino que se refiere a la negociación mercantil, en su conjunto, cuando en este

puedan optimizar sus operaciones, innovarse y desarrollar al máximo su potencial, generando empleos y canalizando recursos hacia inversiones productivas que fomenten el desarrollo económico en beneficio de la sociedad. Sin embargo, en nuestro país aún son muy pocas las empresas que tienen acceso a créditos que les permitan desarrollarse, lo cual puede ayudar a explicar porqué de las 200 mil empresas que año con año se crean en México, casi la mitad desaparezcan durante el primer año, y cerca del 30% durante el segundo.³

El funcionamiento deficiente de los mercados crediticios representa uno de los frenos más importantes al crecimiento económico. En efecto, solo el 43% de las empresas reportan haber utilizado crédito de los intermediarios financieros. Este factor es preocupante, incluso al comparar la situación de México con el resto de América Latina, pues solo el 29% de las empresas formales con 100 empleados o menos cuentan con algún financiamiento bancario, mientras que el promedio en América Latina es del 45%, y se presenta un rezago similar para las empresas de más de 100 empleados.⁴

La falta de liquidez por parte de las empresas no solo limita considerablemente su desarrollo, sino que suele orillarlas a incumplir sus obligaciones de pago, situación que, al generalizarse, suele ponerlas en situaciones que detonen las causales para iniciar un proceso de concurso mercantil. La necesidad de tener acceso a fuentes de financiamiento se potencializa en el caso de las empresas que inician un proceso concursal, toda vez que, sin un flujo de efectivo adecuado, difícilmente podrán reorganizarse y salir exitosamente del mismo.

En virtud de lo anterior, uno de los principales propósitos de la reforma del 2014 a la Ley de Concursos Mercantiles (LCM)⁵ consistió en generar condiciones que faciliten el acceso de comerciantes en vísperas de concurso o ya en concurso a fuentes

artículo se utilice dicho término o el de *comerciante*, se estará haciendo referencia a los comerciantes sociedades mercantiles, excluyendo a los comerciantes personas físicas.

³ COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES, *Encuesta Nacional de Competitividad, Fuentes de Financiamiento y Uso de Servicios Financieros de las Empresas*, [en línea] 18 de agosto de 2018. Disponible en la Web: <http://www.cnbv.gob.mx/Prensa/Estudios/Reporte%20de%20la%20ENAFIN.pdf>

⁴ MEJAN, Luis Manuel, *Las reestructuras empresariales y el concurso mercantil*, en *Perspectiva Jurídica*, Universidad Panamericana Campus Guadalajara, [en línea] 15 de agosto de 2018. Disponible en la Web: www.perspectivajuridicaup.org/7

⁵ Publicada el 10 de enero de 2014 en el Diario Oficial de la Federación.

de financiamiento que les permitan obtener la liquidez necesaria durante el proceso concursal y así poder llevar a cabo exitosamente su plan de reestructuración de deuda.

Dentro de las modificaciones aprobadas a la LCM en el marco de la reforma financiera de 2014, se encuentra la inclusión expresa de la posibilidad de que la concursada contrate créditos durante la tramitación del concurso mercantil o previo a la declaración de concurso (concepto conocido en el derecho anglosajón como *DIP Financing*,⁶ por sus siglas en inglés), mismos que deberán ser indispensables para mantener la operación de la empresa y la liquidez necesaria durante el proceso concursal. De esta forma, no solo se busca otorgar una mayor certeza jurídica tanto a las sociedades concursadas como a los acreedores que deseen otorgar este tipo de *créditos de emergencia*, sino que a su vez se pretenden generar condiciones que permitan conservar el valor de la empresa con miras a su supervivencia.

Sin embargo, pese al acierto que sin duda representa la inclusión de esta nueva regulación en la LCM, autorizando la contratación de créditos (incluso desde el momento de presentar la solicitud de concurso mercantil), consideramos que, desde el punto de vista legal, todavía existen varios obstáculos que hacen que esta posibilidad por parte de las empresas sea poco factible e incluso ilusoria, según abundaremos más adelante.

⁶ *Debtor in Possession Finance* o *DIP Finance*, es un término utilizado en el derecho anglosajón para referirse al financiamiento otorgado en favor de una sociedad que ha iniciado el procedimiento regulado en el Capítulo 11 del *US Federal Bankruptcy Code*, y el cual funciona sobre la base de que el crédito otorgado por el acreedor que otorga dicho financiamiento tiene preferencia en cuanto a su pago con respecto a los demás créditos de la sociedad. *Under Section 364 of the Bankruptcy Code, lenders or investors who provide a Chapter 11 debtor with postpetition debt financing receive a priority claim that ranks ahead of the firm's prepetition unsecured debt. DIP lenders are therefore among the first to be repaid under the plan of reorganization. If the DIP loan is unsecured, it will be treated as a superpriority administrative claim. If the firm cannot attract financing on this basis, it can grant DIP lenders security in its assets (either a lien on unencumbered assets or a junior lien on assets that already secure some debt). The firm can even grant DIP lenders a security interest that is senior to existing secured debt (known as "priming"), although the bankruptcy judge will only permit this if the collateral of the creditors who are being primed is "adequately protected."* Currently most DIP financing is provided on a secured basis, although priming of existing secured debt is less common. GILSON, Stuart G. *Creating Value through Corporate Restructuring: Case studies in bankruptcy, buyouts, and breakups*, John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey, 2010, pp. 27-28.

II] *DIP Financing*: problemática en torno a la regulación actual

Antes de ser declarado en concurso, el comerciante puede solicitar al juez su autorización para la contratación inmediata de créditos que resulten indispensables para mantener la operación ordinaria de la empresa, así como la liquidez necesaria durante la tramitación del concurso mercantil (Financiamiento DIP).⁷ Esta solicitud puede ser hecha desde la fecha en que se solicite la declaración de concurso mercantil, o bien, una vez admitida a trámite. Para la tramitación del Financiamiento DIP, el juez podrá autorizar la constitución de las garantías que resulten procedentes, en caso de que así lo solicite el comerciante. Una vez presentada la petición del comerciante y dada la urgencia y necesidad del Financiamiento DIP, el juez, previa opinión del visitador, resolverá respecto la autorización de dicho financiamiento, procediendo a dictar los lineamientos en los que quedará autorizado el mismo y su pago ordinario durante el concurso mercantil.

Ahora bien, una vez declarado el concurso y, por lo tanto, iniciada la etapa de conciliación, corresponderá al conciliador la facultad de decidir, previa opinión de los interventores (en caso de que existan) la contratación de Financiamiento DIP. En caso de que el conciliador autorice al comerciante la contratación de dicho financiamiento, deberá definir los lineamientos bajo los cuales el mismo quedará autorizado, incluyendo la constitución de garantías si así fuera solicitado al comerciante por parte de sus eventuales prestamistas (*Acreedores DIP*).⁸

La principal razón por la cual una empresa en concurso se vería forzada a solicitar Financiamiento DIP consiste en mantener un mínimo de liquidez que le ayude a financiar sus operaciones durante el proceso concursal (solventar sus requerimientos de capital de trabajo inmediato), de forma que pueda seguir operando y pagar los salarios de sus trabajadores y proveedores, la renta de sus oficinas, las primas de los seguros que tenga contratados, los honorarios de sus abogados y demás asesores externos y, en general, continuar con su proceso de producción de una manera normal y ordenada, de forma que logre, en la medida de lo posible, restaurar la confianza de sus clientes, proveedores y acreedores.

Como mencionamos, la falta de liquidez por parte de las empresas suele orillarlas a incumplir sus obligaciones de pago y colocarlas en situaciones que detonen los supuestos establecidos

⁷ Art. 37 LCM.

⁸ Art. 75 LCM.

en los artículos 9 y 10 de la LCM a efecto de dar inicio al proceso concursal. A grandes rasgos, los supuestos antes mencionados consisten en situaciones de hecho por las que atraviesa un comerciante que ha incumplido de manera generalizada sus obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos, y en las que se presentan uno o ambos de los siguientes supuestos: i.- que de las obligaciones vencidas del comerciante, las que tengan por lo menos treinta días de haber vencido, representen el 35% o más de todas las obligaciones a cargo del comerciante a la fecha en que se presente la demanda o solicitud de concurso mercantil, y/o ii.- que el comerciante no cuente con activos líquidos para hacer frente a por lo menos el 80% de sus obligaciones vencidas a la fecha de presentación de la demanda o solicitud de concurso mercantil.

Luego entonces, si una empresa entró a un proceso de concurso mercantil (ya sea por solicitud propia o por demanda de algún acreedor o del Ministerio Público)⁹ como consecuencia de su insolvencia relativa o falta de liquidez, es evidente que para salir de dicho proceso a través de una negociación satisfactoria con sus acreedores, es de vital importancia que cuente con un mínimo de liquidez que le permita continuar operando a efecto de lograr reorganizarse y reestructurar su deuda de una manera que garantice su supervivencia y le permita salir del proceso concursal.

Sin embargo, la situación por la que transita la empresa concursada con frecuencia suele desincentivar a los Acreedores DIP de otorgarle créditos, debido al gran riesgo que esto representa. Por lo que, con el fin de generar una mayor confianza en los Acreedores DIP que decidan asumir dicho riesgo, el artículo 224 de la LCM establece un orden de prelación que pretende incentivar a los Acreedores DIP, al darles la confianza de que podrán recuperar sus créditos de una manera preferente.

LCM Artículo 224. Son créditos contra la Masa y serán pagados en el orden indicado y con anterioridad a cualquiera de los que se refiere el artículo 217 de esta Ley: I. Los referidos en la fracción XXIII, apartado A, del artículo 123 constitucional y sus disposiciones reglamentarias; II. Los contraídos para la administración de la Masa por el Comerciante con autorización del conciliador o síndico o, en su caso, los créditos indispensables para mantener la operación ordinaria de la empresa y la liquidez

⁹ De conformidad con el artículo 9 de la LCM, cuando es el propio comerciante quien solicita ser declarado en concurso mercantil, basta con que se ubique en uno de los dos supuestos señalados en el artículo 10. Por el contrario, cuando es algún acreedor o el Ministerio Público quien demanda que el comerciante sea declarado en concurso mercantil, es necesario que el comerciante se ubique en los dos supuestos de dicho artículo.

necesaria durante la tramitación del concurso mercantil. En este último supuesto, se perderá todo privilegio y preferencia en el pago en caso de otorgarse dichos créditos en contravención a lo resuelto por el juez o a lo autorizado por el conciliador, así como en caso de resolverse mediante sentencia firme que los créditos fueron contratados en fraude de acreedores y en perjuicio de la Masa; III. Los contraídos para atender los gastos normales para la seguridad de los bienes de la Masa, su refacción, conservación y administración, y IV. Los procedentes de diligencias judiciales o extrajudiciales en beneficio de la Masa.¹⁰

Como podemos ver, el artículo antes transcrito establece una excepción a la graduación de créditos establecida en el artículo 217 de la LCM, señalando que los créditos contra la masa se pagarán con anterioridad a los créditos de los siguientes tipos de acreedores: i.- acreedores singularmente privilegiados. ii.- acreedores con garantía real. iii.- acreedores con privilegio especial. iv.- acreedores comunes, y v.- acreedores subordinados. Sin embargo, más adelante encontramos una de las principales inconsistencias de la LCM.

Por un lado el artículo 224 establece la excepción antes mencionada, señalando que los créditos contra la masa serán pagados con anterioridad a cualquiera de los que se refiere el artículo 217 de esta Ley (dentro de los cuales se encuentran los acreedores con garantía real) mientras que por otro lado, el artículo 225 establece que frente a los acreedores con garantía real o con privilegio especial, no puede hacerse valer el privilegio a que se refiere el artículo 224, sino que solo tienen privilegio los siguientes: i.- los acreedores laborales, considerando los salarios del año anterior a la declaración de concurso mercantil del comerciante¹¹.

¹⁰ Art. 224 LCM

¹¹ Si bien el artículo 225 de la LCM todavía habla de dos años, es preciso mencionar que la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que *los artículos 224, fracción I y 225, fracción I, de la Ley de Concursos Mercantiles, al ampliar sin justificación objetiva y razonable el término de un año que prevé la Constitución General de la República a dos años como privilegio de los trabajadores en el concurso mercantil, violan la garantía de igualdad ante la ley en detrimento de los demás acreedores, por lo que dichos preceptos de la Ley de Concursos Mercantiles son inconstitucionales por cuanto refieren al excedente en la temporalidad a dos años, mas no por lo que implica la prelación de créditos y el lugar preferente por un año, de los créditos constituidos a favor de los trabajadores, pues esta circunstancia es precisamente la que establece la Norma Fundamental, en el artículo 123, apartado A, fracción XXIII. Véase la tesis 1ª. VIII/2012 (9ª.), misma que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro VI, Tomo 1, marzo de 2012, página 271, de rubro: CONCURSOS MERCANTILES. LOS ARTÍCULOS 22, FRACCIÓN I Y 225, FRACCIÓN I, DE LA LEY RELATIVA, AL ESTABLECER LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS A FAVOR DE*

ii.- los gastos de litigio que se hubieren promovido para defensa o recuperación de los bienes objeto de garantía o sobre los que recae el privilegio, y iii.- los gastos necesarios para la refacción, conservación y enajenación de los mismos. En virtud de lo anterior, la prelación que la LCM otorga a los Acreedores DIP puede no ser lo suficiente para animarlos a otorgar financiamiento a las empresas que transiten por el proceso concursal, o en su defecto, su análisis de riesgo puede ser tal que haga que las condiciones económicas en que se ofrezca dicho financiamiento resulten demasiado onerosas para el comerciante en concurso.

Consideramos que la regulación actual del Financiamiento DIP establecida en la LCM es insuficiente para generar incentivos que inviten a otorgar financiamiento en condiciones económicas adecuadas a las empresas que se encuentran en un proceso concursal, toda vez que no les otorga a los Acreedores DIP certeza suficiente con respecto al grado de prelación de sus créditos, ni elimina los obstáculos que aún existen en nuestra legislación y que hacen inviable la recuperación de estos por parte de dichos acreedores, incrementando su posición de riesgo frente a otros acreedores.

Un claro ejemplo de la inconsistencia de la LCM en lo que respecta a los incentivos para el otorgamiento de Financiamiento DIP consiste en la falta de correspondencia lógica entre lo dispuesto en las fracciones VIII y IX del artículo 43, por lo que al tratamiento de estos créditos se refiere.

LCM. Artículo 43. La sentencia de declaración de concurso mercantil contendrá:

(...)

VIII. La orden al Comerciante de suspender el pago de los adeudos contraídos con anterioridad a la fecha en que comience a surtir sus efectos la sentencia de concurso mercantil; salvo los que sean indispensables para la operación ordinaria de la empresa, incluido cualquier crédito indispensable para mantener la operación ordinaria de la empresa y la liquidez necesaria durante la tramitación del concurso mercantil, respecto de los

LOS TRABAJADORES POR EL TÉRMINO DE DOS AÑOS, VIOLAN LA GARANTÍA DE IGUALDAD ANTE LA LEY. Si bien dicha tesis es de 2012 y la reforma a la LCM es de 2014, aquí encontramos un claro ejemplo de falta de técnica legislativa, dado que aunque nuestros legisladores si reflejaron el cambio en el artículo 224, eliminando la parte que decía *aumentando los salarios correspondientes a los dos años anteriores a la declaración de concurso mercantil del comerciante*, en atención a la tesis antes mencionada, olvidaron hacer la modificación en todos los demás artículos de la LCM que hablaban de dichos dos años, por lo que todavía los artículos 65, 67, 225 hacen mención a dichos *dos años*.

cuales deberá informar al juez, dentro de las setenta y dos horas de efectuados;

IX. La orden de suspender durante la etapa de conciliación, todo mandamiento de embargo o ejecución contra los bienes y derechos del comerciante, con las excepciones previstas en el artículo 65;

(...)

De una interpretación armónica de ambas fracciones, se desprende que el Financiamiento DIP no está sujeto a la suspensión de pagos señalada en la fracción VIII del artículo 43, de tal suerte que el comerciante (deudor) no puede dejar de pagar a los Acreedores DIP de los adeudos contraídos bajo el contrato de crédito correspondiente. Sin embargo, la fracción IX no excluye al Financiamiento DIP del *Stay of Execution*, de forma que los Acreedores DIP no podrán embargar ni ejecutar bienes durante la etapa de conciliación en caso de incumplimiento al contrato de crédito por parte de la concursada. Así, la etapa de conciliación se vuelve una etapa en la cual los Acreedores DIP no pueden exigir coactivamente el cumplimiento de su contrato de crédito, pues solo tienen una legítima expectativa jurídica de que la concursada cumpla de manera voluntaria con sus obligaciones asumidas bajo el contrato de crédito (*Schuld*), mas no existe el derecho de los Acreedores DIP de exigir coactivamente el cumplimiento (*Haftung*).¹²

III] Grado de prelación del Financiamiento DIP

Para lograr la satisfacción de los derechos de los acreedores de la concursada en caso de quiebra, es de suma importancia que la liquidación de los bienes que integran la masa concursal se realice de manera ordenada. Con el propósito de mantener dicho orden, nuestro legislador optó por clasificar el grado de prelación de los créditos que corresponden a cada uno de los acreedores, estableciendo determinados privilegios atribuibles a cierto tipo de acreedores sobre otros, para la satisfacción de sus créditos frente a la masa a partir de que se dicte la sentencia de quiebra por parte del juez.¹³

¹² Robles Farías, Diego, *Teoría general de las obligaciones*, Oxford, México, 2011, pp. 70-76

¹³ “El Derecho de la Insolvencia nació hace ya casi un milenio en las corporaciones mercantiles. Surge por la necesidad recogida por el derecho estatal para garantizar la prevalencia del principio de *par conditio creditorum*, para enfrentarlo al prevaleciente principio *prior in tempore potior in jure*. Se trata de evitar que quien accione primero contra un deudor, se lleve todo y sólo deje el saldo restante para acreedores posteriores. La

Así, la LCM discrimina a los acreedores en virtud de las características particulares de sus créditos, lo cual de ninguna manera implica una violación al concepto de igualdad, como un derecho humano establecido en el artículo 1° de nuestra Constitución, toda vez que como ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el principio de igualdad ante la ley no implica necesariamente que todas las personas deben encontrarse siempre y en cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, sino que, por el contrario, dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, misma que se traduce en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato que aquéllos quienes se encuentran en similar situación de hecho.

Lo anterior significa que no toda desigualdad de trato es violatoria de garantías, sino sólo cuando produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, sin que exista para ello una justificación razonable e igualmente objetiva, de manera que a iguales supuestos de hecho corresponden similares situaciones jurídicas.¹⁴ Así, el concepto de igualdad está inspirado en el principio de equidad, consistente en dar un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, situación que queda manifiesta en la Exposición de Motivos de la LCM al establecer que la equidad no se alcanza dando un trato igual a los distintos acreedores (ya que

Corporación post-medieval estableció el principio parificador. A partir de entonces, el principio *par conditio creditorum* constituyó uno de los grandes pilares del Derecho Concursal al permitir que de manera igualitaria todos los acreedores fuesen tratados de manera tal que les permitiese recibir su pago en forma proporcional y equitativa. Pero por diversas circunstancias de índole política impuestas por el legislador, en todas las legislaciones concursales del mundo han venido apareciendo créditos privilegiados que han hecho inoperante el principio paritario para dar paso a diversos privilegios. En estos casos, los acreedores privilegiados siempre recibirán su pago antes que el resto de los acreedores, resultando que la mayoría se quedarán sin cobrar. Es por ello que el ilustre Maestro argentino Ariel Dasso, repite en todos los foros ante los que comparece, que la *par conditio* ha muerto.” PEÑA BRISEÑO, Víctor Manuel, *La subordinación de créditos en el Derecho Concursal Comparado. El caso mexicano*, en *Perspectiva Jurídica*, Universidad Panamericana Campus Guadalajara, [en línea] 17 de agosto de 2018. Disponible en la Web: <http://www.perspectivajuridicaup.org>

¹⁴ Véase la jurisprudencia bajo el rubro: DELITOS FISCALES. EL ARTÍCULO 101 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE ESTABLECE LOS CASOS EN QUE NO PROCEDE LA SUSTITUCIÓN Y CONMUTACIÓN DE SANCIONES O CUALQUIER OTRO BENEFICIO A LOS SENTENCIADOS POR AQUELLOS ILÍCITOS, ASÍ COMO LOS REQUISITOS QUE DEBEN SATISFACERSE EN LOS QUE SÍ PROCEDE SU OTORGAMIENTO, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY.

sus créditos no son iguales), sino reconociendo las diferencias y, sobre todo, evitando el fraude y el favoritismo.¹⁵

Dentro de los acreedores que gozan de estos privilegios a los que hace referencia el maestro Peña Briseño se encuentran en primer lugar los trabajadores, quienes de conformidad con los artículos 224 y 225 de la LCM, cobrarán su salario devengado en el último año, así como la indemnización que les corresponda, antes que todos los demás acreedores.¹⁶ Al igual que los créditos laborales antes mencionados, los Financiamientos DIP son considerados como *créditos contra la masa*, por lo que deberán ser pagados con anterioridad a los demás acreedores, con excepción de los trabajadores y los acreedores con garantía real o con privilegio especial. Sin embargo, nosotros consideramos que esta excepción es un error. Los Financiamientos DIP deberían de recibir un tratamiento similar al que se les otorga a los mencionados en las tres fracciones del artículo 225, o incluso uno superior.

Consideramos que el actual sistema de prioridades establecido tanto en la Constitución como nuestra LCM contiene ciertas fallas, dentro de las cuales se encuentra la súper-prelación que dicha ley otorga a los créditos laborales. Los Financiamientos DIP deberían gozar de un estatus preferente incluso con respecto a dichos créditos, por razones de índole práctico; recordemos que este tipo de financiamientos benefician directamente a la empresa concursada y a sus bienes, aumentando los rendimientos de todos los demás acreedores y sus expectativas de ver satisfecho el cobro de sus créditos. Los Financiamientos DIP pueden servir a la empresa concursada para poder continuar con la operación ordinaria del negocio, lo cual necesariamente implica el pagar los sueldos y otras prestaciones de sus empleados y lograr así mantener su fuente de empleo. Resulta por lo tanto ineficaz – y un desincentivo para potenciales Acreedores DIP – que se pague antes a los empleados que a los acreedores que hicieron posible solventar las obligaciones laborales de manera emergente.

¹⁵ Véase, la exposición de motivos de la LCM.

¹⁶ Es importante tomar en cuenta que para evaluar la prelación de los créditos laborales establecida en los artículos recién mencionados, la LCM establece una distinción con respecto a los salarios correspondientes a los dos años anteriores a la declaración de concurso mercantil del comerciante, los cuales tendrán prelación sobre cualesquiera otros créditos, mientras que los que sean anteriores a dichos dos años no gozarán del privilegio a que hace referencia el artículo 224 frente a los acreedores con garantía real o con privilegio especial.

IV] De la autorización judicial para contratar Financiamiento DIP

El maestro Arellano García define a las providencias precautorias como toda *determinación jurisdiccional en cuya virtud se toman medidas tendientes a evitar un daño o peligro, en los casos, con el procedimiento y con los requisitos establecidos legalmente*.¹⁷ Así, la naturaleza de las providencias precautorias (también llamadas medidas cautelares)¹⁸ consiste en ser determinaciones judiciales provisionales, accesorias y sumarias, que se dictan en la suposición de la existencia de un derecho, y con miras a facilitar la ejecución de la sentencia, en el caso de que tal derecho se reconozca.

La lógica que da sustento a dichas medidas consiste entonces en garantizar la existencia de un derecho, cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo, por lo que, ante el peligro en la demora, se torna necesario suplir provisionalmente la falta de una resolución definitiva concediéndose una resolución provisional tendiente a asegurar la eficacia posterior de la resolución definitiva.

Tomando en cuenta lo anterior, es importante cuestionarnos si la autorización por parte del juez para contratar Financiamiento DIP constituye o no una providencia precautoria. Para ello, resulta conveniente analizar tanto la naturaleza como los efectos de la autorización antes mencionada, a efecto de determinar si, en efecto, es posible afirmar que dicha autorización constituye una providencia precautoria (o medida cautelar).

Como se mencionó, con el fin de facilitar al comerciante el acceso al Financiamiento DIP y disminuir los daños que con el simple transcurso del tiempo se le podrían causar de manera

¹⁷ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Práctica Forense Mercantil*, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 319

¹⁸ En la jurisprudencia por contradicción de tesis 415/2012, la Suprema Corte de Justicia de la Nación parece crear una distinción entre las medidas cautelares y las providencias precautorias, dando a entender que las primeras son el género y las segundas la especie. Sin embargo, nuestro más alto tribunal utilizó dicha distinción a efecto de poder argumentar que aplicar a la categoría general (medidas cautelares), una regla correspondiente a la categoría especial (providencias precautorias en materia mercantil) resultaría en una falacia argumentativa, y así poder concluir que cuando se solicita una medida cautelar con la finalidad de que se mantenga una situación de hecho, si resulta aplicable supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles, que prevé como medida cautelar las denominadas medidas de aseguramiento, establecidas en sus artículos 384 a 388.

inexorable, la LCM establece en su artículo 37 la posibilidad de que desde el momento que se presente la solicitud de concurso mercantil, o bien, una vez admitida a trámite, el comerciante solicite al juez su autorización para contratar Financiamiento DIP. Para ello, la LCM establece que el juez, atendiendo a la *urgencia y necesidad* de dicho financiamiento, y con el fin de *mantener la operación ordinaria* de la empresa y la liquidez necesaria durante la tramitación del concurso mercantil, podrá, previa opinión del visitador, autorizar la contratación del Financiamiento DIP por parte del comerciante.

Del párrafo anterior, son tres los elementos que consideramos importantes recalcar. El primero de ellos consiste en la ubicación de la disposición en comento, la cual se refiere a las providencias precautorias que podrá dictar el juez en cualquier etapa del proceso concursal. El segundo consiste en que para decidir respecto de la conveniencia de autorizar el Financiamiento DIP, el juez deberá atender a la urgencia y a la necesidad de recibirlo. Finalmente, el tercero radica en que el propósito que se persigue al autorizar la contratación de Financiamiento DIP consiste en mantener la operación ordinaria de la empresa, y la liquidez durante la tramitación del concurso mercantil.

Si observamos los tres elementos antes mencionados, pareciera que los mismos encuadran perfectamente con las características y la naturaleza de las providencias precautorias, en tanto que i.- se autorizan judicialmente. ii.- se otorgan ante la urgencia y la necesidad (peligro en la demora), y iii.- tienen una finalidad preservativa, en tanto que buscan conservar a la empresa, en concordancia con la finalidad de la propia LCM establecida en su artículo primero.

Sin embargo, de una revisión al artículo 37 antes mencionado, se desprende que el legislador no quiso incluir la autorización para contratar Financiamiento DIP dentro del listado de providencias precautorias. Además, existen ciertos elementos que pudieran poner en tela de juicio que en efecto se trate de una medida de tal naturaleza. Recordemos que dicha autorización no siempre se otorga judicialmente, sino que puede ser otorgada por el conciliador (previa opinión de los interventores) en términos del artículo 75. Además, si atendemos a los efectos que se generan con dicha medida, pareciera que los mismos, si bien pretenden conservar a la empresa, no preservan una situación jurídica de hecho, sino que producen un derecho que se traduce en la autorización de celebrar un contrato con un tercero, mismo que debería de tener efectos sustantivos de carácter definitivo,

otorgando certeza a dicho tercero que pretende otorgar el financiamiento en cuestión.

Englobar a la autorización para la celebración de Financiamiento DIP dentro del listado de providencias precautorias, implicaría darle a dicha autorización el carácter de provisional, lo cual podría generar incertidumbre en los eventuales Acreedores DIP con respecto a la firmeza de dicha autorización y, por tanto, con respecto a la validez de su contrato de crédito.

Por otro lado, consideramos que más allá de la discusión teórica con respecto a la naturaleza de la autorización judicial, otra de las fallas de la LCM es que no establece lo que pasará con el crédito otorgado por los Acreedores DIP, en caso de que el juez determine que la empresa no se encuentra en ninguno de los supuestos de concurso. Recordemos que el comerciante puede solicitar al juez su autorización para contratar Financiamiento DIP desde el momento en que presente la solicitud de concurso, misma que deberá ser otorgada o negada por el juez de una manera inmediata, atendiendo a la urgencia y la necesidad antes discutidas.

Ahora bien, imaginemos que, con posterioridad al otorgamiento de la autorización en cuestión por parte del juez, de la celebración del contrato de crédito y de la disposición de los recursos derivados del mismo por parte del comerciante, el juez finalmente determina que el comerciante no se ubicaba en ninguno de los supuestos de concurso establecidos en el artículo 10 de la LCM.¹⁹

¿Cuál sería entonces la situación jurídica de los Acreedores DIP que prestaron recursos al comerciante? Evidentemente, una posibilidad para enfrentar lo anterior sería argumentar que tienen la facultad de dar por terminado anticipadamente el contrato de crédito, toda vez que el motivo determinante que los impulsó a celebrarlo consistía en la presunción de que el comerciante se iría a concurso mercantil, así como el hecho de que su crédito gozaría de un privilegio consistente en ser considerado como crédito contra la masa, con todos los beneficios que ello implica. Incluso, pudieron haber previsto dicha situación como una causal de terminación anticipada del contrato de crédito. Sin embargo, el procedimiento judicial que tendrían que seguir tanto los Acreedores DIP como el comerciante para dar por terminado el contrato es costoso.

El hecho de dar por terminado anticipadamente el contrato de crédito y obtener una sentencia que obligue al comerciante a

¹⁹ En el entendido que la empresa no estaba en posibilidades de solicitar el concurso mercantil con plan de reestructura previo.

restituir a los Acreedores DIP los recursos derivados del mismo no solucionaría el problema, en tanto que pudiera volver a colocar al comerciante en los supuestos de concurso mercantil, en el entendido que ello implicaría que, esta vez, el crédito de los Acreedores DIP sea considerado un crédito común.

Consideramos que la LCM debería proporcionar mayor certeza jurídica a los Acreedores DIP, estableciendo que en caso de que se determine que el comerciante no se ubica bajo ninguno de los supuestos para dar inicio a la etapa de conciliación, los Financiamientos DIP otorgados por terceros de buena fe conservarían su estatus como créditos contra la masa en caso de un concurso posterior. Estimamos que una medida de estas características pudiera generar mayor certeza a los Acreedores DIP que deseen otorgar créditos a empresas que atraviesan por situaciones financieras desfavorables.

La actual obscuridad de nuestra LCM puede tener un efecto contrario al buscado por el legislador, en tanto que los eventuales Acreedores DIP preferirían optar por otorgar Financiamientos DIP hasta que las empresas oficialmente se encuentren en la etapa de conciliación, y una vez que la contratación de dichos créditos haya sido autorizada por el conciliador.

Una alternativa para reducir el riesgo antes mencionado consistiría en presentar la solicitud de concurso mercantil con un plan de reestructura previo. Dentro de las grandes ventajas que conlleva esta posibilidad, destaca el hecho de que se permite a la empresa solicitar y obtener la declaratoria de concurso mercantil de manera inmediata, sin que sea necesario que se nombre a un visitador para que determine si efectivamente la empresa incurrió en los supuestos previstos en el artículo 10 de la LCM. Además, al hacer uso de esta opción, el comerciante podría solicitar y obtener del juez las providencias precautorias establecidas en el artículo 37 de la LCM, incluyendo, desde luego, la autorización para contratar Financiamiento DIP. Sin embargo, es importante recordar que para poder hacer uso de esta alternativa, es necesario que la solicitud de concurso mercantil con plan de reestructura previo cumpla con todos los requisitos establecidos en los artículos 20 y 339 de la LCM, dentro de los cuales se encuentra la necesidad de que dicha solicitud y la propuesta de convenio sean firmadas por acreedores que representen, cuando menos, la mayoría simple del total de las obligaciones a cargo del comerciante, lo cual en muchos casos puede resultar muy complejo de lograrse.²⁰

²⁰ Otra alternativa pudiera ser que la solicitud de concurso mercantil se presente en carácter de inminente, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 Bis de la LCM.

Consideramos que limitar la posibilidad de recibir Financiamiento DIP desde la solicitud de concurso mercantil a las empresas que no estén en posibilidades de presentar dicha solicitud con un plan de reestructura previo, resulta contrario al espíritu mismo de la LCM, toda vez que cuando una empresa atraviesa por problemas de índole financiero, el tiempo es esencial.

En México, las actuaciones de las autoridades son premiosas por naturaleza. Esperar a que las empresas que adolezcan de iliquidez obtengan el consentimiento de la mayoría de sus acreedores, o se encuentren en la etapa de conciliación, puede llegar a tomar bastante tiempo, en perjuicio de la empresa, de sus acreedores y de la sociedad en su conjunto.

Además, el tiempo para que el visitador sea designado por el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, acepte su cargo, informe al juez el nombre de sus auxiliares, entre en funciones, revise la situación financiera y contable del comerciante y entreviste a su equipo directivo, gerencial, y administrativo, así como a sus asesores externos financieros, contables y legales, para finalmente pronunciarse al respecto de la solicitud de contratación de Financiamiento DIP, únicamente prolonga la agonía.

Con el fin de hacer más eficiente la autorización de Financiamientos DIP, la LCM debería prever mecanismos a través de los cuales se aumente la certeza jurídica tanto de los Acreedores DIP, como de las empresas que atraviesen por situaciones financieras turbulentas y que no están en posibilidades de solicitar el concurso mercantil con plan de reestructura previo.

V] De la capitalización de pasivos como forma de pago a los Acreedores DIP

Dentro de los incentivos que pudieran llegar a animar a los Acreedores DIP a otorgar financiamiento a las empresas que atraviesan por un proceso de concurso mercantil, encontramos, por ejemplo, el alto grado de influencia que eventualmente pudieran llegar a obtener y ejercer sobre las mismas. El grado de influencia con frecuencia suele depender tanto del monto del Financiamiento DIP, como de los mecanismos que se hayan establecido dentro de los contratos de crédito.

Dichos mecanismos pueden consistir en el derecho de los Acreedores DIP a designar un determinado número de miembros del consejo de administración de la concursada, en la realización de auditorías; en el acceso a información confidencial y, en general, en el establecimiento de determinadas obligaciones de hacer y no

hacer por parte de la concursada, que otorguen a los Acreedores DIP un grado de influencia que les permita controlar en cierta medida el comportamiento de la empresa en concurso.

Uno de los momentos en los que con frecuencia se materializa dicha influencia es durante la negociación de los convenios concursales con los acreedores reconocidos. En efecto, en varias jurisdicciones (como por ejemplo en los Estados Unidos de América)²¹ es común que los Acreedores DIP aprovechen su posición como acreedores preferentes con el objeto de influenciar a los acreedores reconocidos en las negociaciones de los convenios concursales.

Si luego de analizar la situación financiera de la concursada, los Acreedores DIP determinan que ésta tiene potencial, es posible que acuerden con la empresa un mecanismo de capitalización de pasivos como forma de pago, en el entendido que la mala situación financiera de ésta suele deberse a los malos manejos de su administración actual, mismos que podrían ser fácilmente revertidos por los Acreedores DIP en cuanto la empresa salga del concurso mercantil.

Así, una de las ventajas que gozan los Acreedores DIP respecto de los acreedores reconocidos consiste en que, al no ser considerados estrictamente acreedores concursales,²² su crédito no está sujeto a las mismas reglas que aplican para los acreedores reconocidos por la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos, de forma que un acuerdo particular de capitalización de pasivos por parte de los Acreedores DIP con los accionistas de la concursada no sería objeto de nulidad conforme al artículo 154 de la LCM. Recordemos que la sentencia que declara el concurso mercantil no solo es la base procesal y jurídica del concurso, sino que es además un parteaguas respecto de las obligaciones asumidas por el comerciante, toda vez que la totalidad de las obligaciones anteriores a la declaración de concurso mercantil (salvo el Financiamiento DIP autorizado por el juez en términos del artículo 37 de la propia LCM) están sujetas a las reglas concursales y por tanto son objeto del convenio concursal

²¹ En los Estados Unidos de América, existen por ejemplo fondos de inversión dedicados a rescatar y adquirir empresas infravaloradas, para posteriormente reorganizarlas y venderlas como empresas totalmente viables y solventes. Dentro de los anteriores, destacan fondos como Cerberus, Oaktree, Apollo, Angelo Gordon, Silver Point, Appaloosa y Strategic Value Partners.

²² Decimos que los Acreedores DIP no son acreedores concursales en sentido estricto en tanto que i.- al considerarse su crédito un *crédito contra la masa*, no puede ser modificado por el convenio concursal, el cual únicamente puede pactar su pago, y; ii.- en caso de quiebra, gozan de la súper-prioridad establecida en el artículo 224 de la LCM.

o se pagan con moneda de quiebra, en tanto que las obligaciones adquiridas con posterioridad a la declaración de concurso mercantil (como es el caso del Financiamiento DIP) no están sujetas a dichas reglas, y por tanto pueden ser pagadas durante la etapa de conciliación por parte del comerciante.

Consideramos que este beneficio de capitalización por parte de los Acreedores DIP es importante especialmente si consideramos casos recientes como los de las constructoras Homex²³ e ICA,²⁴ han puesto en entredicho la viabilidad de la capitalización de pasivos como un mecanismo eficiente para otorgar seguridad jurídica a los acreedores reconocidos, en caso de que existan acreedores comunes que no suscriban el convenio concursal que apruebe dicha capitalización. Esto se debe a que la LCM establece en sus artículos 158 y 159 las reglas que disponen la forma de determinar y pagar los créditos correspondientes a dichos acreedores comunes, dentro de las cuales no se encuentra la capitalización de pasivos.

De conformidad con el artículo 158, para que un convenio concursal pueda considerarse como suscrito por todos los acreedores reconocidos comunes, es preciso que en dicho convenio se establezca el pago de sus créditos, en las tres modalidades previstas en dicho artículo. Por su parte, el artículo 159 establece que el convenio concursal sólo podrá estipular para los acreedores reconocidos comunes que no lo suscriban: i.- una *espera*, con capitalización de intereses ordinarios, con una duración

²³ El día 13 de junio de 2014, Desarrolladora Homex, S.A.B. de C.V. (junto con algunas de sus subsidiarias) fue declarada en concurso mercantil con plan de reestructura previo, mismo que concluyó mediante la sentencia de fecha 3 de julio de 2015, y a través de la cual, el Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Sinaloa aprobó con carácter de sentencia ejecutoriada los convenios suscritos con la mayoría de sus acreedores reconocidos. En dichos convenios se acordó, entre otras cosas, la conversión de créditos no garantizados en el capital reorganizado de la sociedad, así como la emisión de opciones de acciones para acreedores no garantizados. Para mayor información, consúltese la información presentada como evento relevante por la propia emisora ante la Bolsa Mexicana de Valores en: <http://www.bmv.com.mx>

²⁴ El día 4 de septiembre de 2017, Empresas ICA, S.A.B. de C.V. (junto con algunas de sus subsidiarias) fue declarada en concurso mercantil con plan de reestructura previo, mismo que concluyó mediante la sentencia de fecha 1 de marzo de 2018, y a través de la cual, el Juzgado Décimo Segundo de Distrito en Materia Civil en la Ciudad de México dictó las sentencias que aprobaron los convenios suscritos con la mayoría de sus acreedores reconocidos. En dichos convenios se acordó, entre otras cosas, la capitalización de pasivos como pago a los acreedores comunes. Para mayor información, consúltese la información presentada como evento relevante por la propia emisora ante la Bolsa Mexicana de Valores en: <http://www.bmv.com.mx>

máxima igual a la menor que asuman los acreedores reconocidos comunes que si suscriban el convenio. ii.- una *quita* de saldo principal e intereses devengados no pagados, igual a la menor que asuman los acreedores reconocidos comunes que si hayan suscrito el convenio, o iii.- una *combinación de quita y espera*, siempre que los términos sean idénticos a los aceptados por al menos el 30% del monto reconocido a los acreedores reconocidos comunes que suscribieron el convenio.

Así, tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 2012 del Código Civil Federal, el cual establece que un acreedor *no puede ser obligado* a recibir una cosa distinta a la debida, aun cuando ésta sea de mayor valor, podría ser cuestionable la validez de un convenio concursal que prevea una capitalización de pasivos como pago a los acreedores comunes que no lo suscribieron, toda vez que se podría argumentar que dicho convenio sería ilegal por contradecir tanto la LCM como el Código Civil Federal, *máxime*, cuando este último dispone en su artículo 2062 que solo podrá entenderse como pago o cumplimiento a la entrega de la cosa o la cantidad debida, y no así a la entrega de una cosa o cantidad cualquiera.

Si bien entendemos que el régimen concursal, específicamente en lo que se refiere a la presunción *iuris et de iure* de firma presunta (Art. 158 LCM), así como a la imposición del convenio concursal a la minoría de los acreedores reconocidos que no lo suscribieron (Art. 159 LCM), constituye un régimen de excepción al principio de relatividad contractual del derecho civil (*res inter alios acta*), y según el cual los contratos únicamente producen obligaciones para las partes que lo celebran; consideramos que es cuestionable que esa excepción al principio de relatividad contractual alcance para considerar como *pago* a lo que en realidad sería una dación en pago, por alejarse de las reglas (*numerus clausus*) previstas en el artículo 159 de la LCM, ya que al tratarse de una regla de excepción, no podría aplicarse por analogía o por mayoría de razón.²⁵

En palabras del autor Diego Robles, *por pago o cumplimiento de la obligación debemos entender la ejecución exacta, puntual y en el lugar pactado o señalado por la ley de la prestación debida, de forma que se rompa o extinga el vínculo que une al acreedor con el deudor.*²⁶ De esta forma, somos de la

²⁵ Véase el artículo 11 del Código Civil Federal, de conformidad con el cual *las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.*

²⁶ Robles Farías, Diego, *Teoría general de las obligaciones*, Oxford, México, 2011, p. 399.

opinión de que si un convenio concursal estableciera como *pago* a los acreedores reconocidos la entrega de acciones integrantes del capital social de la concursada, no se estaría ante un pago estrictamente hablando, sino ante una dación en pago como una forma sustituta de cumplimiento, y la cual, para ser válida (y por tanto, extintiva, liberatoria y satisfactoria) requeriría, forzosamente, del acuerdo entre las partes, o en otras palabras, de la aceptación de la totalidad de los acreedores comunes, pues, como ya se mencionó, la excepción al principio de relatividad contractual establecida en el artículo 159 de la LCM no cubre este supuesto de dación en pago.

Consideramos que un convenio concursal que establezca la entrega de acciones, consecuencia de una capitalización de pasivos, como *pago* a los acreedores comunes que no lo suscriban, no debería ser aprobado por el juez. Recordemos que el artículo 164 de la LCM establece que para dictar la resolución que apruebe un convenio concursal, el juez deberá verificar que la propuesta de convenio reúna todos los requisitos previstos en el Título V de la LCM y que no contravenga disposiciones de orden público.

Así, podemos afirmar que dentro de las ventajas de la capitalización del crédito derivado de un Financiamiento DIP (misma que puede acordarse en cualquier momento) destaca el hecho de que, al ser ajena al convenio concursal, sería inmune a las consecuencias de las impugnaciones presentadas por parte de los acreedores reconocidos que no suscriban el convenio que acuerde la capitalización de los créditos de los acreedores reconocidos, y quienes, además de las razones de fondo antes mencionadas, y que no derivan sino de una interpretación estricta a una regla de excepción (como lo es el artículo 159 de la LCM), gozan también de una importante protección constitucional que vale la pena mencionar. En efecto, en atención al principio *pro personae* o *pro homine* establecido en el artículo 1º de la Constitución Mexicana, y atendiendo al derecho humano de libertad de asociación establecido en el artículo 9 de la misma,²⁷ los acreedores reconocidos que no suscriban el convenio que acuerde una capitalización de pasivos como *pago*, podrían argumentar que la aprobación judicial de dicho convenio constituiría una afectación a su derecho humano de libertad de asociación, en tanto que

²⁷ Así como en los artículos 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 15 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

equivaldría a obligarlos a asociarse con los demás acreedores (ya sea en calidad de socios o de accionistas de la concursada).²⁸

Si bien pudiera argumentarse que la aprobación de un convenio con dichas características por parte del juez no necesariamente implicaría imponer a los acreedores comunes que no lo suscribieron la obligación de convertirse en socios o accionistas de la concursada, en tanto que dichos acreedores podrían simplemente rehusarse a recibir dichas acciones como pago, lo cierto es que ello implicaría colocarlos ante la espada y la pared, en tanto que tendrían que decidir entre la renuncia de un derecho y la violación a un derecho humano, lo cual consideramos completamente absurdo.

Si bien la innegable falta de certeza jurídica que se genera para los acreedores reconocidos en torno a la discusión antes apuntada podría resolverse mediante un ejercicio ponderativo por parte de nuestro máximo tribunal, donde se estimara la necesidad de conservar a las empresas como fuentes de empleo, por encima de la protección irrestricta a la libertad de asociación, destacamos la ventaja para los Acreedores DIP supone el no ser considerados acreedores concursales, al tiempo que consideramos urgente reformar la LCM, efecto de establecer de una manera clara y contundente la posibilidad de pactar la capitalización de pasivos como forma de pago a los acreedores reconocidos.

VI] Ventajas para las instituciones de crédito que otorguen Financiamiento DIP

La regulación bancaria exige que todas las instituciones de crédito aporten un determinado porcentaje de sus utilidades a la constitución de reservas de carácter preventivo, mismas que tienen como objeto minimizar el riesgo que necesariamente conlleva el otorgamiento de créditos, ante la posibilidad de que exista un incumplimiento por parte de sus clientes.

Así, de conformidad con el artículo 111 de las Disposiciones de carácter general aplicables a las Instituciones de Crédito (comúnmente conocida como Circular Única de Bancos (CUB)), las instituciones de crédito tienen la obligación de calificar, constituir y registrar trimestralmente en su contabilidad, las reservas preventivas para cada uno de los créditos de su cartera crediticia

²⁸ Véase la jurisprudencia bajo el rubro: CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTICULO 5o. DE LA LEY DE LA MATERIA VIOLA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 9o. CONSTITUCIONAL.

comercial, ajustándose a la metodología y a los requisitos de información establecidos en la propia CUB. Para lograr lo anterior, las instituciones deben realizar un cálculo en el que se contemplen índices con respecto a la probabilidad de incumplimiento, la severidad de la pérdida y la exposición al incumplimiento.

Una de las ventajas que implica el otorgamiento de Financiamiento DIP para las instituciones de crédito que deciden otorgar este tipo de créditos, consiste en que la CUB otorga un tratamiento especial para determinar la severidad de la pérdida respecto de los créditos otorgados a empresas que hayan sido declaradas en concurso mercantil con plan de reestructura previo.²⁹ El beneficio consiste en permitir la utilización de variables más favorables al momento de realizar el cálculo para determinar el monto de recursos que deberán aportarse para la constitución de las reservas preventivas anteriormente mencionadas. Dicho beneficio es incluso mayor cuando el crédito ha sido garantizado.³⁰

Consideramos que en caso de que el otorgamiento de Financiamiento DIP se adecue a las reglas antes mencionadas (así como a los lineamientos establecidos por el juez o el conciliador) es evidente que no podría configurarse el tipo penal establecido en el artículo 112 de la Ley de Instituciones de Crédito (LIC). Recordemos que dicho artículo establece una pena privativa de la libertad, para aquellos consejeros, funcionarios, empleados o quienes intervengan directamente en el otorgamiento de créditos a personas físicas o morales cuyo estado de insolvencia sea conocido, siempre y cuando resulte previsible al realizar la operación, que dichas personas carecen de capacidad económica para pagar o responder por el importe de las sumas acreditadas, produciendo de esta manera un quebranto o perjuicio patrimonial a la institución de crédito. La pena en cuestión varía dependiendo del monto de la operación, así como del quebranto o perjuicio patrimonial que se cause a la institución de crédito, y la cual puede ir desde los dos hasta los quince años de prisión.

Consideramos que el otorgamiento de Financiamiento DIP nunca podría llegar a encuadrar en el tipo penal antes mencionado, toda vez que el mismo no se otorga a empresas en estado de insolvencia, sino a empresas que sufren de iliquidez.³¹

²⁹ Cabe mencionar que dichas reglas preferentes serán aplicables hasta en tanto se adopte un convenio entre la empresa concursada y los acreedores reconocidos o se dicte resolución que declare la quiebra de la empresa.

³⁰ Véase artículo 114 de la CUB.

³¹ De conformidad con el artículo 2166 del Código Civil Federal, hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas. La mala fe, en este caso, consiste en el conocimiento de ese déficit.

En derecho se entiende por insolvencia la situación que guarda el activo con relación al pasivo, cuando aquel no alcanza a pagar a este [...] la cesación de pagos no supone siempre la insolvencia porque puede existir sin que exista esta última [...] un comerciante puede cesar sus pagos no porque su activo no cubra totalmente el pasivo, sino porque, debido a determinadas circunstancias, muy frecuente en estos tiempos, carezca de numerario para hacerlo. Carecer de numerario no es lo mismo que estar insolvente.³²

Además, este tipo de créditos tienen su fundamento en la propia LCM, misma que permite e incluso fomenta su otorgamiento por parte de las instituciones de crédito, al tiempo que exige que el mismo sea previamente aprobado por parte del juez o del conciliador, bajo ciertos lineamientos que necesariamente deben cumplirse por parte del comerciante en concurso. Sin embargo, a efecto de proporcionar una mayor certeza jurídica a los potenciales Acreedores DIP, consideramos que el artículo 112 de la LIC debería reformarse a efecto de excluir de manera clara y terminante para la configuración del tipo penal, a los créditos otorgados al amparo de los artículos 37 y 75 de la LCM.

Finalmente, consideramos que otro obstáculo importante para el otorgamiento de Financiamiento DIP de carácter bancario se encuentra en el artículo 65 de la LIC, de conformidad con el cual, para el otorgamiento de sus créditos, las instituciones de crédito deberán estimar la viabilidad de pago de los mismos por parte de los acreditados o contrapartes, valiéndose para ello de un análisis a partir de información cuantitativa y cualitativa, que permita establecer su solvencia crediticia y la capacidad de pago en el plazo previsto del crédito. Lo anterior, deberá observarse sin menos cabo de considerar el valor monetario de las garantías que se hubieren ofrecido.

En efecto, resultaría prácticamente imposible para una sociedad en vísperas de concurso o ya en concurso proporcionar información cualitativa y cuantitativa que permita a las instituciones financieras determinar que la misma tiene solvencia crediticia, cuando es justamente el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones lo que la colocó en dicha situación. Asimismo, sería bastante complicado para dicha sociedad demostrar que cuenta con la capacidad de pago dentro de un plazo determinado, cuando, en principio, requiere de los recursos del Financiamiento DIP para poder solventar sus requerimientos de capital de trabajo inmediatos, sin mencionar los múltiples obstáculos a los que las

³² PALLARES, Eduardo, *Tratado de las Quiebras*, Editorial Porrúa, México, 1937, pp. 58 y 59.

instituciones financieras se podrían enfrentar al intentar llevar a cabo el cobro de su crédito durante la etapa de conciliación.

VII] Conclusiones

La reforma de 2014 a la LCM representa sin lugar a duda un avance importante en la adopción de mecanismos innovadores que fomenten el otorgamiento de créditos a las empresas que atraviesan por un proceso de concurso mercantil, con miras a procurar garantizar su conservación en beneficio de la sociedad en su conjunto. Sin embargo, aún existen ciertos obstáculos que ameritan ser atendidos por el legislador, a efecto de otorgar una mayor certeza jurídica a los eventuales acreedores de las empresas concursadas, la propia empresa concursada y a sus demás acreedores.

En virtud de lo anterior, es necesaria una reforma que impulse a generar mayor confianza y promover el otorgamiento de Financiamientos DIP. Consideramos que los principales obstáculos que actualmente inhiben el otorgamiento de este tipo de créditos a las empresas concursadas son fundamentalmente la falta de certeza con respecto al grado de prelación que se les otorgará a los mismos dentro del proceso concursal, la imposibilidad por parte de los Acreedores DIP de embargar o ejecutar bienes durante la etapa de conciliación en caso de incumplimiento al contrato de crédito por parte de la concursada, así como la falta de mecanismos que permitan que dichos créditos puedan otorgarse de forma pronta y expedita a las empresas que no estén en posibilidades de solicitar el concurso mercantil con plan de reestructura previo.

Si bien la incertidumbre generada por las lagunas en la LCM puede ser disipada a través de ejercicios interpretativos por parte del Poder Judicial Federal, lo cierto es que la necesidad imperante de conservar a las empresas debiera ser razón suficiente para motivar la reforma en comento, misma que tendría por objeto incentivar, fomentar y agilizar el otorgamiento de Financiamientos DIP a las empresas que atraviesan por un proceso concursal, lo cual finalmente se traduciría en asegurar que dichas empresas cuenten con la liquidez que les permita garantizar su viabilidad y supervivencia, en beneficio la empresa, sus trabajadores, sus acreedores y toda la sociedad.

Referencias

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Práctica Forense Mercantil*, Editorial Porrúa, México, 2013.

COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES, Encuesta Nacional de Competitividad, Fuentes de Financiamiento y Uso de Servicios Financieros de las Empresas, [en línea] 18 de agosto de 2018. Disponible en la Web: <http://www.cnbv.gob.mx/Prensa/Estudios/Reporte%20de%20la%20ENA%20FIN.pdf>

GILSON, Stuart G. *Creating Value through Corporate Restructuring: Case studies in bankruptcy, buyouts, and breakups*, John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey, 2010.

MEJAN, Luis Manuel, Las reestructuras empresariales y el concurso mercantil, en *Perspectiva Jurídica*, Universidad Panamericana Campus Guadalajara, [en línea] 15 de agosto de 2018. Disponible en la Web: <http://www.perspectivajuridicaup.org/up/index.php/indice-7>

PALLARES, Eduardo, *Tratado de las Quiebras*, Editorial Porrúa, México, 1937.

PEÑA BRISEÑO, Víctor Manuel, La subordinación de créditos en el Derecho Concursal Comparado. El caso mexicano, en *Perspectiva Jurídica*, Universidad Panamericana Campus Guadalajara, [en línea] 17 de agosto de 2018. Disponible en la Web: <http://www.perspectivajuridicaup.org>

ROBLES FARÍAS, Diego, *Teoría general de las obligaciones*, Oxford, México, 2011.

El control de constitucionalidad de las políticas públicas en México

JOSÉ ROGELIO GUTIÉRREZ ÁLVAREZ¹

SUMARIO: I. Marco referencial: responsabilidades institucionales sobre políticas públicas. II. Las políticas públicas sujetas a control de constitucional. III. Implicaciones del control de constitucionalidad de las políticas públicas, por vía de amparo. IV. Conclusiones y propuesta.

Resumen. Un criterio reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación abre la posibilidad de someter a control de constitucionalidad las políticas públicas en vigor en México; sin embargo, los supuestos de procedencia y límites de este control no son claros, por lo que dan pie a una reflexión sobre su conveniencia, legitimidad y efectividad.

Palabras clave: Control de constitucionalidad, políticas públicas, derechos sociales, progresividad.

Abstract. A recent resolution of the Mexican Supreme Court declares the possibility of exerting constitutional control over public policies; nevertheless, the grounds for admission and the limits of such control are not clear, raising doubts about its desirability, legitimacy and effectiveness.

Keywords: Constitutional control, public policies, social rights, progressivity.

I] Marco referencial: responsabilidades institucionales sobre políticas públicas

En nuestro país, el estudio y la práctica del control de constitucionalidad suele centrarse en la compatibilidad de leyes, reglamentos, resoluciones jurisdiccionales y actos administrativos individualizados. En general, la atención que se le ha dado a la posibilidad de someter a revisión constitucional las decisiones de gobierno plasmadas en políticas públicas ha sido poca.

¹ Profesor adjunto del Seminario de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

Probablemente este desdén se deba a que buen número de estas acciones gubernamentales atienden cuestiones sobre las que largamente se ha debatido si son justiciables o no; en específico, los derechos económicos, sociales y culturales.

Sea como fuere, el hecho es que la jurisprudencia mexicana ha llegado al punto en que hoy es posible someter las políticas públicas al control de constitucionalidad; sin embargo, es escasa la bibliografía que aborde los supuestos y vías de procedencia de este control, así como sus posibles implicaciones prácticas. El presente trabajo pretende aportar en el desarrollo de tal bibliografía.

Así pues, para argumentar esta cuestión sobre suelo firme es preciso comenzar por una definición. De inicio, tenemos que por *políticas públicas* puede entenderse un subcampo de las ciencias sociales, cuyo objeto de estudio son aquellos problemas humanos de interés público y las decisiones conforme a las cuales dichos problemas son enfrentados o deberían enfrentarse.² Se trata de decisiones que redundan en la planeación, instrumentación y operación gubernamental de programas y estrategias orientadas a la generación de bienestar en la población.

No obstante, debe tenerse presente que la categoría de *políticas públicas* también suele usarse para hacer referencia a los programas y estrategias a los que se ha hecho referencia; de hecho, este sería el uso corriente de la expresión. En este sentido, el término en estudio es equívoco, por cuanto hace referencia a tanto a un área de estudio específica de las ciencias sociales como a los programas y estrategias producto de dicha ciencia. Hecha esta precisión, conviene señalar que, en lo sucesivo, cuando en el presente trabajo se use la expresión *políticas públicas*, se hará referencia a este segundo significado.

Desde una perspectiva constitucional, la asignación institucional de facultades gubernamentales en materia de políticas públicas es la siguiente: los problemas de interés público cuya resolución procuran las políticas públicas derivarán, primariamente, del texto de toda constitución con sentido programático, como la mexicana. A juicio de quien escribe, la manifestación de dichas problemáticas se hace patente en los derechos humanos reconocidos por el Estado, por cuanto importan obligaciones de respeto, promoción y garantía orientadas a fines específicos.

Piénsese, por ejemplo, cómo resulta indispensable diseñar e implementar una estrategia –una política pública– en materia de seguridad para salvaguardar el derecho a la vida, la integridad

² VALENTI, Giovanna, *et al.*, *Ciencias sociales y políticas públicas*, Revista Mexicana de Sociología, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, Vol. 71, pp. 168-169

personal, la propiedad privada o la libertad de tránsito; u otra para la actualización del derecho a la educación, a la igualdad entre el varón y la mujer, la alimentación, etcétera.

Al respecto, se ha argumentado que, históricamente, las políticas públicas se han desarrollado como respuesta a las demandas sobre los derechos económicos, sociales y culturales.³ Ello se debe a la concepción tradicional de esta clase de derechos, los cuales suelen considerarse como predominantemente *prestacionales*, entendiéndose por ello que implican – primordialmente– obligaciones positivas del Estado, en contraposición a los derechos civiles y políticos, que conforme a esta concepción tradicional conllevarían, ante todo, obligaciones de abstención por parte del Estado.

En este punto, conviene destacar que este criterio de diferenciación entre derechos civiles y políticos, por una parte, y económicos, sociales y culturales, por la otra, ha sido objeto de numerosas críticas, pues bien puede argumentarse que a todo derecho corresponde un conjunto de obligaciones, tanto positivas como negativas, por parte del Estado.⁴

En otro orden de ideas, por lo que se refiere a las facultades gubernamentales relacionadas con las políticas públicas, y siguiendo la clásica división tripartita de poderes, la participación del Legislativo en este campo consiste en la labor primera de definir de los problemas que se consideran públicos –a través del reconocimiento de derechos o el establecimiento de principios de gobierno– a cuya resolución deberá recaer una de estas políticas, cuya formulación e implementación y seguimiento corresponderá al Ejecutivo, por ser una labor eminentemente administrativa.

Así pues, el Ejecutivo diseña, ejecuta y evalúa las políticas públicas, mediante un criterio de especialización por materia, a través de las Secretarías de Estado; para ello, en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF)⁵ se otorgan facultades específicas a dichas dependencias. Por dar algunos ejemplos, a la Secretaría de Gobernación corresponden las

³ JIMÉNEZ, William, *Políticas públicas, normas jurídicas y papel de los jueces*, Revista de Administración Pública, Instituto Nacional de Administración Pública, A.C., 2013, Volumen XLVIII, número 3, p. 76

⁴ ARRIAGADA, María, *La imposibilidad de equiparar derechos sociales y liberales*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2015, Vol. 42, número 3, p. 823

⁵ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de diciembre de 1976

políticas de seguridad pública,⁶ de migración,⁷ de población⁸ y de no discriminación;⁹ a la Secretaría de Desarrollo Social (SEDESOL), las políticas encaminadas al combate a la pobreza,¹⁰ la protección de los derechos de los menores de edad,¹¹ los adultos mayores,¹² las personas con discapacidad,¹³ la asistencia social e integración familiar;¹⁴ a la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, la política general de desarrollo rural; a la Secretaría de Salud, la política nacional en materia de servicios médicos y salubridad general,¹⁵ etcétera.¹⁶ En la proyección de estas políticas públicas, claro está, las dependencias deberán sujetarse a los objetivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo, según dispone el artículo 9 de la Ley de Planeación.¹⁷

Se habla de especialización en materia de políticas públicas, en la medida en que su formulación, implementación y seguimiento constituyen labores eminentemente técnicas, pues procuran la resolución de problemas altamente complejos (v.g., la inseguridad, la pobreza, la discriminación sistémica), para lo que es necesario un conocimiento técnico y profundo sobre sus causas, la disponibilidad de recursos para su atención e instrumentos de medición sobre la efectividad en el ejercicio de dichos recursos. Por ello, una vez delineados los objetivos de las políticas a nivel constitucional o legislativo, su ejecución corresponderá a la rama administrativa de gobierno.

En esta línea, justo es recordar que las Cámaras que integran el Congreso General pueden convocar a los Secretarios de Estado para que informen sobre los negocios concernientes a sus respectivos ramos o actividades, en términos del artículo 93 constitucional. Conforme a esta facultad, las Cámaras pueden actuar como un *revisor político* de las políticas públicas

⁶ Artículo 27, fracción XII, de la LOAPF

⁷ Artículo 27, fracción XXXIII, de la LOAPF

⁸ Artículo 27, fracción XXXVI, de la LOAPF

⁹ Artículo 27, fracción XLI, de la LOAPF

¹⁰ Artículo 32, fracciones I y II, de la LOAPF

¹¹ Artículo 32, fracción VII, de la LOAPF

¹² Artículo 32, fracción IX, de la LOAPF

¹³ Artículo 32, fracción X, de la LOAPF

¹⁴ Artículo 32, fracción XI, de la LOAPF

¹⁵ Artículo 39, fracción I, de la LOAPF

¹⁶ En el presente trabajo únicamente se harán referencia a las facultades que en materia de políticas públicas tienen los Poderes Federales; no obstante, puede encontrarse un diseño institucional similar a nivel estatal, que se guía por los mismos principios.

¹⁷ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de enero de 1983

implementadas por el Ejecutivo; además, el Legislativo ejerce un control indirecto sobre la dirección estatal de las políticas públicas en la medida en que decide sobre el presupuesto asignado a las Secretarías e, inclusive, a algunos programas y políticas públicas directamente, a los que se asignan recursos desde el Presupuesto de Egresos de la Federación.

Visto pues, cuáles son las labores del Legislativo y el Ejecutivo en materia de políticas públicas, y siendo su diseño e implementación una acción de gobierno estrictamente técnica, cabe preguntarse qué responsabilidades tiene el Judicial en la materia. En lo particular, puesto que las políticas públicas son una respuesta a un mandato constitucional –el respeto y promoción de los derechos humanos– justo es preguntarnos cómo podemos someter esta forma de acción gubernamental al control de constitucionalidad conforme al Derecho mexicano y cuáles son las especificidades de dicho control en atención a la tecnicidad de su objeto.

II] Las políticas públicas sujetas a control de constitucionalidad

En primer lugar, debemos dilucidar cuáles son los medios de control de constitucionalidad mexicanos a los que podrían someterse las políticas públicas llevadas a cabo por el Ejecutivo. Sobre este tema, partimos de la base de que los medios de control de constitucionalidad en el Derecho mexicano son cuatro: las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, el juicio de amparo y el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Nos enfocaremos en los primeros tres.

De estos medios de revisión constitucional, podemos descartar *a priori* la posibilidad de que una política pública sea objeto de una acción de inconstitucionalidad, por la simple razón de que estas acciones tienen por fin plantear la contradicción entre una *norma de carácter general* y la Constitución o, excepcionalmente, un tratado internacional en materia de derechos humanos.¹⁸ Al respecto, puesto que las políticas públicas

¹⁸ El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado que si bien la acción de inconstitucionalidad procede para preservar de modo directo y único la supremacía constitucional, por excepción, los organismos de protección a los derechos humanos pueden argumentar en dichas acciones la violación al principio de legalidad contenido en los artículos 14 y 16 constitucionales, con lo que es válido que construyan un argumento de violación constitucional por incompatibilidad de una norma con un tratado internacional

no constituyen *normas* en el sentido técnico de la palabra, no podrían ser objeto de una acción de inconstitucionalidad.

Ahora bien, por lo que toca a las controversias constitucionales, cabría la posibilidad de que una política pública fuera objeto de este medio de control de constitucionalidad, de darse el caso en que la política pública hubiese sido diseñada e implementada por un órgano gubernamental en usurpación o invasión de facultades de otro (v.g., Federación contra alguna entidad federativa). De cualquier forma, lo que sería objeto de la controversia constitucional no sería el contenido de la política pública en sí –salvo en lo necesario para determinar las facultades de uno y otro órgano– sino las atribuciones de los entes públicos involucrados.

Así las cosas, el amparo es el medio de control de constitucionalidad que resulta de mayor interés para determinar los alcances que pudieran corresponder a esta forma de revisión normativa, un asunto que ha sido discutido principalmente respecto al cumplimiento de las obligaciones del Estado mexicano en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Para analizar, pues, la procedencia y, en su caso, los efectos que la eventual concesión de un amparo promovido contra una política pública existente –o inexistente, en caso de que el acto reclamado fuera la omisión de generar dicha política, cuando hubiere mandato constitucional de generarla–, debe tenerse presente que el diseño, la implementación y evaluación de las políticas públicas son actos de autoridad, pues son llevados a cabo por autoridades en ejercicio de atribuciones conferidas en la Ley, como se vio en los ejemplos citados de la LOAPF. En este sentido, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 1º, fracción I, de la Ley de Amparo,^{19,20} pareciera que en términos generales sí puede

sobre derechos humanos. *Cfr.* Jurisprudencia visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, agosto de 2011, pág. 870, con rubro «ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR UN ORGANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN LA DEMANDA RESPECTIVA PUEDEN PLANTEARSE VIOLACIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y, POR ENDE, LA INCONSTITUCIONALIDAD INDIRECTA DE UNA LEY POR CONTRAVENIR LO ESTABLECIDO EN UN TRATADO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 10 DE JUNIO DE 2011)»

¹⁹ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013.

²⁰ **Artículo 1o.** El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

proceder un juicio de amparo cuyo acto reclamado sea la política pública, ya sea en cuanto a su contenido, o a su omisión en su generación.

Aclarado lo anterior, es preciso señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ya ha establecido pautas generales sobre la procedencia del amparo para someter una política a un control de constitucionalidad, en el marco de asuntos cuyo fondo se refiere a supuestas violaciones de derechos económicos, sociales y culturales, derechos que –como se ha hecho referencia– históricamente han sido entendidos como *prestacionales* por requerir de la acción positiva del Estado para su actualización, idea que si bien puede ser válidamente criticada en la teoría, aún no se ha traspalado a la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, en lo que a políticas públicas se refiere.

Así pues, ahora se analizará el criterio sustentado por la Primera Sala de la SCJN al resolver el amparo en revisión 566/2015, que probablemente sea el caso en el que se ha tratado la cuestión que nos atañe con mayor llaneza.

Grosso modo, los antecedentes del caso son los siguientes: el Gobierno del Estado de Nayarit omitió concluir la construcción de un proyecto de infraestructura denominado Ciudad de las Artes, el cual consistiría en un complejo de inmuebles donde la población de la capital nayarita podría acceder a diversos servicios culturales. Al respecto, una primera etapa de esta Ciudad de las Artes fue inaugurada en 2011, pero la segunda etapa se dio por cancelada porque el Gobierno del Estado prefirió destinar el terreno donde esta nueva etapa se ubicaría para otros fines, desincorporándolo y enajenándolo. Ante la actitud del gobierno estatal, un grupo de ciudadanos residentes en Tepic promovió un amparo indirecto contra esta desincorporación y enajenación del inmueble, así como contra la omisión de concluir la Ciudad de las Artes, alegando la violación de su derecho a la cultura. Eventualmente, el Juez de Distrito en quien recayó el conocimiento del asunto decidió sobreseer en el juicio, resolución contra la cual los quejosos interpusieron recurso de revisión y, a la par, presentaron una solicitud de ejercicio de facultad de atracción a la SCJN, quien resolvió favorablemente dicha solicitud.²¹

I. Por normas generales, **actos y omisiones** de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte [...]

²¹ Considerandos Primero, Segundo, Tercero, Sexto y Octavo de la sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión

Después de estudiar en abstracto el derecho a la cultura – principalmente a la luz de nuestra Constitución Federal y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)–²² la Primera Sala abordó el caso partiendo de la siguiente premisa:

*Los derechos sociales [como el derecho a la cultura] generan tres tipos de deberes hacia el Estado, a saber: (1) el deber de proteger el núcleo esencial del derecho; (2) el deber de realizar progresivamente el alcance del derecho; y (3) el deber de no adoptar injustificadamente medidas regresivas.*²³

Así pues, para determinar si en la especie existió una violación al derecho a la cultura, la Primera Sala debía decidir si las autoridades responsables incumplieron uno o más de dichos deberes.

La primera de estas obligaciones, la de proteger el «núcleo esencial del derecho», es una adaptación que hace la SCJN de una doctrina del mismo nombre actualmente a discusión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que no constituye en sí misma una norma vinculante de Derecho Internacional.²⁴ Esta doctrina nace con el Comentario General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (documento en el que no se establecen obligaciones vinculantes para los Estados Partes del PIDESC) en el que dicho Comité analizó las obligaciones de estos Estados.

Un poco de contexto ayudará a aclarar este punto. Puesto que el disfrute de los derechos contenidos en el PIDESC – eminentemente *prestacionales* según la concepción tradicional de derechos humanos– está sujeto predominantemente a la implementación de acciones por parte de los Estados, que están sujetas a restricciones presupuestales, al redactar este documento se hizo énfasis en que la actualización efectiva de estos derechos se debía lograr *progresivamente*; es decir, mediante un avance

566/2015, en sesión de 15 de febrero de 2017, disponible para consulta en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=181069>>. Consultado el 24 de mayo de 2018

²² Forma 23 de marzo de 1981, ratificación publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de mayo de 1981

²³ *Ibidem*, p. 20

²⁴ TASIOLAS, John, *Minimum Core Obligations: Human Rights in the Here and Now*, World Bank; Washington, DC; 2018; p. 5. Disponible para consulta en internet en <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29144> >; consultado el 24 de mayo de 2018

paulatino, en atención a los recursos materiales que pudieran disponer los Estados Partes. Por este motivo, el artículo 2(1) del PIDESC establece textualmente que:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Ahora bien, con el fin de evitar que los Estados Partes se excusaran en este principio de progresividad para justificar un desempeño exiguo en la consecución del goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales, el Comité del PIDESC creó en su Comentario General No. 3 la doctrina del núcleo esencial de derechos, como un referente de obligaciones derivadas del PIDESC que no son susceptibles de aplicación progresiva, sino que serían de cumplimiento inmediato para todo Estado Parte, sin importar los recursos materiales que tuviera a su alcance en cualquier momento dado, a menos de que pudiera demostrar que ha empleado todo esfuerzo razonable para usar sus recursos disponibles en la satisfacción de dicho núcleo esencial de derechos.

Como es de esperarse, semejante tesis del Comité del PIDESC ha sido blanco de numerosos cuestionamientos, desde el mecanismo de identificación de las obligaciones que formarían parte de este núcleo hasta la legitimidad internacional del mismo Comité para su determinación, pero hacer un repaso de estas críticas e interrogantes sobrepasa el propósito del presente ensayo.

De momento, lo importante para nuestros fines es que esta doctrina ha sido recogida por la Suprema Corte en diversas ocasiones a partir de 2014, cuando al resolver el amparo en revisión 323/2014 determinó que el Estado Mexicano tiene el deber de proteger un núcleo del derecho a la educación. Sin perjuicio de lo anterior, la adopción de esta doctrina ha seguido un criterio muy particular de la SCJN sobre qué implicaciones tiene la obligación internacional del Estado de proteger este núcleo, como lo demuestra la sentencia recaída al amparo en revisión 566/2015 sobre la Ciudad de las Artes, en la que la Primera Sala determinó

que: *se viola el núcleo esencial de los derechos sociales cuando una afectación a éstos afecta la dignidad de las personas.*²⁵

Como nota relevante, la definición que ha dado la propia Primera Sala de la *dignidad*, emanada de amparos distintos a los aquí referidos y plasmada en su tesis jurisprudencial 1a./J. 37/2016:

*El interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratado como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.*²⁶

Así, una vez que el Estado ha dado cumplimiento a sus obligaciones relacionadas con el núcleo esencial de los derechos sociales, deberá ahora alcanzar progresivamente la plena realización de estos derechos, absteniéndose de adoptar injustificadamente medidas regresivas.²⁷ Como veremos, es en atención a este deber de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales que las políticas públicas pueden ser objeto de control de constitucionalidad por vía de amparo, principio que si bien fue introducido en el texto constitucional mediante la conocida reforma a su artículo 1° de 2011, con anterioridad ya formaba parte de nuestro sistema jurídico por estar contemplado en el artículo 2(4) del PIDESC y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁸

Siguiendo, pues, el criterio de la Primera Sala, las obligaciones asumidas por Estado mexicano referentes a estos derechos denominados prestacionales, catalogadas como derivadas del núcleo de los derechos o del principio de progresividad, pueden distinguirse como de resultado o de medios, respectivamente. En efecto, mientras el Estado tiene una obligación de garantizar absolutamente el núcleo esencial de cada derecho social –usando como parámetro la dignidad humana–, una vez satisfecho ese núcleo el Estado cumplirá su compromiso internacional mediante el despliegue del mejor de sus esfuerzos para la satisfacción progresiva de un nivel cada vez mayor de cada uno de los bienes humanos protegidos, como la salud, la educación

²⁵ Sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 566/2015, en sesión de 15 de febrero de 2017, p. 24

²⁶ Jurisprudencia visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Décima Época; Libro 33, agosto de 2016; Tomo II; p. 633

²⁷ *Ibidem*, p. 25

²⁸ Firma 2 de marzo de 1981; ratificación publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de mayo de 1981

o la cultura, lo que es, en última instancia, una obligación de medios.

Sin perjuicio de lo anterior, la Primera Sala realiza un matiz importante: existe un deber estatal derivado del principio de progresividad que no es de medios, sino de resultados, siendo éste, *la generación de una política pública razonable para alcanzar la satisfacción progresiva de cada derecho*. En este punto conviene seguir textualmente a la Corte, cuando dice:

El deber de progresividad en relación con la satisfacción del contenido de los derechos sociales implica que tiene que existir una política pública razonable para alcanzar el objetivo impuesto por el derecho en cuestión. En este sentido, los tribunales deben analizar si la medida impugnada se inscribe dentro de una política pública que razonablemente busque alcanzar la plena realización del derecho social.

[...] Adicionalmente, también hay que tener en cuenta que, si bien los jueces pueden evaluar la razonabilidad de una medida, son las autoridades administrativas y legislativas quienes en principio están en una mejor posición para determinar cuáles son las medidas adecuadas para alcanzar la plena realización de los derechos sociales. Por tanto, al analizar la razonabilidad de la medida los tribunales deben ser deferentes con dichas autoridades.²⁹

De lo anterior, podemos concluir que, tal y como habíamos adelantado, las autoridades que tengan la competencia para diseñar e implementar una política pública relacionada con un derecho humano pueden ser demandadas por vía de amparo como autoridades responsables, por su omisión en la generación de tal política. Yendo un paso más allá, también podrán ser demandadas cuando dicha política pública no sea razonable, y en este punto sobre el cual la Primera Sala no ahonda, se abre la posibilidad de que se cuestione por vía de amparo el diseño de la política pública, siempre que el juez se ejerza un parámetro no definido de deferencia a la autoridad administrativa a cargo de dicha política. Todo dependerá, pues, de lo que un juzgador de amparo considere razonable.

En el caso concreto de la Ciudad de las Artes, la Corte ejerció un control de constitucionalidad muy limitado sobre la política pública en materia de cultura del Gobierno de Nayarit, considerando que la inauguración previa de una primera etapa de este proyecto evidenciaba la existencia *de una política pública*

²⁹ *Ibidem*, pp. 28-29

razonable sobre el acceso de personas a distintos bienes e infraestructuras culturales.³⁰ Por decirlo de algún modo, la Primera Sala abrió la puerta de esta modalidad de control constitucional, pero decidió no cruzar el umbral en esta ocasión, optando por actuar con una deferencia holgada hacia este gobierno estatal.

III] Implicaciones del control de constitucionalidad de las políticas públicas, por vía de amparo

Como hemos visto, una de las consecuencias del criterio sustentado por la Primera Sala en el amparo de la Ciudad de las Artes, es la posibilidad de que una sentencia en la que se resuelva a favor del quejoso tenga por efecto la obligación de la autoridad responsable de generar o modificar una política pública de carácter general. Con ello, evidentemente se contraviene el principio de relatividad que rige en la materia, según el cual las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieres solicitado, en términos del artículo 107, fracción II, constitucional.

Al respecto, conviene precisar que no toda concesión de amparo contra la omisión de generar una política pública –o contra el acto de haber generado una que resulte ineficaz para la actualización del derecho social en juego– representa una excepción a este principio. De hecho, ya se ha presentado un caso en el que se concedió el amparo, no para que se modificara la política pública en general, sino para que no se aplicara al quejoso, a quien debía darse un trato distinto en atención a su estado de salud particular.

En efecto, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, ha sujetado a control de constitucionalidad las políticas públicas de salud implementadas por los centros penitenciarios, por violentar el derecho a la salud de los reos, según consta en su tesis jurisprudencial VII.2o.P. J/2(10a.), resolviendo que:

[...] en caso de que se acredite fehacientemente que la opción [de tratamiento para el quejoso] más adecuada es incompatible con las políticas públicas en materia de salud implementadas por el centro penitenciario en que guarda reclusión el quejoso, en virtud de involucrarse el derecho humano a la salud, la autoridad responsable deberá realizar las gestiones pertinentes para que sea atendido en algún hospital o en las clínicas del sector salud

³⁰ *Idem*

*donde pueda recibir su tratamiento en las condiciones adecuadas e idóneas a su padecimiento.*³¹

En estos términos así, en este caso el Tribunal Colegiado no ordenó a la autoridad responsable la modificación de su política pública con efectos generales, sino que no se aplique dicha política tratándose exclusivamente del quejoso.

Sin perjuicio de lo anterior, persiste el problema que hemos planteado: conciliar el principio de relatividad de las sentencias de amparo con la facultad de los tribunales del Poder Judicial de la Federación de usar este medio de control de constitucionalidad para ordenar la generación de una política pública de carácter general, según se desprende de la sentencia recaída al amparo en revisión 566/2015.

Quizá un ejemplo nos ayude a aclarar el dilema jurídico que se plantea. Antes hemos señalado que la SEDESOL es la dependencia competente a nivel federal para establecer políticas públicas para el combate a la pobreza. Puesto que en este combate están involucrados un buen número de derechos sociales, es posible promover un juicio de amparo según el hilo argumentativo que hemos expuesto, ya sea: i.- porque la SEDESOL haya sido omisa en la generación de tal política; o ii.- si existe dicha política, porque esta no resulte razonable para alcanzar la satisfacción progresiva de los derechos en juego.

En uno y otro caso, una eventual concesión del amparo no conllevaría un beneficio exclusivo para quien hubiera promovido el juicio, sino para todo aquel que resultare favorecido por dicha política pública. Por seguir con el caso ejemplo, supongamos que un grupo de beneficiarios del Programa de Inclusión Social PROSPERA (probablemente la iniciativa gubernamental actual de mayor envergadura en el combate a la pobreza en México), promueve un amparo contra el diseño de dicha política pública, y supongamos también que el amparo es resuelto favorablemente, dado que la política pública no es razonable para los fines que persigue, según el juzgador de amparo. El efecto de dicha sentencia no podría ser otro que obligar a la SEDESOL a rediseñar PROSPERA, lo que impactaría a todos sus beneficiarios.

Un escenario tal nos muestra que la posible contradicción entre las facultades de revisión constitucional de las políticas públicas con el principio de relatividad de las sentencias de amparo es apenas el primer desafío teórico que enfrentamos, a los que

³¹ Jurisprudencia visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Décima Época; Libro 27, febrero de 2016; Tomo III; p. 1966

siguen otros de mayor alcance y profundidad: i.- la reestructura en la división de poderes que implica esta intervención del Judicial en materias que, primordialmente, corresponden al Ejecutivo; ii.- la validez del uso de un criterio no definido de *razonabilidad* como parámetro de constitucionalidad de las políticas públicas; iii.- la legitimidad y capacidad técnica del Judicial para realizar este ejercicio de revisión constitucional; y iv.- los mecanismos de verificación de cumplimiento a una eventual sentencia en la que se concediera el amparo.

En efecto, como se abordó en el primer apartado del presente trabajo, las labores de estudio, diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas, siendo eminentemente administrativas, corresponden al Poder Ejecutivo, sobre las cuales el Legislativo puede realizar una revisión de índole política (mediante la comparecencia del Secretario del ramo de que se trate), y financiera (a través de la aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación).

Así, en este esquema original de pesos y contrapesos sobre las políticas públicas, el Poder Judicial no tiene un papel definido qué jugar, impresión que se ve reforzada por la ausencia aparente de facultades específicas en la materia en los artículos 103, 104, 105 y 106 constitucionales, que establecen las facultades de los Tribunales de la Federación. En esta línea, la amplia mayoría de estas atribuciones se refieren a la impartición de justicia en casos particulares sin resonancia estructural, con excepción de la declaratoria general de inconstitucionalidad, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, reservadas para el Pleno de la SCJN.

En estos términos, es válido hacer una reflexión de teoría política y constitucional: ¿la amplia y no suficientemente definida facultad de revisión de políticas públicas la Primera Sala de la Corte atribuye a los Tribunales de la Federación en su amparo en revisión 566/2015 sobre la Ciudad de las Artes, está firmemente cimentada en sus competencias constitucionales?

La cuestión está sujeta a debate. A nuestro juicio, la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 permite – y también obliga– a los tribunales federales a ejercer una participación mucho más activa en la promoción y respeto de estos derechos. Bajo esta premisa, su intervención en los asuntos relacionados con los derechos humanos casi se justifica *a priori*, como responsables últimos de la resolución de toda controversia contra actos de autoridad que los vulneren.³² Por ello, esta inclusión

³² Artículo 103, fracción I Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

del Judicial en el sistema de pesos y contrapesos sobre políticas públicas sí es constitucionalmente permitida e, inclusive, incentivada.

El problema recaerá en determinar el grado de intervención legítimo correspondiente a esta facultad, una cuestión que resulta especialmente relevante en aquellos casos en los que ya exista una política pública que procure el goce real del derecho humano de que se trate entre la población, dado que esta dificultad no estará presente cuando no se haya elaborado ninguna política pública, pues el efecto de una eventual concesión del amparo en este último caso sería, únicamente, la generación de una primer política.

Ya la Primera Sala nos dio una pauta en la sentencia aludida al establecer que los tribunales deben ser deferentes con las autoridades administrativas y legislativas, por lo que el grado de control constitucional sobre políticas públicas legítimamente permitido sería bajo; no obstante, al centrar el análisis que sobre estas políticas realice el juez en su *razonabilidad*, este grado de intervención se vuelve indefinido y, por encontrar un adjetivo más apropiado, moldeable.

Lo anterior es así, porque por ridículo que parezca, el estado actual de la Filosofía del Derecho no nos permite encontrar un parámetro cierto y universal sobre lo que es razonable, ni en abstracto ni en los casos concretos. De lo *razonable* a lo *arbitrario*, hay pocos pasos. De manera semejante, tampoco abundan las fuentes jurídicas –menos aún los criterios de la SCJN– que definan ni desarrollen la razonabilidad.

En alguna opinión consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que la razonabilidad implica *un juicio de valor [...] una conformidad con los principios del sentido común. [...] Siendo razonable lo justo, lo proporcionado y lo equitativo, por oposición a lo injusto, absurdo y arbitrario*³³ no obstante, tal definición, por redirigirnos a diversos conceptos jurídicos indeterminados –justicia, proporcionalidad, equidad– nos deja en la misma encrucijada.

Lo cierto es que la Primera Sala tampoco tenía muchas alternativas para fijar un estándar conforme al cual pudiera medir hasta qué punto debe mostrarse deferencia a las autoridades administrativas en materia de políticas públicas, marcando así un

³³ Párrafo 33 de la Opinión Consultiva OC-13/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 16 de julio de 1993. Disponible para consulta en internet en <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_13_esp.pdf>; consultado el 24 de mayo de 2018

límite que hiciera válida, e inclusive necesaria, la intervención del juez de amparo.

Una de estas limitadas alternativas disponibles hubiera sido la adopción de algunos rasgos de la doctrina del estado de cosas inconstitucional, desarrollada por la Corte Constitucional Colombiana como una respuesta a las violaciones sistemáticas y estructurales de derechos humanos en este país, cuya corrección requiere de la modificación de la estrategia institucional del Estado para enfrentar dichas violaciones.

Conforme a la doctrina de referencia, ante la vulneración masiva y generalizada de derechos constitucionales en perjuicio de un número significativo de personas, como consecuencia de una falla estructural del Estado, la Corte Constitucional está facultada para ordenar a las autoridades legislativas y administrativas la implementación de medidas concretas y eficaces para revertir tal situación. En este contexto, cuando se ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional, la Corte colombiana ha mandado que:

(i) Se diseñen y pongan en marcha las políticas, planes y programas que garanticen de manera adecuada los derechos fundamentales cuyo goce efectivo depende de la superación del estado de cosas inconstitucional; (ii) se apropien los recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos; (iii) se modifiquen las prácticas, las fallas de organización y de procedimiento que resultan violatorias de la Constitución; (iv) se reforme el marco jurídico cuyas falencias han contribuido al estado de cosas inconstitucional; y (v) se realicen los trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para superar la vulneración de los derechos.³⁴

Sería previsible, pues, que estos efectos de las sentencias en las que la Corte colombiana ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional sean similares a los que un juez mexicano ordene al conceder un amparo por considerar que una política pública es irrazonable. Lo especialmente valioso para un planteamiento análogo en nuestro país es que la jurisprudencia colombiana sí contempla elementos específicos que, de presentarse, dan pie a la declaración de un estado de cosas inconstitucional, elementos que pueden hacer que la intromisión

³⁴ Apartado 7 de la sentencia T-025/04, dictada por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, en sesión de 22 de enero de 2004. Disponible para consulta en internet en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>; consultado el 24 de mayo de 2018

del Poder Judicial en el campo de las políticas públicas obedezca a un parámetro más objetivo que una *razonabilidad* no definida. Entre dichos elementos, resaltan:

i.- La vulneración masiva de derechos constitucionales que afecte a un amplio número de personas; ii.- la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades de gobierno, requiere la adopción de un número complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; y iii.- el hecho de que el sistema judicial quedaría saturado si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de protección constitucional (el amparo, en nuestro caso).³⁵

En opinión de quien escribe, los tres elementos anteriores bien podrían servir como un criterio de admisión de una demanda de amparo en la que se alegue la inconstitucionalidad de una política pública existente, pero no resultan suficientes para tener por acreditada la violación al derecho humano de que se trate y, por ende, el otorgamiento del amparo. Por el contrario, hace falta un elemento adicional que únicamente podría ser proporcionado por la autoridad responsable a través de su informe justificado: la evidencia de la eficacia de la política. En efecto, si la política pública impugnada ha mejorado las condiciones de disfrute del derecho humano en juego entre la población afectada, es de concluirse que la autoridad responsable no habrá incurrido en trasgresión constitucional alguna, pues ha cumplido con su deber de progresividad.

Esta necesidad de constatar la eficacia de una política pública nos acarrea dificultades de naturaleza técnica. Atendiendo al criterio de especialización al que se hizo referencia al inicio de este trabajo, conforme al cual se encarga a cada Secretaría de Estado la elaboración de las políticas públicas que correspondan a su ramo, quien cuenta con mejores facultades, recursos humanos y materiales para valorar los resultados de una política pública es la propia autoridad responsable, y no el Poder Judicial.

Cierto es que este obstáculo es de tinte probatorio, y que por tanto la eficacia del acto reclamado cara al derecho humano involucrado podría superarse mediante pruebas periciales, pero precisamente el perito por excelencia en materia de cada política

³⁵ QUINTERO, Josefina, et al., *La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia*, Revista Mario Alario D'Filippo, 2011, Universidad de Cartagena. Cartagena, Volumen 3, Número 1, p. 72

pública es –o debería ser– la autoridad que tiene a su cuidado su diseño e implementación.

Llegando aún más allá, y como ha hecho patente el desarrollo de la doctrina del estado de cosas inconstitucional en Colombia, recurrir a un estándar de eficacia en la revisión constitucional de las políticas públicas requiere, para la etapa de cumplimiento de sentencias, de la instauración de un sistema de seguimiento prolongado y técnico, encauzado por el tribunal que hubiere dictado la sentencia.

En efecto, si se declarase la inconstitucionalidad de una política pública por ineficaz para los fines que persigue, ordenándose a la autoridad responsable la proyección y puesta en práctica de reformas a dicha política, el cumplimiento de la sentencia relativa se dividiría en dos momentos: primero, en la emisión de la política pública nueva o modificada, y segundo, mediante la constatación de la eficacia de estos cambios.

Un ejercicio de verificación de cumplimiento como este implicaría que el expediente no pudiera cerrarse sino después de un largo periodo de tiempo después de dictada la sentencia. Además, mutaría las labores del juez constitucional, quien por necesidad se convertiría en un auditor técnico de políticas públicas para resolver si los cambios de políticas públicas rindieron los resultados esperados.

Justamente este es el efecto que el desarrollo de la doctrina del estado de cosas inconstitucional ha tenido en Colombia, cuya Corte Constitucional ha tenido que crear una Sala Especial de Seguimiento para ir acompañando las acciones realizadas por las autoridades legislativas y administrativas para dar cumplimiento a las sentencias derivadas de estos casos. En efecto, según la Corte colombiana:

[...] el criterio para declarar la superación del estado de cosas inconstitucional no es la realización de un esfuerzo presupuestal específico, el rediseño de políticas, públicas, la expedición de nuevas y mejores leyes, la creación de macroestructuras administrativas [...] sino la garantía efectiva de los derechos [...]. En esa medida, [...] corresponde a la Corte Constitucional verificar que las acciones adoptadas por el gobierno con la finalidad de atender la problemática [...] conduzcan efectivamente al goce efectivo de los derechos [...].³⁶

³⁶ Párrafo 4 del auto de seguimiento 219/2011. Disponible para consulta en internet en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/A2011.php>>; consultado el 24 de mayo de 2018

Solo con ánimo de contextualizar las implicaciones de establecer tal parámetro de cumplimiento, desde 2004, año en que la Corte Constitucional de Colombia dictó la sentencia T-025 a la que hemos hecho referencia, se han emitido treinta y siete autos de seguimiento al cumplimiento de dicha sentencia, sin que hasta la fecha la Sala Especial la haya tenido por cumplida.³⁷ Tras catorce años de seguimiento a esta sentencia, resulta evidente que este tribunal constitucional se ha vuelto, en los hechos, un auditor técnico de políticas públicas.

Con todos estos antecedentes en mente, tampoco debe olvidarse que, actualmente, no existe un fundamento jurídico conforme al cual que se pudiera sostener el uso de un estándar de eficacia para justificar la intromisión del juez constitucional en los proyectos de políticas públicas en nuestro país, a menos que queramos entender que la *razonabilidad* de una política, en los términos plasmados por nuestra Suprema Corte en el amparo de la Ciudad de las Artes, incluye su eficacia.

Por lo demás, puede que llevar debates como estos, eminentemente técnicos, a discusión en sede judicial no haga sino politizar al Poder Judicial, al involucrarlo en discusiones que son guiadas por el programa de la Administración en turno, con el riesgo de que las razones técnicas se pierdan entre los argumentos jurídicos.

IV] Conclusiones y propuesta

Según se ha argumentado en el presente ensayo, conforme a la jurisprudencia de la SCJN, hoy en día sí es posible someter a control de constitucionalidad las políticas públicas; sin embargo, los términos planteados por la SCJN para el ejercicio de esta revisión constitucional, dejan muchas preguntas sin resolver.

Sin duda, se trata de un criterio bien intencionado, pero que toca fibras sensibles de nuestro diseño constitucional y genera dudas sobre la legitimidad de las acciones que podrían emprender los jueces de amparo en esta dirección. Tomar como referencias casos de jurisdicciones similares como la colombiana hace patente esta situación.

Los esfuerzos para que nuestras políticas públicas sean más serias y eficaces deben aplaudirse, pues en última instancia conducen a un mayor nivel de goce de derechos en la población. No obstante, dichos esfuerzos deben ser debidamente estudiados

³⁷ La lista de los acuerdos más relevantes puede consultarse en internet en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/Autos.php>

y acordados por todos los actores involucrados, pues es de esperarse que, a mayor legitimidad, mayor sea también su efectividad.

Como propuesta, si se ha decidido a favor de la intromisión del Poder Judicial en esta materia, convendría realizar una reforma constitucional –o cuando menos una reforma a la Ley de Amparo– que delinea con claridad los supuestos de procedencia y estándares de prueba de los juicios de amparo que se promovieran contra una política pública, así como los posibles efectos que pudiera tener una sentencia favorable al quejoso.

Bibliografía

ARRIAGADA, María, *La imposibilidad de equiparar derechos sociales y liberales*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2015, Vol. 42, número 3

JIMÉNEZ, William, *Políticas públicas, normas jurídicas y papel de los jueces*, Revista de Administración Pública, Instituto Nacional de Administración Pública, A.C., 2013, Volumen XLVIII, número 3

QUINTERO, Josefina, et al., *La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia*, Revista Mario Alario D'Filippo, 2011, Universidad de Cartagena. Cartagena, Volumen 3, Número 1

TASIOULAS, John, *Minimum Core Obligations: Human Rights in the Here and Now*, World Bank; Washington, DC; 2018; p. 5. Disponible para consulta en internet en <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29144>>; consultado el 24 de mayo de 2018.

VALENTI, Giovanna, et al., *Ciencias sociales y políticas públicas*, Revista Mexicana de Sociología, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, Vol. 71

La corrupción en los municipios y su combate efectivo con los sistemas municipales anticorrupción

A mis padres

MIGUEL ÁNGEL IBARRA FLORES¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Coordinación nacional y estatal para el combate a la corrupción.* III. *Los sistemas municipales anticorrupción y su necesaria implementación.* IV. *Propuesta de reforma para la obligatoriedad de los sistemas municipales en el Estado de Jalisco y ruta ideal para su conformación.* V. *Conclusiones.*

Resumen. El alto costo que genera la corrupción en México obliga a buscar soluciones eficaces que atiendan a los tres niveles de gobierno. El Sistema Nacional Anticorrupción, en conjunto con los treinta y dos sistemas locales, tiene como propósito la coordinación y suma de esfuerzos para que el combate se materialice y día con día se reduzca la brecha de impunidad. Aunado a ello, resulta indispensable la conformación de los Sistemas Municipales Anticorrupción, no como una estructura burocrática más, sino como herramienta eficiente con participación ciudadana, que auxilie a la debida coordinación con el Estado y la Federación para evitar que quienes ostenten la lucha anticorrupción municipal respondan a intereses políticos o de gobierno en turno.

Palabras clave: Corrupción, Sistema Nacional Anticorrupción, combate efectivo.

Abstract. *The high cost generated by corruption in Mexico, forces us to seek effective solutions that attend the three levels of government. The National Anti-corruption System, in conjugate with the thirty-two local systems, has the purpose of coordinating and adding the efforts so that the combat materializes and day-by-*

¹ Profesor adjunto de Derecho de la Administración Pública y Acto Administrativo en la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

day the gap of impunity can be reduced. In addition, it is essential to establish the Municipal Anticorruption Systems, not as a bureaucratic structure, but as an efficient tool with citizen participation, which helps the proper coordination with the State and the Federation, to avoid that those who fight the municipal anti-corruption, respond to political or government interests in turn.

Keywords: Corruption, Anti-Corruption System, effective combat.

I | Introducción

México tiene altos niveles de corrupción, se ubica en el lugar 135 de 180 países, siendo el 1 el menos corrupto y el 180 el más corrupto,² se percibe y se sufre en las calles, oficinas gubernamentales, empresas, de eso nadie duda, la pregunta central sería ¿existe solución? Se ha intentado erradicar este problema con leyes, pero no se debe olvidar que cuando se han corrompido los principios del gobierno, las mejores leyes se hacen malas y se vuelven contra el Estado,³ de tal manera que su eficacia es lenta y la instrumentación se ve influenciada por los poderes fácticos de este país.

La corrupción se presenta en todos los niveles de gobierno Federal, Estatal y Municipal, en el servicio público y desde luego en el sector privado. Este fenómeno afecta a los ciudadanos en perjuicio de sus intereses y el Estado, al ser el procurador de la satisfacción de los intereses colectivos por medio de la función administrativa⁴ se encuentra vulnerado por los actos de corrupción generando desconfianza en las instituciones.

² De acuerdo con cifras del Índice de Percepción de la Corrupción 2017 realizado por Transparencia Internacional este año Nueva Zelanda y Dinamarca ocupan el primer lugar con puntajes de 89 y 88 respectivamente (escala 0 a 100, donde 0 es el más corrupto y 100 el más limpio). Siria, Sudán del Sur y Somalia tienen el puntaje más bajo con puntajes de 14, 12 y 9 respectivamente. La región de mejor desempeño es Europa Occidental con un puntaje promedio de 66. Las regiones con peor desempeño son África Subsahariana (puntaje promedio de 32) y Europa Oriental y Asia Central (puntaje promedio de 34). Además de su posición 135 de 180, México es calificado con 29 puntos, muy por abajo de El Salvador con 33, Colombia y Brasil con 37 y Cuba con 47 puntos. <https://www.transparency.org/country/MEX#>, fecha de consulta: 10 de agosto de 2018.

³ MONTESQUIEU, Charles, *El espíritu de las leyes*, 18ª edición, Nicolás Estévez, Porrúa, México, 2010, Colección Sepan Cuantos, p. 109.

⁴ FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 48ª edición, Porrúa, México, 2015, p. 111.

Es práctica cotidiana la opacidad y omisión en la rendición de cuentas, misma que se da por la invisibilidad gubernamental, por el velo existente en el acontecer público donde *maduran y se difunden vicios grandes y pequeños que socavan las raíces de los sistemas democráticos: se trata de amenazas mortales, tales como (...) la corrupción pública (...) el interés privado en actos oficiales que desgastan, lenta pero inexorablemente, la confianza de la ciudadanía.*⁵ Vicios que deben combatirse con ayuda de los ciudadanos para la recuperación de su confianza en lo público.

Con la presente investigación se pretende mostrar la importancia de la creación de los Sistemas Municipales Anticorrupción, teniendo como fundamento y directriz el Sistema Nacional y los sistemas locales conformados al día de hoy. El contenido general hace referencia a la creación del Sistema Nacional Anticorrupción, así como a los sistemas locales cuya legislación se encuentra en proceso de armonización y de la integración de los Comités Coordinadores. Los ejemplos señalados expondrán el estatus que guarda la instalación de dichos sistemas. Las aportaciones para el combate a la corrupción en los municipios tendrán como centro al Sistema Municipal Anticorrupción, auxiliado por ciudadanos expertos en transparencia, rendición de cuentas y combate a la corrupción.

II] Coordinación nacional y estatal para el combate a la corrupción

Los hechos que caen en la corrupción, desde el ámbito legislativo federal, son considerados delitos por el Código Penal Federal.⁶ Para encontrar solución eficaz, la corrupción debe ser entendida como un todo generalizado, no solo desde el aspecto de delito, sino mayor aún y por la dimensión de sus consecuencias, como un crimen (no homicidio) a partir de la concepción clásica romana, es decir, *aquel acto ilícito que afecta la comunidad y da*

⁵ BOBBIO, Norberto, *Democracia y secreto*, Ariella Aureli y José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 2013, p. 17-18.

⁶ De acuerdo al Título Décimo del Código Penal Federal, son delitos por hechos de corrupción el ejercicio ilícito de servicio público, abuso de autoridad, desaparición forzada de personas (derogado), coalición de servidores públicos, uso ilícito de atribuciones y facultades, concusión, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico de influencia, cohecho, cohecho a servidores públicos extranjeros, peculado y enriquecimiento ilícito. Código Penal Federal, emitido mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de agosto de 1931, artículos 212 a 224.

lugar a una acción y a un juicio público.⁷ Partiendo de ello y con el pensamiento general de la corrupción, en los últimos años se han propuesto e implementado soluciones para su combate efectivo, mismas que fueron plasmadas en ley e impulsadas por el gobierno y la sociedad civil organizada.

En México, se inició a finales de 2012 con el Pacto por México⁸ la idea de combatir la corrupción desde el ámbito gubernamental por medio de un Sistema Anticorrupción, es decir, un conjunto de instituciones, órganos y comités coordinados y encaminados al mismo fin anticorrupción. El sistema quedó plasmado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 113, que reza:

Artículo 113. El Sistema Nacional Anticorrupción es la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos. Para el cumplimiento de su objeto se sujetará a las siguientes bases mínimas:

I. El Sistema contará con un Comité Coordinador que estará integrado por los titulares de la Auditoría Superior de la Federación; de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción; de la secretaría del Ejecutivo Federal responsable del control interno; por el presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa; el presidente del organismo garante que establece el artículo 6o. de esta Constitución; así como por un representante del Consejo de la Judicatura Federal y otro del Comité de Participación Ciudadana;

⁷ ADAME GODDARD, Jorge, *Curso de derecho romano clásico. Introducción e historia, acciones, bienes, familia, sucesiones, liberalidades, obligaciones y contratos*, Porrúa, México, 2014, p. 171.

⁸ El 2 de diciembre de 2012 se firmó, en el Castillo de Chapultepec, el "Pacto por México". Se trata de un documento que contiene importantes acuerdos sobre cinco grandes temas para impulsar el crecimiento económico y el desarrollo social de nuestro país: 1) Sociedad de Derechos y Libertades; 2) Crecimiento Económico, el Empleo y la Competitividad; 3) Seguridad y Justicia; 4) Transparencia, Rendición de Cuentas y Combate a la Corrupción; y 5) Gobernabilidad Democrática. El "Pacto por México" fue suscrito por el Presidente Enrique Peña Nieto y los líderes de las principales fuerzas políticas: Jesús Zambrano Grijalva, Presidente del Partido de la Revolución Democrática (PRD); María Cristina Díaz Salazar, Presidenta del Comité Ejecutivo del Partido Revolucionario Institucional (PRI); y Gustavo Madero Muñoz, Presidente del Partido de Acción Nacional (PAN). Pacto por México, https://embamex.sre.gob.mx/bolivia/images/pdf/REFORMAS/pacto_por_mexico.pdf, fecha de consulta: 18 de agosto de 2018.

II. El Comité de Participación Ciudadana del Sistema deberá integrarse por cinco ciudadanos que se hayan destacado por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción y serán designados en los términos que establezca la ley, y

III. Corresponderá al Comité Coordinador del Sistema, en los términos que determine la Ley:

a) El establecimiento de mecanismos de coordinación con los sistemas locales;

b) El diseño y promoción de políticas integrales en materia de fiscalización y control de recursos públicos, de prevención, control y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción, en especial sobre las causas que los generan;

c) La determinación de los mecanismos de suministro, intercambio, sistematización y actualización de la información que sobre estas materias generen las instituciones competentes de los órdenes de gobierno;

d) El establecimiento de bases y principios para la efectiva coordinación de las autoridades de los órdenes de gobierno en materia de fiscalización y control de los recursos públicos;

e) La elaboración de un informe anual que contenga los avances y resultados del ejercicio de sus funciones y de la aplicación de políticas y programas en la materia. Derivado de este informe, podrá emitir recomendaciones no vinculantes a las autoridades, con el objeto de que adopten medidas dirigidas al fortalecimiento institucional para la prevención de faltas administrativas y hechos de corrupción, así como al mejoramiento de su desempeño y del control interno. Las autoridades destinatarias de las recomendaciones informarán al Comité sobre la atención que brinden a las mismas.

Las entidades federativas establecerán sistemas locales anticorrupción con el objeto de coordinar a las autoridades locales competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción.⁹

El Sistema Nacional Anticorrupción tiene su fundamento en la Carta Magna, así como en distintas leyes y reformas¹⁰ que

⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 05 de febrero de 1917, artículo 113.

¹⁰ Paquete de reformas anticorrupción, emitidas mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de julio de 2016: Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, Ley General de Responsabilidades Administrativas, Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, reformas a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, reformas al Código Penal Federal y reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

constituyen el andamiaje jurídico en esta materia; en específico, la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción regula de manera detallada su funcionamiento, integrantes, así como las atribuciones y facultades de los mismos. En la Constitución Federal, de igual forma en el artículo 113, se establece la obligación hacia las entidades federativas de la creación de los Sistemas Locales Anticorrupción para que sean la instancia coordinadora entre las autoridades locales y federales en el combate a la corrupción. La intención del Legislador fue unificar la materia anticorrupción, de forma que las conductas generalizadas fueran atacadas de manera coordinada y eficaz.

De lo anterior se pudiese entender que con un Sistema Nacional Anticorrupción y 32 Sistemas Locales la corrupción estaría atada de manos. Pensarlo así sería el primer error de estos mecanismos, ¿por qué? Porque al día de hoy, el Sistema Nacional está incompleto. De sus integrantes, el Titular de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción se encuentra aún en proceso de selección y en el ámbito estatal solo 20 entidades federativas han armonizado en su totalidad la legislación local con la federal y ya cuentan con el Comité Coordinador local conformado.¹¹

La intención con la conformación total de los Sistemas en la República Mexicana es reducir la propagación de la corrupción y progresivamente llegar a su extinción, con la coordinación y participación de las autoridades de los tres ámbitos de gobierno que tienen dentro de sus atribuciones el tema en comento. El primer paso es la redacción legislativa, el segundo su implementación y el tercero su eficacia gradual. México, de diciembre de 2012 a agosto de 2018 y en promedio, va en el segundo paso, lento, pero avanzando.

Como ejemplo, el estado de Jalisco es uno de los 20 estados que ya cuenta con el Comité Coordinador del Sistema

¹¹¿Qué entidades federativas concluyeron la armonización legislativa? Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Ciudad de México, Coahuila, Guerrero, Hidalgo, Estado de México, Michoacán, Morelos, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán. ¿Qué entidades federativas ya cuentan con Comité Coordinador sesionando? Aguascalientes, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Yucatán y Zacatecas. Seguimiento Sistemas Locales Anticorrupción de las Entidades Federativas, http://sna.org.mx/wp-content/uploads/2018/08/Seguimiento_32SLA-31.07.2018-Tablas-1.pdf, Fecha de consulta: 10 de agosto de 2018.

Estatal Anticorrupción ¹², así como con la estructura y funcionamiento armonizados y plasmados en la Constitución Política del Estado de Jalisco y la Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Jalisco.

III] Los sistemas municipales anticorrupción y su necesaria implementación

Los municipios en México, desde el aspecto administrativo, forman parte de la *descentralización por región, son una organización administrativa destinada a manejar los intereses colectivos que corresponden a la población radicada en una determinada circunscripción territorial*.¹³

Esta organización administrativa se encuentra gobernada por un órgano colegiado supremo denominado Ayuntamiento, integrado por el Presidente Municipal y por los Ediles que representan las distintas fuerzas políticas electas por los habitantes de la demarcación territorial determinada. Esta integración haría pensar que el Ayuntamiento cuenta con los controles suficientes para que las decisiones sean adecuadas a las necesidades comunes, sin embargo:

No se implementa en la mayoría de los ayuntamientos de México el sistema de las decisiones colegiadas; la mayor parte de las decisiones trascendentes para el municipio son tomadas por el Presidente Municipal; aunque la máxima autoridad de la Corporación es, o debe ser el Cabildo, la mayoría de los Regidores pertenecen a un mismo partido político, lo cual merma la fuerza del Cabildo.¹⁴

Lo anterior ocasiona que las decisiones, así como la vigilancia interna de la Administración Pública en los Municipios se concentren en una sola persona y se tienda a favorecer a los propios, con parcialidad en la toma de decisiones y con opacidad en la rendición de cuentas, lo que conduce directamente a la corrupción en los Ayuntamientos.

¹⁵ Elaboración propia, información obtenida de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos artículo 113, Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción artículos

Ordenamiento	Inclusión de los Municipios en el ámbito Federal y Local en materia anticorrupción (Generalidades). ¹⁵
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	Art. 113. (...) coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno (...)
Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.	Art. 1. (...) de observancia general en territorio nacional (...) objeto establecer las bases de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, los <i>municipios</i> y las <i>alcaldías</i> de la Ciudad de México (...) Art. 3. (...) VI. Entes Públicos: (...) <i>municipios</i> y <i>alcaldías</i> de la Ciudad de México y sus dependencias y entidades (...)
Constitución Política del Estado de Jalisco.	Art. 107 Ter. El Sistema Anticorrupción del Estado de Jalisco es la instancia de coordinación entre las autoridades estatales y <i>municipales</i> competentes (...)
Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Jalisco.	Art. 1. (...) de observancia general en todo el territorio del Estado, tiene por objeto establecer y regular las acciones relativas a la coordinación entre el Estado y los <i>Municipios</i> (...) Art. 3. (...) VI. Entes Públicos: (...) <i>municipios</i> , sus dependencias y entidades de la Administración Pública Centralizada y <i>Paramunicipal</i> (...) Art. 36. 1. Los <i>municipios</i> podrán integrar e implementar sistemas anticorrupción armonizados con los sistemas Estatal y Nacional Anticorrupción (...)
Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco.	Artículo 37. Son obligaciones de los Ayuntamientos, las siguientes: (...) XVII. Coordinarse con la Federación, Estados y Municipios, en materia de combate a la corrupción; (...)

1 y 3, Constitución Política del Estado de Jalisco artículo 107 Ter, Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Jalisco artículos 1, 3 y 36, así como de la Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco artículo 37 fracción XVII.

¹³ FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 216.

¹⁴ COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *La autonomía municipal en México*, Porrúa, México, 1998, p. 302.

¹⁵ Elaboración propia, información obtenida de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos artículo 113, Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción artículos 1 y 3, Constitución Política del Estado de Jalisco artículo 107 Ter, Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Jalisco artículos 1, 3 y 36, así como de la Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco artículo 37 fracción XVII.

¿Pero cuál es la situación de la corrupción que coexiste en la Administración Pública Municipal? ¿El Sistema Nacional y los 32 Sistemas Locales alcanzan a combatir la corrupción que se da en el primer orden de gobierno? La corrupción es una, pero sus formas de manifestación son diversas y aquí la relación con los Municipios que atiende principalmente, hacia el exterior, a los trámites que se realizan y servicios públicos que se prestan en dicho nivel de gobierno y que, por el vínculo directo entre servidores públicos municipales y ciudadanos, da lugar a negociaciones ilícitas para la obtención de beneficios vulnerando los intereses colectivos, y hacia el interior de la Administración Pública, con las decisiones y control unipersonal para favorecer a servidores públicos¹⁶ de la misma corriente política que realizan actos que recaen en la corrupción.

Del análisis sistemático del texto constitucional y legislativo que soporta el tema anticorrupción, se desprende la inclusión de los Municipios como orden de gobierno competente para la coordinación en el combate a la corrupción. La siguiente tabla muestra las generalidades de los ordenamientos a nivel Federal y Estatal en Jalisco.

Si bien, el texto constitucional establece la obligación para los estados de la creación de Sistemas Locales, la gran parte de estos no establece el deber de instaurar los Sistemas Municipales Anticorrupción, dejando al arbitrio de cada Municipio su conformación con el argumento principal de la autonomía municipal prevista en el artículo 115 Constitucional, mismo que señala que *los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre (...)*¹⁷ El contraste con mayor precisión se da entre el Estado de México y Jalisco.

El texto constitucional y legal local del Estado de México señala la obligación que tienen los Municipios de formar el Sistema Municipal Anticorrupción, plasma los lineamientos que se deben

¹⁶ (...) Además, no se establecen mecanismos donde el Pleno de la Corporación tome decisiones trascendentes en materia de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Ayuntamiento; o, al menos que quedase el Cabildo como Órgano a resolver en casos de inconformidad por parte de los servidores afectados. En todo caso, son preferibles las decisiones de manera colegiada que las de carácter individual, lo cual, no existe generalmente en las legislaciones municipales de México; otra deficiencia que se presenta, es con la relación a que no se menciona la participación ciudadana, ya sea en la iniciativa o en el procedimiento de sanciones y destituciones de los servidores públicos por incumplimiento de sus obligaciones, lo cual es de vital importancia. (...) Ibidem, p. 309.

¹⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 115.

seguir para su instalación y atribuciones del mismo; la Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios señala:

Artículo 61. El Sistema Municipal Anticorrupción es la instancia de coordinación y coadyuvancia con el Sistema Estatal Anticorrupción, que concurrentemente tendrá por objeto establecer principios, bases generales, políticas públicas, acciones y procedimientos en la prevención, detección y sanción de faltas administrativas, actos y hechos de corrupción, así como coadyuvar con las autoridades competentes en la fiscalización y control de recursos públicos en el ámbito municipal.

Artículo 62. El Sistema Municipal Anticorrupción se integrará por:

- I. Un Comité Coordinador Municipal.*

- II. Un Comité de Participación Ciudadana.*

Artículo 63. El Comité Coordinador Municipal se integrará por:

- I. El titular de la contraloría municipal.*

- II. El titular de la unidad de transparencia y acceso a la información del municipio.*

- III. Un representante del Comité de Participación Ciudadana Municipal, quien lo presidirá. (...)*

*Artículo 69. El Comité de Participación Ciudadana Municipal se integrará por tres ciudadanos que se hayan destacado por su contribución al combate a la corrupción, de notoria buena conducta y honorabilidad manifiesta. (...)*¹⁸

En el estado de Jalisco la Constitución local no prevé los Sistemas Municipales Anticorrupción, no obstante en la Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Jalisco en su artículo 36 plasma la posibilidad, y no la obligación, para que los Municipios los conformen; importante señalar que su regulación es mínima, se reduce a un artículo y a dar las bases para su creación armonizada con el Sistema Estatal y Nacional. Aunado a ello, la Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco establece la obligación que tienen los Ayuntamientos de coordinarse en materia de combate a la corrupción, pero no señala el mecanismo para tal efecto.¹⁹ Por lo tanto, deja en evidencia el pensamiento e intención del legislador Jalisciense, primero, al considerar suficiente el andamiaje Federal y Estatal la corrupción municipal no tendría más salida que su extinción, y segundo, deja

¹⁸ Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios, emitida mediante decreto publicado en el Periódico Oficial Gaceta del Gobierno el día 30 de mayo de 2017, artículos 61 a 63, 69.

¹⁹ Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco, emitida mediante decreto publicado en el Periódico Oficial El Estado de Jalisco el día 05 de octubre de 2000, artículo 37 fracción XVII.

abierta la posibilidad a los 125 Ayuntamientos para que con su estructura, autonomía, presupuesto y reglamentación conformen los Sistemas Municipales, como instancia de coordinación con la Federación y el Estado.

La realidad difiere. Es en la Administración Pública Municipal donde la corrupción impera a diario, en trámites tan sencillos como la obtención de licencias de construcción, cambio de uso de suelo, de comercio, en la adquisición de materiales, contratación de obra pública municipal, desvío de recursos municipales por parte de los servidores públicos, en numerosas conductas que recaen en la corrupción y deben ser atendidas. Lo anterior, en ocasiones se genera a raíz de la impunidad y proteccionismo que predomina en los gobiernos municipales, de tal forma que, a decir de Diego Valadés *la impunidad política ha limitado la capacidad de acción institucional y esto a su vez ha potenciado la impunidad en otros ámbitos, haciendo de México un país con bajos estándares en materia de Estado de derecho.*²⁰

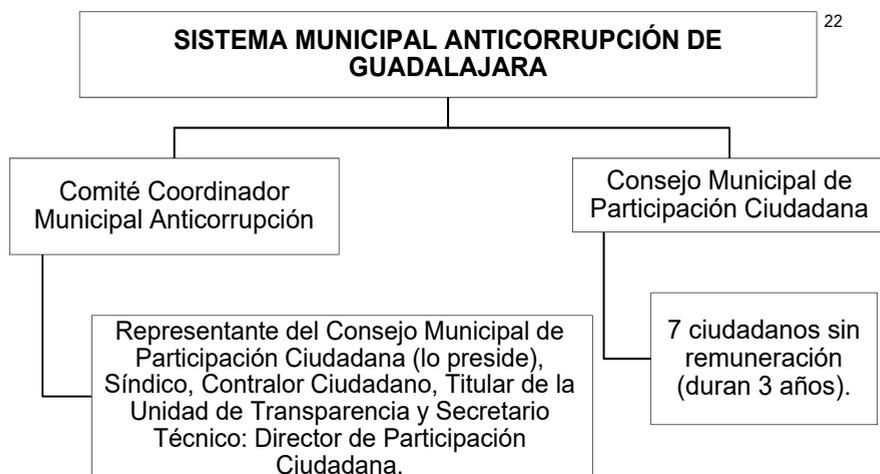
Si en los Municipios de Jalisco no es obligatoria la conformación de los Sistemas Municipales Anticorrupción, la pregunta debiera ser: sin un Sistema Municipal Anticorrupción ¿Con quién se coordinaría el Sistema Estatal y Nacional para el combate efectivo? ¿Con el Presidente Municipal o con el Contralor Municipal? La respuesta podría proteger a servidores públicos deshonestos para seguir obteniendo beneficios ilícitos en perjuicio de la sociedad, razón por la cual es necesario que exista un sistema imparcial, que exista coordinación entre autoridades estatales y federales, que de certeza a los habitantes de que la corrupción se combate horizontal y verticalmente, sin distinciones ni amiguismos, esos que abundan tanto en la política cotidiana.

El Municipio de Guadalajara fue el primero en el Estado de Jalisco en crear el Sistema Municipal Anticorrupción, acorde a sus exigencias, pero armonizado al Estatal y Nacional. Esta instancia de coordinación, *tiene por objeto establecer, articular y evaluar la política en materia anticorrupción en los Entes Públicos, así como estructurar e instrumentar los principios, bases generales, políticas públicas y procedimientos para la coordinación con el Comité Coordinador en materia de anticorrupción (...)*²¹

²⁰ SALAZAR, Pedro, IBARRA PALAFOX, Francisco y B. FLORES, Imer, *¿Cómo combatir la corrupción?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2017, p. 13.

²¹ Reglamento del Sistema Anticorrupción del Municipio de Guadalajara, emitido mediante dictamen de ordenamiento municipal publicado en la Gaceta Municipal de Guadalajara el día 06 de marzo de 2018, artículo 3.

Será referente para el combate a la corrupción en el Municipio ya que su integración, lejos de ser burocrática (por no crear más plazas laborales), da espacio a ciudadanos sin afiliación partidista alguna, lo que busca garantizar la imparcialidad y objetividad en la emisión de recomendaciones y políticas públicas. Integrándose de la siguiente manera:



El Consejo Municipal de Participación Ciudadana no tiene dentro de sus atribuciones el inicio de procedimientos administrativos ni de aplicación de sanciones, en cambio, *las recomendaciones que emita el Consejo serán públicas*,²³ lo que da motivo para que los servidores públicos corrijan su actuar y si no lo hacen, continuar el procedimiento respectivo teniendo como fundamento lo señalado por los siete consejeros ciudadanos.

Además de este Sistema, Guadalajara cuenta con la estructura gubernamental adecuada para el combate a la corrupción, que incluye la Comisión Edilicia de Transparencia, Rendición de cuentas y Combate a la corrupción, así como las Direcciones de Responsabilidades, Administración, Innovación Gubernamental, Atención Ciudadana, Participación Ciudadana, Contraloría Ciudadana, entre otras, que dentro de sus atribuciones se encuentra la implementación de mecanismos para prevenir la corrupción y en su caso derivar la información a quienes tengan la facultad de iniciar procedimientos administrativos; de conformidad

²² Elaboración propia, información obtenida del Reglamento del Sistema Anticorrupción del Municipio de Guadalajara artículos 4, 7, 13, 17; Reglamento de Participación Ciudadana para la Gobernanza del Municipio de Guadalajara artículos 30, 77.

²³ Reglamento del Sistema Anticorrupción del Municipio de Guadalajara, artículo 22.

con el Reglamento de la Administración Pública Municipal de Guadalajara.²⁴

Guadalajara puso el ejemplo y los Municipios que integran la Zona Metropolitana (ZMG) han iniciado los trabajos en la materia. Sin embargo, ¿en qué escenario se encuentran los municipios del interior del Estado? Aquellos alejados de la Capital, que tienen poco presupuesto e interés nulo en el combate a la corrupción, donde es escasa la participación de los ciudadanos y la transparencia no es eje rector de la rendición de cuentas, o bien, donde la mayor parte de la nómina es familiar del Presidente Municipal o Regidores. Ahí la corrupción existe, está latente frente a todos y lastima de igual manera. De forma paralela a los Municipios integrantes de la ZMG, resulta indispensable que los que pertenecen al interior del estado conformen los Sistemas Anticorrupción y esto se dará, por no existir obligación actualmente, con voluntad política de los Plenos y con la exigencia ciudadana que deberá hacerse presente por el hartazgo de esta problemática; o bien, reformando la legislación para instaurar la obligación.

IV] Propuesta de Reforma para la obligatoriedad de los sistemas municipales en el Estado de Jalisco y ruta ideal para su conformación

Para que se combata la corrupción en los municipios de Jalisco es necesario que existan los Sistemas Municipales, por lo cual el Congreso del Estado de Jalisco debe reformar el artículo 36 de la Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Jalisco para que sea obligatorio la conformación de los Sistemas Municipales en los 125 Municipios del Estado, dando certeza para la efectiva coordinación con las autoridades.

Además, se deberá adicionar al artículo 36 de la Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco el requerimiento de votación por mayoría calificada de los integrantes del Ayuntamiento para la elección de los miembros del Comité de Participación Ciudadana Municipal. La integración ciudadana²⁵ del Sistema garantizará imparcialidad por la forma de su elección vía mayoría calificada de los Plenos de los

²⁴ Reglamento de la Administración Pública Municipal de Guadalajara, artículos 79, 80, 114, 115, 116.

²⁵ Con ello, se busca *perfeccionar los controles ciudadanos, para lo cual se requiere mayor cultura cívica y participación (...)* COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *La autonomía municipal en México, op. cit.*, p. 313.

Ayuntamientos, asegurando también la participación de la oposición dando voz a las distintas fuerzas políticas representadas en el Municipio. También, resulta importante que se adicione al artículo 37 en su fracción XVII de la Ley en comento, que la coordinación con la Federación, Estados y Municipios se realizará a través de los Sistemas Municipales Anticorrupción. A continuación se detallan las propuestas:

26

Texto actual	Propuesta
<p>Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Jalisco. Artículo 36. 1. Los municipios podrán integrar e implementar sistemas anticorrupción armonizados con los sistemas Estatal y Nacional Anticorrupción. (...)</p>	<p>Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Jalisco. Artículo 36. 1. Los municipios <i>deberán</i> integrar e implementar sistemas anticorrupción armonizados con los sistemas Estatal y Nacional Anticorrupción. (...)</p>
<p>Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco. Artículo 36. Se requiere el voto favorable de la mayoría calificada de los integrantes del Ayuntamiento para: I. a X. XI. Los demás casos que señalen la presente ley y otras leyes.</p> <p>Artículo 37. Son obligaciones de los Ayuntamientos, las siguientes: I. a XVI. XVII. Coordinarse con la Federación, Estados y Municipios, en materia de combate a la corrupción; (...)</p>	<p>Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco. Artículo 36. Se requiere el voto favorable de la mayoría calificada de los integrantes del Ayuntamiento para: I. a X. <i>XI. Elegir a los miembros del Comité de Participación Ciudadana del Sistema Municipal Anticorrupción.</i> XII. Los demás casos que señalen la presente ley y otras leyes.</p> <p>Artículo 37. Son obligaciones de los Ayuntamientos, las siguientes: I. a XVI. XVII. Coordinarse con la Federación, Estados y Municipios, en materia de combate a la corrupción, <i>a través de los Sistemas Municipales Anticorrupción; (...)</i></p>

²⁶ Elaboración propia, información obtenida de la Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Jalisco artículo 36 y de la Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco artículo 36 y 37.

Una vez que el Congreso del Estado de Jalisco realice las reformas necesarias a la Legislación, los Municipios deberán seguir criterios mínimos, dentro de su autonomía, para la creación de los Sistemas Municipales. La ruta ideal sería la siguiente:

1.- El Pleno del Ayuntamiento deberá crear una Comisión Edilicia denominada *Anticorrupción*, que inicie los trabajos para la redacción del Reglamento del Sistema Municipal Anticorrupción, donde además de los ediles miembros de la Comisión, intervengan expertos y sociedad civil organizada, por ejemplo, instituciones educativas con presencia en el Municipio, sectores obrero, campesino, empresarial, entre otros. Destacar que dicha Comisión Edilicia será independiente del Sistema, tal y como lo establece el artículo 36 párrafo 2 de la Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Jalisco.²⁷

2.- El Comité Coordinador del Sistema se integrará por el Contralor Municipal, Síndico, Titular de la Unidad de Transparencia, un Regidor de mayoría relativa, un Regidor de representación proporcional, Presidente del Comité de Participación Ciudadana y el Director de Participación Ciudadana, buscando que la integración sea impar para el caso de empate en las votaciones.

3.- Formarán parte del Comité de Participación Ciudadana Municipal cinco ciudadanos destacados en anticorrupción, rendición de cuentas y transparencia, propuestos por instituciones académicas y organizaciones de la sociedad civil, electos por mayoría calificada en el Pleno del Ayuntamiento. La integración deberá ser impar.

4.- Aprobado el Reglamento del Sistema Municipal Anticorrupción por el Pleno, se procederá a la instalación del Comité Coordinador y el Comité de Participación Ciudadana.

Claro está que, sin la participación voluntaria de los ciudadanos, los Sistemas serían un conjunto más de órganos y carecerían de escrutinio público, imprescindible para el combate. Se hace énfasis en la voluntad ciudadana porque *la participación es tomar parte activa, voluntaria y personalmente. Voluntariamente es un detalle importante, porque, si se obliga a la gente a participar a la fuerza, eso es movilización desde arriba y no participación desde abajo.*²⁸

²⁷ Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Jalisco, artículo 36.

²⁸ SARTORI, Giovanni, *Lección de democracia*, Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación SNTE, México, 2015, p. 41.

V] Conclusiones

La corrupción se encuentra presente en los tres niveles de gobierno, su manifestación es diversa y debe ser atendida, combatida con conocimiento y con instrumentos eficaces. Por lo que se concluye lo siguiente.

Son suficientes pero reformables las medidas legislativas que existen en México para el combate a la corrupción, sin embargo, su instrumentación ha sido lenta lo que reduce la efectividad y materialización. El Sistema Nacional está incompleto lo que deriva en que los Sistemas Locales se encuentren de igual forma y no exista una efectiva coordinación de los integrantes.

El legislador Jalisciense, al dejar opcional a los Ayuntamientos la instalación de los Sistemas Municipales Anticorrupción, dio un retroceso en el combate a la corrupción ya que su conformación, al no ser obligatoria, será lenta y con posibilidad de que no se realice.

La corrupción que se da en la Administración Pública Municipal se combate con las generalidades que prevé el Sistema Nacional y los Sistemas Locales, pero no con la cercanía necesaria a las causas sociales de los habitantes de un Municipio, de aquí la importancia de los Sistemas Municipales Anticorrupción como la instancia de coordinación para su eficaz combate, con auxilio de ciudadanos comprometidos con la causa, sin afiliación partidista o vínculo alguno con el gobierno.

No se extinguirá la corrupción solo con sistemas, y menor aún, con la sola participación de servidores públicos; para que los sistemas funcionen se requieren verdaderos contrapesos que vigilen su actuar y eficacia, teniendo esta atribución *de facto* la sociedad civil organizada.

La impunidad en México ha generado que la sociedad desconfíe de las instituciones y es que la corrupción quebranta los intereses de todos beneficiando a unos cuantos. Aquí es donde los servidores públicos, independientemente del cargo que desempeñen, deben ser éticos en el ejercicio de su actuar por la representación del Estado, porque *cuando los principios se mantienen sanos, aún las leyes malas hacen el efecto de las buenas: la fuerza del principio supe a todo.*²⁹

²⁹ MONTESQUIEU, Charles, *op.cit.*, p. 109.

Bibliografía

ADAME GODDARD, Jorge, *Curso de Derecho Romano Clásico. Introducción e historia, acciones, bienes, familia, sucesiones, liberalidades, obligaciones y contratos*, Porrúa, México, 2014.

BOBBIO, Norberto, *Democracia y secreto*, Fondo de Cultura Económica, México, 2013.

COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *La autonomía municipal en México*, Porrúa, México, 1998.

FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 48ª edición, Porrúa, México, 2015.

SALAZAR, Pedro; IBARRA PALAFOX, Francisco y B. FLORES, Imer, *¿Cómo combatir la corrupción?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2017

MONTESQUIEU, C., *El espíritu de las leyes*, 18ª edición, Nicolás Estévez, Porrúa, México, 2010, Colección Sepan Cuantos

SARTORI, Giovanni, *Lección de democracia*, Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación SNTE, México, 2015

Código Penal Federal, emitido mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de agosto de 1931

Constitución Política del Estado de Jalisco, emitida mediante decreto publicado en el Periódico Oficial El Estado de Jalisco el día 11 de julio de 1917

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 05 de febrero de 1917

Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco, emitida mediante decreto publicado en el Periódico Oficial El Estado de Jalisco el día 05 de octubre de 2000

Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Jalisco, emitida mediante decreto publicado en el Periódico Oficial El Estado de Jalisco el día 18 de julio de 2017

Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios, emitida mediante decreto publicado en el Periódico Oficial Gaceta del Gobierno el día 30 de mayo de 2017

Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de julio de 2016

Reglamento del Sistema Anticorrupción del Municipio de Guadalajara, emitido mediante dictamen de ordenamiento municipal publicado en la Gaceta Municipal de Guadalajara el día 06 de marzo de 2018

Reglamento de la Administración Pública Municipal de Guadalajara, emitido mediante dictamen de ordenamiento municipal publicado en la Gaceta Municipal de Guadalajara el día 01 de octubre de 2015

Reglamento de Participación Ciudadana para la Gobernanza del Municipio de Guadalajara, emitido mediante dictamen de ordenamiento municipal publicado en la Gaceta Municipal de Guadalajara el día 19 de noviembre de 2015

Índice de Percepción de la Corrupción 2017, Transparencia Internacional / <https://www.transparency.org/country/MEX#> / Fecha de consulta: 10 de agosto de 2018

Pacto por México / https://embamex.sre.gob.mx/bolivia/images/pdf/REFORMAS/pacto_por_mexico.pdf / Fecha de consulta: 18 de agosto de 2018

Seguimiento Sistemas Locales Anticorrupción de las Entidades Federativas / http://sna.org.mx/wp-content/uploads/2018/08/Seguimiento_32SLA-31.07.2018-Tablas-1.pdf / Fecha de consulta: 10 de agosto de 2018

Agrupación de Empresas y Sociedades

LUIS MANUEL C. MÉJAN¹

SUMARIO: I. *La agrupación de sociedades.* II. *Los elementos integradores del grupo de sociedades.* III. *Naturaleza jurídica del fenómeno: grupo de sociedades.* IV. *Cómo lo trata la legislación mexicana.* V. *El velo corporativo.* VI. *Conclusiones.*

Resumen. El fenómeno *grupo de sociedades* ha aparecido con intensidad en el mundo, pero su regulación jurídica no se ha completado. En su naturaleza está el reunir a una pluralidad de entidades; la presencia de un poder de control y una unidad de propósito. Se forma o por una estructura orgánica natural o por contrato y puede ser horizontal o vertical. La legislación mexicana hace algunas referencias, pero no lo regula con algunas salvedades en materia financiera, fiscal y concursal.

Palabras clave: Agrupación de empresas, corporativo, empresa, grupo, sociedad.

Abstract. *The phenomenon called group of companies has appeared with intensity in the world, but its legal regulation has not been completed. Its nature consists of gathering a plurality of entities; the presence of power of control and unity of purpose. It is formed either by a natural organic structure or by contract and can be horizontal or vertical. Mexican legislation makes some references but does not regulate it with some exceptions in financial, fiscal and bankruptcy matters.*

¹ Profesor Asignatura Plus en el ITAM. Investigador del SNI. Con la colaboración de Jesús Mario Osorio López alumno en Derecho de la Universidad Regional del Sureste (Oaxaca), seleccionado por la Academia Mexicana de Ciencias como participante en el XXVIII Verano de la Investigación Científica.

Keywords: *Group of companies, corporation, enterprise, group, society.*

I] La agrupación de sociedades

La formación de grupos de sociedades es un fenómeno que ha venido surgiendo con alguna intensidad especialmente a partir y durante la segunda mitad del siglo XX, aunque algunos autores citan orígenes del fenómeno desde el siglo XIX.

Sin entrar al detalle de la discusión de si las personas morales son sujeto de derechos humanos y de la protección que las leyes deben dar a éstos, es necesario arribar a la conclusión de que, si los individuos cuentan entre sus derechos fundamentales el de libertad de asociación, tal derecho se extiende a las personas morales ya constituidas, pues cuentan con la posibilidad legal de tener una libertad de contratación. Es, por lo menos, un hecho, el que las personas morales lo hacen, ya sea como un resultado de contratos que celebran entre sí, ya como resultado de un poder de reproducción con el que cuentan cuando deciden invertir capital en la creación de un nuevo ente social.

Se trata de un fenómeno societario nuevo: la asociación de sociedades, esto es la existencia de diversas personas jurídicas que se asocian con un fin que llena el objeto social de cada una de ellas y que en conjunto obtienen un objeto que es superior a los individuales de cada una.

La doctrina ha dado definiciones, o a veces tan solo descripciones fenomenológicas, de en qué consiste la realidad *grupo de sociedades*. Diversas legislaciones en el mundo se han ocupado del fenómeno.²

1. El nombre

Hay que empezar por el nombre con que se les designa: la práctica ha utilizado acepciones diversas que llevan a un concepto equívoco, es decir que puede tener

² Tal es el caso, por ejemplo, de Francia que en su código de comercio dedica un capítulo a diversas fases del fenómeno, aunque como indica la GUIDE DE GESTION RF. *Les groupes de PME*. Paris, 2004, página 9: *Il n'existe pas une définition légale du groupe. C'est à vue d'une situation de fait que l'existence d'un groupe sera ou non révélée. La variété des groupes est, de ce fait, infinie... de type horizontal, vertical, pyramidal, circulaire.*

múltiples significados. Así se ha utilizado: grupo de empresas, grupo de sociedades, grupo de empresas comerciales, grupo de empresas mercantiles, grupo corporativo o grupo societario.

La expresión *grupo de empresas* podría excluir la presencia dentro del grupo de algún ente que no es propiamente una empresa. Para ello conviene definir el concepto *empresa*.

La Real Academia de la Lengua Española la define como: *unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos*.

En su libro *Concurso Mercantil de Grupos Empresariales*, Víctor Manuel Peña Briseño se da a la tarea de encontrar la definición de empresa para lo cual recurre y recorre una gran variedad de antecedentes y tratadistas, cada cual con su definición, para afirmar conclusivamente que su realidad consta de elementos objetivos, un patrimonio y elementos subjetivos: las personas que ejercitan profesionalmente una actividad económica con fines de producción de bienes o servicios.³

Para los efectos del presente habrá de entenderse que una empresa es una entidad dedicada a una actividad económica y lucrativa. A esta entidad están asignados: un patrimonio o conjunto de bienes, una o más personas que la operan, una finalidad o propósito y una estructura jurídica.

Ello quiere decir que en un grupo habrá desde luego una o varias empresas, pero también puede ocupar a entidades que no necesariamente conforman una empresa, piénsese por ejemplo en una agrupación empresarial que cuenta con una entidad dedicada a promover el arte o la educación en un determinado campo.

El término grupo societario o de sociedades, parte del supuesto que todos sus integrantes son precisamente *sociedades*, es decir la reunión de varios individuos con un patrimonio propio y una finalidad a perseguir que conforman un ente jurídico diverso al de quienes la han constituido. Sin embargo, hoy en día, existen muchos fenómenos jurídicos que reproducen el patrimonio independiente diferenciado afecto a un fin sin que concurra el fenómeno de la pluralidad

³ PEÑA BRISEÑO, VÍCTOR MANUEL. *Concurso Mercantil de Grupos Empresariales*, Editorial Tirant Lo Blanch México 2014. pp. 50 a 55.

de sujetos (los fideicomisos, las *sociedades* unimembres, los fideicomisos, las unidades económicas, etc.)

El término *grupo corporativo* ha venido siendo también aceptado. La Real Academia Española define: *corporativo, perteneciente o relativo a una corporación y corporación: 1 organización compuesta por personas que, como miembros de ella, la gobiernan. 2. empresa normalmente de grandes dimensiones, en especial si agrupa a otras.*

El término *corporativo* ha venido a tomar un significado muy peculiar derivado del concepto inglés *corporation: an entity having authority under law to act as a single person distinct from the shareholders who own it and having rights to issue stock and exist indefinitely or [...] a legal personality distinct from the natural persons who make it up, exists indefinitely apart from them and has legal powers that its constitution gives it.*⁴ De este concepto anglosajón proviene la idea de que para existir tales personas jurídicas deben *incorporarse*, es decir ser inscritas en un registro que, según la jurisdicción, tendrá efectos constitutivos o publicitarios.

Otro término usado para describir esta realidad es el de *agrupación*, el cual muestra claramente la idea de que se trata de una realidad que conjunta diversas realidades que han desplegado la voluntad de vivir aglutinadas alrededor de algo. Sin embargo, cuando a ese sustantivo *agrupación* se le pone el calificativo, se regresa a la misma problemática: *agrupación de empresas, agrupación de sociedades, etcétera.*

Con todas esas imprecisiones de los términos, para efectos prácticos del presente se usará el término *grupos de sociedades* porque la generalidad de la tradición ha hecho que las empresas se estructuren jurídicamente bajo la forma de sociedad y porque parece ser el término más comúnmente usado en la bibliografía respectiva, pero no deben descartarse las otras denominaciones por contener y aportar realidades que sin duda están presentes en el fenómeno.

a. *Los elementos integradores.* Una búsqueda en definiciones doctrinales podrá brindar una perspectiva sobre la naturaleza ontológica de los *grupos de*

⁴ Black's Law Dictionary

sociedades. Oriol Llebot los describe como la situación en la que frente a una unidad empresarial en sentido económico existe una pluralidad de entidades cada una con personalidad jurídica propia,⁵ y, por su parte Luque los explica como la situación de varios empresarios (generalmente sociedades) jurídicamente independientes que, por estar sometidos a una dirección única de contenido general que constituyen una unidad económica.⁶

De estas descripciones fenomenológicas y de la observación de la realidad en todo el mundo se pueden encontrar los siguientes elementos constitutivos de un grupo de sociedades: 1) una pluralidad de entidades que lo forma; 2) la existencia de un poder de control y 3) una unidad de propósito empresarial. El análisis de estos elementos integrará el siguiente capítulo.

- b. *El impulso generador.* Ciertamente existen una serie de motivos extrajurídicos que motivan la creación de los Grupos de Sociedades: propósitos de índole fiscal, laboral, de administración de recursos, de legislaciones que ofrecen marcos jurídicos diversos, de mercados, geográficas, políticas adoptadas por los inversionistas, obligaciones impuestas por autoridades, etcétera., sin embargo, aquí se trata de encontrar el impulso o el élan jurídico en la formación de un Grupo.

Cuando una empresa invierte capital formando otra entidad jurídica y, por lo mismo, mantiene la tenencia de un capital suficiente para ejercer la mayoría de voto en las decisiones de los órganos corporativos de la empresa creada, no hay duda de que, quiérase o no, están constituyendo un grupo de empresas porque se da la presencia de los tres elementos fundamentales. Es decir, se trata tan solo de reconocer que se han dado los elementos para la formación del grupo.

Desde luego que este deseo de integrar un grupo de sociedades puede estar presente en las mentes y en la voluntad de los actores de este quienes realizan los actos jurídicos necesarios para que se vaya conformando el grupo

⁵ ORIOL LLEBOT MAJÓ, JOSÉ. *Grupos de Entidades de Crédito*. Editorial Civitas S.A. Madrid 1993, p. 90.

⁶ DUQUE, J.F. *Concepto y significado institucional de los grupos de empresas*. Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales.

de sociedades como resultado de acomodar las participaciones accionarias de modo que se establezca la diferenciación de las entidades creadas pero que no se pierda la línea decisoria que desean instrumentar.

Ese es el sistema de generación de grupo que puede llamarse *sistema orgánico*, pues la ley que lo regula le da las consecuencias que las partes voluntaria o inadvertidamente han deseado, colocándose en el supuesto de hecho (y de derecho) de una situación de dependencia. A lo hecho por las partes, el sistema normativo les regula las consecuencias de derecho que se darán entre los integrantes y frente a accionistas, mayoritarios y minoritarios, frente a trabajadores y frente a terceros.⁷

Otro sistema, que da en llamarse *sistema contractual* consiste en una manera diversa de crear un grupo de sociedades que puede surgir de un acto jurídico contractual por medio del cual una variedad de sociedades preexistentes y con conformaciones de capital diversas deciden formarse en un grupo y en un acto contractual constituyen el grupo y pactan cómo se ejercerá el poder y las líneas decisorias del grupo. Esta es la figura que el derecho alemán ha llamado *konzern*.⁸ *Cuando una empresa dominante y una o más empresas dependientes están subsumidas bajo la dirección unificada de la empresa dominante, forman un grupo (konzern); las empresas, individualmente, son empresas grupales (konzernunternehmen). Empresas entre las cuales existe un contrato de dominación o de las cuales una ha sido incorporada a la otra deben ser consideradas como subsumidas bajo una dirección unificada. Se presume que una empresa dependiente forma un grupo con la empresa dominante.*⁹

El contrato respectivo se ha llamado *contrato de dominación*, pues somete la vida social al poder directivo de la sociedad que se ha designado como dominante, quien podrá incluso disponer del patrimonio de la dominada si así se regula, como también se regulan las relaciones con

⁷ Reino Unido, España, Francia, Italia, Bélgica

⁸ Sistemas en Portugal, Brasil, Taiwán

⁹ Ley de Sociedades por Acciones (*Aktiengesetz*) §18 I Citado por Manóvil, Rafael, *Grupos de Sociedades en el derecho comparado*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998 página 195

accionistas minoritarios, con acreedores, el manejo de las pérdidas, etcétera.¹⁰

Otro ejemplo de contrato que puede llevar a la formación de un fenómeno de Grupo de Sociedades ofrecido por Argentina es la constitución, por contrato de un "Consortio de Cooperación" que establece una organización común entre personas jurídicas para desarrollar operaciones relacionadas con las actividades de todas ellas a fin de mejorar sus resultados.¹¹

II] Los elementos integradores del grupo de sociedades

Como se explicó arriba, los elementos constitutivos de un grupo de sociedades son: 1) una pluralidad de entidades que lo forma; 2) la existencia de un poder de control y 3) una unidad de propósito empresarial.

1. Pluralidad de entidades

Lógicamente para que haya un grupo deben existir por lo menos dos entidades que lo conforman. Debe entenderse que se trata de más de una entidad cada una con su personalidad, patrimonio y objeto propios.

a. *Naturaleza de los integrantes.* La naturaleza de las personas que integran el grupo puede variar; no es necesario que sean de la misma clase, así, aunque lo común es que lo conformen sociedades mercantiles, usualmente sociedades anónimas, pero puede haber sociedades de responsabilidad limitada o cualquier otro tipo. Manóvil cita el caso de la legislación brasileña en la que los autores mantienen una controversia al respecto de la naturaleza de las sociedades que pueden ser controladoras y controladas: *los autores del anteproyecto*

¹⁰ *Constitución del grupo. Según exista o no una relación de dominio entre la sociedad que dirige el grupo y las que se someten a su poder de dirección, se suele distinguir entre dos tipos de grupos de sociedades: el grupo jerárquico o de subordinación y el paritario o por coordinación... ambos supuestos constituyen una modificación de la vertiente organizativa y patrimonial de las sociedades que lo componen.* MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE. *Sociedades Mercantiles*. Ediciones Francis Lefebvre. Madrid, 2008. p. 1381

¹¹ RICHARD, EFRAÍN HUGO. *Relaciones de Organización. Sistema de Contratos de Colaboración* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, 2007. p. 174.

*convertido en ley, sostienen que la controlante puede ser de cualquier tipo, pero no así la controlada [...] se sostiene que las controladas deben necesariamente ser anónimas o en comandita por acciones.*¹²

En nada repugna el que alguna de las personas morales que integran el grupo sea una sociedad civil (por ejemplo, la sociedad que presta servicios jurídicos o contables a todas las sociedades del grupo), o una asociación civil (imagínese una entidad dedicada al estudio e investigación científica o académica de las materias relacionadas con la principal actividad del grupo), una sociedad de asistencia (una fundación de auxilio social), o, extendiendo el alcance: fideicomisos, sucursales, contratos de asociación, *joint ventures*, etcétera, la creatividad es el límite.

Asimismo, puede considerarse el que unas y otras sean empresas públicas o privadas, en el sentido de que se trate de que coloquen o no sus valores y acciones en el mercado bursátil. Igualmente se puede pensar que no es óbice el que se incorpore una empresa de participación estatal o que se trate de empresas nacionales o extranjeras.

Una interrogante que cabe es: ¿podrá hacerse un grupo en el que participen personas morales con personas físicas?, si las personas físicas pueden integrar un patrimonio independiente afecto a una actividad, la pregunta es de fácil respuesta, en caso contrario parecería ser muy difícil.

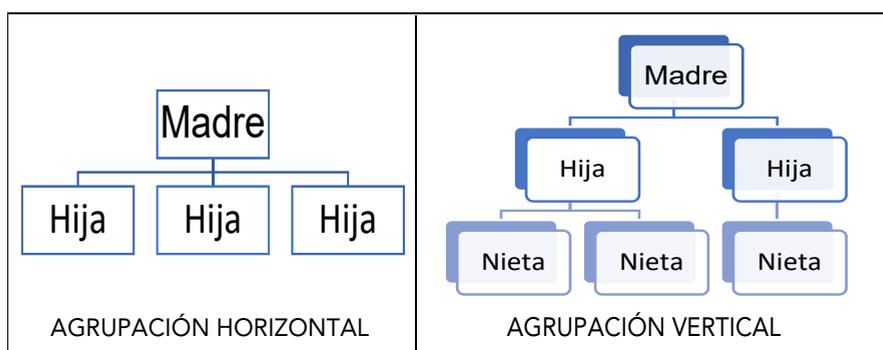
Todas estas variantes deben quedar reguladas por la legislación de cada jurisdicción según su propio derecho societario, financiero, administrativo y sus políticas económicas.

En principio cabe decirse que el fenómeno de agrupación refiere más específicamente a personas

¹² MANÓVIL, RAFAEL. *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1998, pp. 201, 2020 en donde cita a Lamy Filho – Bulhoes Pedreira. *A nova lei das S.A.*, Vol 6, Sao Paulo, 1978, pag 170 y a Berger, Dora. *Der Schutz des Ausstehenden Aktionars in Deutschland und Brasilien* en *Schriften der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*, Vol 5, Vrl Peter Lang, Frank-furt-Bern-New York-Paris, 1988

- morales comerciantes, aunque no repugne algún otro tipo de combinación.¹³
- b. *Tipos vertical, horizontal.* Existen dos formaciones estructurales básicas de Grupos de sociedades: la llamada horizontal y la llamada vertical. En la primera, la sociedad madre es la que controla directamente al conjunto de todas las sociedades operando al mismo nivel. En la segunda la sociedad madre controla directamente a su filial quien a su vez controla a una sub-filial.¹⁴

FIGURA 1. TIPOS BÁSICOS DE AGRUPACIÓN



A partir de estos dos diseños básicos se pueden extender las estructuras grupales *ad infinitum* creando controladoras, subcontroladoras, grupos y subgrupos, trascender fronteras y regímenes jurídicos que las regulan, incorporar inversionista y asociados, etcétera, como son el caso de los grandes consorcios y conglomerados internacionales.

- c. *Objeto estructurado, objeto diverso.* Los objetos sociales

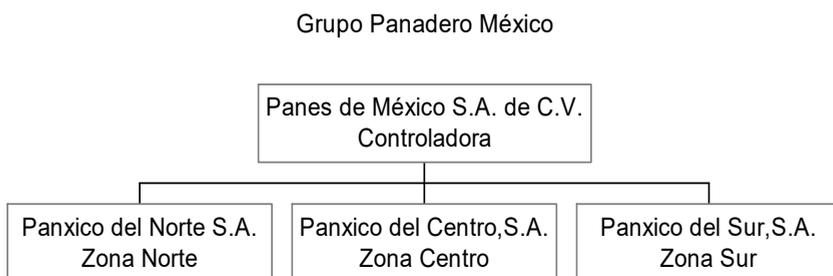
¹³ Por ejemplo, en la legislación mexicana quedan excluidas de ser controladas las SAS, las que integran un grupo para efectos concursales deben de ser mercantiles, pero en materia de competencia económica pueden integrar un grupo personas físicas o morales, mercantiles o no.

¹⁴ *On distingue généralement les groupes ayant des structures verticales ou horizontales. Dans la première configuration, la société mère contrôle directement sa filiale qui contrôle elle-même une sous-filiale. À l'inverse, dans la seconde configuration, la société mère contrôle directement l'ensemble de ses filiales industrielles ou commerciales qui opèrent au même niveau. Par ailleurs de manière fréquente, les groupes internationaux sont organisés en business divisions qui transcendent les personnes morales comme dans le cas du groupe Nortel.*

Dammann Reinhard Sénéchal, Marc Le Droit de l'insolvabilité internationale. Joly éditions, Lextenso. Issy-les-Moulineaux, 2018. p. 605

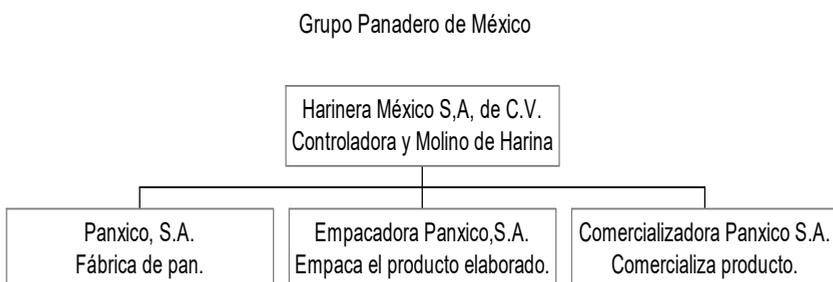
de las empresas afiliadas a un grupo pueden ser idénticos, similares, complementarios o absolutamente disímbolos. La unidad empresarial puesta por la sociedad dominante les da a los integrantes su común denominador. Los objetos podrían ser similares en grupos que dividen sus sociedades por zonas geográficas, en ese caso los objetos de todas las sociedades serán idénticos. (Véase Figura 2)

FIGURA 2. GRUPO DE SOCIEDADES CONTROLADAS CON OBJETOS SOCIALES SIMILARES



En ocasiones las diversas partes de un proceso industrial están abordadas por sociedades que al reunirse en un grupo suman el proceso total o los diversos insumos son proveídos por sociedades distintas. (Véase Figura 3).

FIGURA 3. EMPRESAS CON OBJETOS SOCIALES COMPLEMENTARIOS



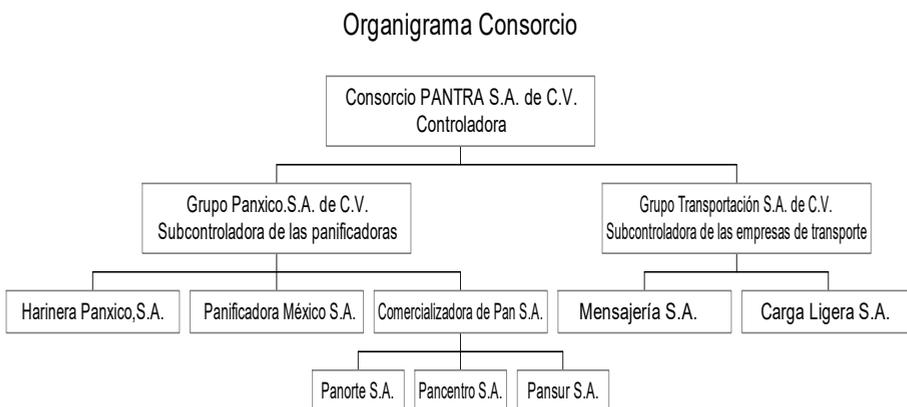
Por último, cabe la posibilidad de que los integrantes del grupo tengan objetos sociales que no dependen uno de otro para su función y que su único común denominador sea la sociedad que es propietaria de sus acciones (Véase Figura 4).

FIGURA 4. EMPRESAS CON OBJETOS SOCIALES DIVERSOS



A partir de estos tres esquemas básicos: objetos similares, objetos complementarios u objetos disímbolos, se pueden conformar grupos de sociedades sencillos o muy complejos o diversas secciones de un conglomerado empresarial muy grande. En la Figura 5 se presenta un ejemplo sencillo de la combinación de tales criterios.

FIGURA 5. GRUPO DE SOCIEDADES CON OBJETOS SOCIALES SIMILARES, COMPLEMENTARIOS Y DIVERSOS



Una de las ventajas que se pueden lograr con estos esquemas es que las estructuras corporativas de un grupo pueden ser diseñadas matricialmente para que unas sean espejo de las otras, es una medida que facilita la administración y la dirección uniforme.

Otro de los usos de este tipo de agrupaciones es la temporalidad de las entidades que lo integran pues hay algunos procesos que son temporales y ello lleva a crear una sociedad con un objeto social que se agota con el tiempo (Ejemplo una inmobiliaria que desarrolla un centro comercial, ese proyecto inmobiliario es un proyecto temporal mientras que la constructora y la comercializadora del grupo que lo desarrolla son más permanentes).

2. El control o poder de mando

La naturaleza de los grupos de sociedades requiere que uno de los integrantes del grupo ejerza un control sobre los demás, esto es lo que se denomina la *sociedad dominante* o bien, en el léxico usual, la *controladora*. Este es el factor que aglutina *de jure* o *de facto* al grupo de sociedades

En uno de los documentos de CNUDMI se contiene una definición sumamente sencilla y práctica de lo que es el núcleo unificador de un Grupo de Sociedades: el control: *capacidad de determinar, directa o indirectamente, las políticas operacional y financiera de una empresa.*¹⁵

Una sociedad es dominante en virtud de diversas razones que pueden aparecer individualmente o de una combinación de ellas: la más lógica e inmediata es el hecho de ser propietaria de una parte suficientemente importante del capital de las demás personas jurídicas que forman el grupo de tal modo que le permite tener un control absoluto de las decisiones de la asamblea y de designación de los órganos de administración.

La típica posición de dominio de la sociedad llamada *controladora*, es ser detentadora de, por lo menos, la mitad más una de las acciones en que se divide el capital social, (en alguna legislación específica se puede exigir un porcentaje mayor de la simple mayoría en la tenencia del capital). Con

¹⁵ Guía Legislativa de CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia. Tercera Parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, Naciones Unidas. Nueva York, 2012, página 2.

una tenencia así se asegura, salvo algún caso de estatutos peculiarmente estructurados, que tiene el poder de decisión en las asambleas de las empresas detentadas incluyendo el poder designar la mayoría del Consejo o de los órganos corporativos de administración.

Existen sin embargo algunas posibilidades de que una tenencia menor permita de alguna manera el control de una sociedad. Es el caso de los llamados *grupos de control*.

Tal *grupo de control* es un conjunto de accionistas que, aún cuando no están unidos por lazos jurídicos, actúan de conformidad y ejercen un liderazgo sobre el resto del capital que se encuentra más o menos pulverizado.¹⁶

También puede una empresa ser dominante, porque la estructura jurídica de sus relaciones le permite orientar el quehacer y el propósito de negocios de cada una de las empresas que conforman el grupo. Es el caso de los grupos de facto que se dan cuando una empresa ejerce ya sea en forma directa o indirecta una influencia dominante sobre la otra. Entre estos casos se encuentran las empresas que adquieren la totalidad o una parte significativa de los productos o servicios que genera la otra pues la amenaza de dejar de hacerlo puede ser suficiente para que la empresa dominada acepte las decisiones de la dominante.

El grupo de accionistas dueños del capital de las empresas que forman un grupo es el mismo, sólo que, en lugar de invertir directamente en cada sociedad, invierten en el capital de una controladora que, a su vez, es dueña de los capitales de las sociedades filiales y sus respectivas subfiliales. Puede darse el caso de un grupo de accionistas que son quienes forman el control del grupo y que van tomando socios, porque así les conviene en algunas de las empresas del grupo, dependiendo de la situación de cada empresa y de cada socio. El esquema de *consorcio* o *grupo de grupos de sociedades* permite tomar socios específicos para cada una de las actividades y las empresas que desarrollan estas, en las que el grupo, o su principal conjunto de accionistas, quiere involucrarse.

Quien ejerce la labor de sociedad dominante puede ser la que se ocupa de uno de los objetos sociales necesarios

¹⁶ Este es un fenómeno que aparece en la legislación financiera mexicana en la que un grupo que de hecho domina las decisiones puede ser el detentador de tan solo un 20% del capital de la sociedad miembro del grupo.

en la totalidad del proceso empresarial que conforman las empresas del grupo (ejemplo que se ilustra en la figura 3) o puede ser una sociedad exclusivamente dedicada a ser propietaria de las acciones de las empresas integrantes.

El poder de control de la sociedad dominante debe darse de una manera estable, una coyuntura temporal no parecería ser suficiente para definir la existencia de un grupo. En esto el tema debe relacionarse con lo que se verá en el apartado siguiente: la unidad de propósito empresarial quien será la determinante del fenómeno.

Otra pregunta que parece surgir es la de si este poder de dirección o control podría venir de una decisión contractual (que es lo que podría pasar, por ejemplo, en una *joint venture*). Si bien en algunas jurisdicciones existe la regulación de formación de grupos de sociedades a partir de la celebración de un pacto contractual, nada impide en los demás países, aplicar la doctrina de la autonomía de la voluntad de las partes participantes y establecer que un pacto entre sociedades que creara la posibilidad de que una sociedad ejerciera el poder de control sobre ella podría darse, siempre y cuando no se trate de un acto *ultra vires* o si, siéndolo, hay una decisión de la asamblea extraordinaria, por cuanto que representaría una modificación, así fuese temporal, a los estatutos y al objeto de la sociedad.

El concepto de control puede ser tan fuerte que podría llegar a ser el elemento determinante de la conformación de un grupo: éste será el conjunto de entidades que estén sujetas al mismo poder.

Sin embargo, es perfectamente posible el que una empresa esté subordinada a otra por la tenencia de capital que ésta tiene de aquélla y que no se dé el supuesto de integración en virtud de que la sociedad propietaria deja actuar con total independencia a la controlada y sin que las acciones de una y otra se realicen en coordinación.

Asimismo, como indica CNUDMI: *la estructuración jurídica de un grupo en personas jurídicas distintas no determinará necesariamente la estructuración de su gestión. Si bien cada miembro del grupo será una entidad jurídica independiente, su gestión puede estar organizada por divisiones estructuradas en función de las líneas de productos y, como cada empresa del grupo puede tener más de una línea de productos, su gestión puede correr a cargo de varias*

de esas divisiones.¹⁷ Por todo ello será necesario el que se de el tercer elemento conformador del grupo: la dirección o unidad empresarial.

Desde luego que la existencia del control no significa que las sociedades que integran el grupo no puedan contar con sus procesos de toma de decisión en forma independiente en el desarrollo del cumplimiento de su objeto social. Cierta independencia es lógica y es incluso parte de lo que se desea cuando se constituye un grupo: que cada uno de los integrantes se maneje por sí aunque en las grandes decisiones o lineamientos se ejerza un control centralizado, por ejemplo en algún tipo de inversiones, políticas operativas, manejo de garantías cruzadas, la atención a los derechos de los socios minoritarios, el cuidado de los derechos laborales e incluso se pueden prever determinadas provisiones para los casos de insolvencia de una o varias de las empresas.

3. El común denominador: la unidad empresarial

Se trata de un concepto difícil de explicar porque es un fenómeno que no es de naturaleza jurídica. Se trata fundamentalmente de compartir el mismo sentido de dirección y de propósitos económicos con similitud en los estilos de operación que le da cohesión al complejo. Sus elementos fundamentales, para el análisis desde el punto de vista jurídico son dos: la unidad de propósito empresarial y un propósito de diversificar riesgos.

Hay sin embargo un componente jurídico importante: la presencia de un grupo de sociedades se exterioriza a los terceros dando una imagen de conjunto, esto es lo que el Derecho ha llamado la *teoría de la apariencia* conforme la cual una entidad no puede excepcionarse a los reclamos de terceros puesto que ha sido ella misma quien dio pie a que éstos la identifiquen como el centro de imputación jurídica de las relaciones que establecieron.

a. *Unidad de propósito empresarial.* En el fondo todas quieren lo mismo; el quehacer de las diversas empresas debe coincidir en un propósito conjunto. Lo mismo es que

¹⁷ Guía Legislativa de CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia. Tercera Parte: Tratado otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, Naciones Unidas. Nueva York, 2012, página 11

cada una de ellas cubra una distinta etapa de un proceso complejo (la productora, la empaedora, la distribuidora) o que todas ellas realicen la misma actividad (sucursales o concesionarias). Económicamente todos tienen el mismo propósito lucrativo; desde el punto de vista jurídico podría expresarse mediante la congruencia de los objetos sociales de las diversas personas morales.

En toda empresa existe una *cultura empresarial*, cuando esa cultura contagia a las demás empresas del grupo se establece un muy fuerte común denominador entre todas ellas.

Un ejemplo de presencia de esa unidad empresarial se da cuando un banco otorga crédito a entidades que guardan relación entre sí (las llamadas partes relacionadas) y el banco debe suponer que lo que se concede a uno, puede afectar a la totalidad de las entidades que con éste se relacionan. Las legislaciones bancarias suelen usar este criterio para establecer un límite máximo a los financiamientos que otorgan a esas empresas aún cuando no es ni voluntad de las personas morales involucradas, ni se desprende de su estructura jurídica, el que deseen integrar un grupo con propósitos de unidad y congruencia empresarial.

Doctrinalmente hablando, para aquellas tendencias de concepción muy amplia del fenómeno grupal, situaciones como la descrita podría bastar para reconocer a un grupo, aunque si la ley le da esos efectos, se correría el riesgo de afectar intereses de los accionistas, de los terceros, de los trabajadores, etcétera.

Otro ejemplo se da en la comparación entre un fenómeno grupal *vis à vis* un fenómeno de concentración económica indebido. Aquél es una pluralidad buscando un propósito común, éste es un ataque a la libertad de los jugadores del mercado. Explica Ruiz Peris: *el término "privilegio del grupo" [...] se emplea para designar aquellos casos en que las decisiones jurisdiccionales dan relevancia jurídica a la existencia de una única unidad económica entre diversos miembros del grupo con la consecuencia que un acuerdo establecido por ellos que tenga por objeto restringir la competencia, no se considere acto de infracción de la norma (de competencia).*¹⁸

¹⁸ RUIZ PERIS, JUAN IGNACIO. *El privilegio del grupo*. Tirant Lo Blanch. Valencia 1999, p. 47.

La visión fiscal, lo mismo que la financiera, de las empresas lleva a que la operación económica de un grupo sea vista como una sola unidad y considerada como tal. Así como arriba se vio que para efectos de crédito otorgado por una institución financiera deben considerarse los riesgos juntos de las entidades que forman el grupo, así la visión del recaudador fiscal puede acercarse a pedir la consolidación de estados financieros.¹⁹

b. *Propósito de diversificación de riesgo.* La diversificación de riesgos es el propósito mercantil más claro en un grupo. La directiva empresarial decide aventurarse en una nueva empresa (constituyéndola o adquiriéndola) pero no desea que el éxito o fracaso de esta contamine la marcha de las otras empresas que forman el grupo. Se busca aislar el centro de generación e imputación de activos y pasivos para medir su desempeño. Se trata del mismo socio capitalista, se trata de la misma dirección y filosofía empresarial, pero debe mantenerse independiente por salud de ese negocio, de los demás y, en último término del propio socio capitalista. Puede tratarse de un proyecto al que se invita un socio minoritario con el que no se comparten los demás negocios.

Este esquema de diversificación permite el que las subsidiarias se cuelguen una de otra en una cadena tan larga como lo deseen sus integrantes ya sea en un sistema horizontal creando más y más sociedades que cuelgan de la misma controladora, ya sea en el concepto de grupo vertical con creación de empresas *nietas* y *bisnietas* en donde alguna de las sociedades *controladas* se vuelve a su vez en *controladora* de otras.

El privilegio del grupo se refiere a casos que no están directamente vinculados con una operación de concentración y por tanto nada tiene que ver con ella. Ídem p. 99

¹⁹ Por ejemplo, el Código de Comercio Francés requiere que las sociedades que forman un grupo establezcan y publiquen anualmente contabilidades consolidadas y un informe de la gestión grupal. *Article L233-16 I. Les sociétés commerciales établissent et publient chaque année à la diligence du conseil d'administration, du directoire, du ou des gérants, selon le cas, des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, dès lors qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises, dans les conditions ci-après définies. Cfr. GUIDE DE GESTION RF. Les groupes de PME. GROUPE REVUE FIDUCIAIRE. PARIS, 2004. p. 312 y <https://www.legifrance.gouv.fr/>*

Estas posibilidades de diversidades y de flexibilidades ha hecho más grande el concepto de grupos de sociedades y ha formado los llamados *conglomerados* o *consorcios* en donde hay grupos, es decir, un conglomerado o consorcio sería un grupo conformado por varios grupos, se estaría frente a la *sociedad de sociedades de sociedades*, pero en el fondo el fenómeno es el mismo, existe una pluralidad de entidades, una unidad de empresa con una sociedad dominante que ejerce el control y un propósito de diversificación de los riesgos. (Figura 4)

III] Naturaleza jurídica del fenómeno: grupo de sociedades

Ya se indicó arriba que un Grupo nace orgánicamente del reconocimiento que la Ley asigna a el que se den determinadas características de control, tenencia de capital, etcétera o bien sea el resultado de la celebración de un contrato concurriendo las voluntades de los integrantes para tal propósito.

El grupo no es una entidad con personalidad jurídica. De otorgársele personalidad jurídica podría producir que desapareciera justamente el propósito buscado por un grupo: el de disociar patrimonios y voluntades, aunque se mantengan unidas por un control y por una unidad de propósito.

El *grupo de sociedades* no es sino una entidad de tipo económico que tiene una estructura jurídica detrás. El Derecho de alguna manera reconoce la existencia del fenómeno con algunas características. De las legislaciones donde se encuentra un tratamiento de dicho fenómeno *agrupación de sociedades*, pueden desprenderse algunas características integradoras de esta realidad jurídica.

Ejemplo de ello es el tratamiento fiscal que se da a las empresas que conforman un *grupo* y que, según cada jurisdicción puede producirse la necesidad de consolidar ingresos, activos, pérdidas y demás conceptos contables para tributar como una sola entidad.

Otro ejemplo, ya citado arriba, es cuando las entidades financieras (banca y similares), consideran a las entidades que se relacionan entre sí como una unidad para efecto de conceder crédito hasta determinados topes

agregando el otorgado a cada una de las entidades para limitar el riesgo financiero.

Otro efecto jurídico es la posibilidad de que un *grupo de sociedades* adopte un nombre que los identifique como tal. Ese nombre es distinto a la denominación formal de cada una de las entidades que lo conforman.

El concepto de *partes relacionadas* que existe en una gran cantidad de disposiciones legales (de insolvencia, financieras, de competencia económica, de protección al consumidor, etcétera) que lleva a modular las relaciones jurídicas que sostienen los integrantes de un grupo entre sí o frente a terceros, es otra clara consecuencia jurídica existente detrás del fenómeno *grupo de sociedades*.

En materia de insolvencia pueden darse, en diversas jurisdicciones, fenómenos como el de la consolidación de los procesos concursales de las distintas entidades de un *grupo* ya sea para meros fines procesales o bien podría llegarse a una consolidación substancial en donde los activos de todas se unen para hacer frente a los pasivos de todas.

Un tema inquietante en esta materia es la presencia de fenómenos que han producido una serie de decisiones jurisprudenciales en todo el mundo decretando el levantamiento del velo corporativo, de suerte que se elimine la naturaleza e independencia de cada persona jurídica para ser tratada como parte de un todo.

Esos no han sido más que algunos ejemplos de estructura jurídica que está detrás de un *grupo de sociedades*. Otras tantas pueden enunciarse a modo de dudas o preguntas. Véanse algunos ejemplos:

¿Hay una real independencia entre una sociedad y las otras?

¿Cómo saben los terceros con quién realmente están tratando?

Los pasivos de una de las entidades ¿deben adherirse a los de las demás?

Los activos de una ¿deben responder por los pasivos de otra?

¿Hasta dónde puede llegarse con una consolidación?

¿Cuál debe ser la competencia para manejar un asunto relacionado con una empresa que forma parte de un grupo que opera en varios domicilios o jurisdicciones?

El inicio de un procedimiento de insolvencia de una, ¿detona el concurso o insolvencia de las otras?

¿Deben compensarse los créditos intercompañías?

¿Deben de ser tratadas como operaciones con partes relacionadas todas las operaciones que una empresa del grupo ha celebrado con otra del mismo grupo?

¿Qué defensas tienen los socios minoritarios de una empresa que pertenece a un Grupo de Sociedades?

¿Quién es el verdadero patrón de los trabajadores de una empresa que pertenece a un Grupo de Sociedades?

¿Deben manejarse en diferentes jurisdicciones o deben concentrarse en una sola?

En un proceso de insolvencia que involucra a varias empresas de un Grupo de Sociedades, el profesional de la insolvencia ¿debe ser el mismo para todas?

¿Cuál debe ser la jurisdicción en la insolvencia de un grupo de empresas, el de la sociedad controladora, el de la sociedad afectada?

¿Pueden varias sociedades agruparse contractualmente en un Grupo formal, aunque no haya ninguna que tenga una tenencia de capital dominante?

¿Debe dársele una personalidad jurídica ad hoc al Grupo de Sociedades?

¿Se pueden permitir participaciones recíprocas de capital (piramidación de capitales)?

¿Son válidos los pactos de votos entre accionistas para decidir en un sentido u otro la suerte de filiales?

¿En que casos podría resultar válido el levantamiento del velo corporativo?

Largo etcétera.

Todos estos y muchos otros son los temas a los que debe dedicarse una legislación que aborde el tema de los grupos de sociedades y/o adicionalmente un conjunto de decisiones judiciales que así lo establezcan.

Hay jurisdicciones que han regulado el fenómeno de diversas maneras. Existen tratamientos *ad hoc* en Francia, Alemania, Estados Unidos de América, Brasil, Portugal, España, Argentina por citar unos cuantos. Si la búsqueda se extiende a las regulaciones de pactos entre accionistas para regular los derechos y compromisos de votación, la lista es mucho más extensa.

IV] Cómo lo trata la Legislación mexicana

Una vez analizados los conceptos básicos y generales de lo que es el fenómeno *grupo de sociedades* válido

universalmente, conviene precisar como afronta la norma positiva mexicana el fenómeno.

Se encuentran normas relacionadas con el fenómeno en varias leyes:

1. Ley General de Sociedades Mercantiles

La lógica sería buscar la regulación del fenómeno en la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), pero lamentablemente este cuerpo legal, la normativa básica del fenómeno societario, es omisa en el tema. Simplemente reputa mercantiles todas las sociedades que se constituyen en alguna de las formas reconocidas en la propia ley. En las normas de cada tipo se encuentran posibilidades y limitaciones respecto de número, calidad y cantidad de posibles socios lo cual dará la pauta para determinar si una de las sociedades creadas por la LGSM puede invertir capital en otra sociedad, convirtiéndose así en una controladora o bien si entre los socios de una de dichas sociedades puede haber otra. En principio ni una sociedad en nombre colectivo, ni una comandita, simple o por acciones o una sociedad anónima tienen ninguna restricción para ser controladas o controladoras. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada la única restricción es el número máximo de 50 socios.

No podrá integrar un grupo de sociedades, como controlada, una SAS ya que los socios de ésta deben ser personas físicas que no sean socios de ninguna otra sociedad. Aunque la ley no lo indica ni tiene una prohibición, parece ser tampoco posible que la SAS se convierta en controladora: no podría formar otra SAS porque éstas solo pueden tener socios personas físicas y constituir otro tipo de sociedad con un capital muy pequeño (sus ingresos anuales son reducidos) parece ser difícil. Algo similar pasa con las Sociedades Cooperativas cuyos socios deben de ser necesariamente personas físicas.²⁰

2. Ley de Concursos Mercantiles

La LCM le da un efecto adicional a la existencia de estos grupos al disponer que se acumularán (aunque se llevarán

²⁰ LGSC Art. 2; LGSM Art.260

por cuerda separada) los procedimientos de concurso mercantil de la sociedad controladora y sus controladas y los de dos o más sociedades controladas por una misma controladora. (Artículo 15).

La norma utiliza la expresión *grupo societario* el cual se integra por sociedades controladoras y controladas que deben ser mercantiles (Artículo 4, Fracc. II) para los efectos de la LCM. El control es definido en los términos tradicionales: tenencia de más del 50% del capital, la mayoría puede ser directa o indirecta, es decir incluye los grupos verticales y fenómenos como el fideicomiso y el contrato entre sociedades; poder decisorio en asambleas y en decisiones fundamentales de la sociedad; posibilidad de nombrar la mayoría de los integrantes de órganos corporativos.

El efecto de esta ley es el de producir una consolidación o *coordinación procesal* como la define CNUDMI: *administración coordinada de dos o más procedimientos de insolvencia abiertos contra diversas empresas de un grupo. Cada empresa sigue siendo una entidad separada y distinta, con su propio activo y pasivo.*²¹

Lo que expresamente está excluido (Artículo 15 Bis) es la consolidación patrimonial o sustantiva esto es tratar la suma de activos o pasivos de las diversas empresas como si fuera una sola masa.

3. Ley Federal de Protección de Datos en Posesión de Particulares

En esta ley (LFPDPP) no se encuentra definición alguna de lo que se entiende por grupo de sociedades, pero usa el concepto cuando refiere a las transferencias de datos o comunicación de estos a terceros que son válidas y pueden darse sin necesidad del consentimiento del titular de estos (es decir de la persona física a la que corresponden los datos personales), indicando que tal cosa puede suceder: *cuando la transferencia sea efectuada a sociedades controladoras, subsidiarias o afiliadas bajo el control común del responsable, o a una sociedad matriz o a cualquier sociedad del mismo*

²¹ Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, Tercera parte: Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia (2010) Nueva York, 2010. p.2

grupo del responsable que opere bajo los mismos procesos y políticas internas.

Esto es, se parte de un concepto genérico del concepto *grupo de sociedades* como es entendido vulgarmente, sin una referencia a una definición legal. La idea de sociedad controlada no es clara y se utilizan sinónimos: *subsidiarias o afiliadas o cualquier sociedad del mismo grupo*. Lo único que se exige es que exista el control explicado como *la operación bajo los mismos procesos y políticas internas*. Para los efectos de esta ley hay que recordar que por *responsable* se entiende a la sociedad que puede tomar decisiones sobre los datos captados y por *encargado* a quien trata esos datos por cuenta de aquél.

El Reglamento de esta Ley contempla la existencia de un grupo *sin personalidad jurídica* (Artículo 8). Ya se ha establecido que los Grupos de Sociedades no tienen personalidad jurídica, por lo tanto, debe entenderse que se está refiriendo a las sociedades que integran un Grupo de Sociedades. Posteriormente al regular la disposición de la Ley comentada arriba (Artículo 37 de la LFPDPP y 70 del Reglamento) establece la obligación para todos los integrantes del grupo, de conservar las mismas obligaciones que tiene el responsable receptor de los datos personales.

4. Ley Federal de Competencia Económica

La LFCE se ocupa de regular, prevenir y sancionar actividades y prácticas monopólicas. Ciertamente la existencia de Grupos de Sociedades puede contribuir a crear una de estas prácticas, pues al amparo de las diversas personalidades jurídicas de las sociedades puede constituirse un monopolio o una práctica que sea dañina a la competencia económica. Por ello el tema es de especial preocupación para esta legislación que designa a tales prácticas bajo el término de concentración, entendiéndose por tal (Art. 61): *la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos.*

En esa definición cae, o puede caer, la creación o ampliación de un Grupo de Sociedades que podrán requerir el que sea objeto de una autorización conforme a un

procedimiento complejo regulado por el Art. 86 de la propia LFCE. Tal autorización no será necesaria (Artículo 93, Fracc. I): *cuando la transacción implique una reestructuración corporativa, en la cual los Agentes Económicos pertenezcan al mismo grupo de interés económico y ningún tercero participe en la concentración.*

Aquí se utiliza la expresión *grupo de interés económico* para referirse al fenómeno *grupos de sociedades* sin que exista una definición de este, pero que debe ser entendido conforme los parámetros expuestos en la exposición doctrinal del inicio: pluralidad de entidades, control, unidad de interés.

No se indica qué se entiende por una *reestructuración corporativa* ¿debe entenderse por tal que las empresas se fusionen, se escindan, se creen nuevas empresas? Al parecer ese es el sentido siempre que los Agentes Económicos que participan en la reestructuración sean los mismos y no involucren a ningún tercero. La definición de *agente económico* que la LFCE da (Artículo 3 Fracc. I) incluye a personas físicas y morales, mercantiles o no²², lo cual significa que en materia de competencia económica la formación de Grupos incluye una pluralidad de entidades amplísima, universal.

5. El fenómeno en la legislación financiera

Las leyes del sistema financiero mexicano han abordado el tema y diversos conceptos relacionados con el fenómeno, con diversos propósitos.

Uno ha sido el regular la influencia en la operación de intermediación financiera la presencia de instituciones que forman parte de grupos empresariales y de personas que cubren no solamente la actividad financiera, sino que además practican otras actividades empresariales. En el específico caso del mercado bursátil el tópico tiene relevancia para efectos de la transparencia de la información que recibe el gran público inversionista.

²² Artículo 3. Para los efectos de esta Ley, se entiende por: I. Agente Económico: Toda persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica;

El más claro e inicial fue el de la creación de las Agrupaciones Financieras que nacieron con una ley *ad hoc* en 1990 y una nueva ley en la actualidad en vigor a partir de enero de 2014. Se analizan ambos aspectos a continuación.

a. *Ley del Mercado de Valores*. Esta ley es la primera que se aborda en el presente por razones históricas, aquí aparecieron las primeras definiciones de conceptos que tienen que ver con el fenómeno Grupo de Sociedades.

Para efectos de las sociedades que se convierten en públicas, colocando valores en el gran público inversionista, se ha formado en la Ley del Mercado de Valores (LMV), un régimen societario peculiar en adición al régimen societario de la LGSM. En este régimen sí se hace referencia y existe regulación para el fenómeno. De inicio se encuentran definiciones:

*Grupo empresarial es el conjunto de personas morales organizadas bajo esquemas de participación directa o indirecta del capital social, en las que una misma sociedad mantiene el control de dichas personas morales. Asimismo, se considerarán como grupo empresarial a los grupos financieros constituidos conforme a la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.*²³

O sea: parte del concepto sociedad igualándolo al de empresa, constriñendo el fenómeno a lo mercantil; presenta el concepto de control significado por la participación en el capital social ya sea de una manera directa o indirecta y asume al fenómeno de las agrupaciones financieras del que se habla adelante.

El término *grupo empresarial* se usa 19 veces en la LMV, unas veces para efectos de dejar definido y claro el concepto; otras veces para referir la información relevante que tienen para los efectos del mercado bursátil; las otras para hacer referencia a su integración o sus integrantes. De hecho, evoluciona el concepto para hablar de:

Grupo de personas: las personas que tengan acuerdos, de cualquier naturaleza, para tomar decisiones en un mismo sentido. Se presume, salvo prueba en contrario, que constituyen un grupo de personas: a) Las personas que tengan parentesco por consanguinidad, afinidad o civil hasta el cuarto grado, los cónyuges, la concubina y el concubinario. b) Las sociedades que formen parte de un

mismo consorcio o grupo empresarial y la persona o conjunto de personas que tengan el control de dichas sociedades.

Es decir: cuando varias personas, físicas o morales, tienen entre sí el acuerdo de tomar decisiones (esto debe entenderse como votar en los órganos corporativos) en el mismo sentido, si bien la LGSM regula los acuerdos entre accionistas, éstos no son el único camino para considerarse como *grupo de personas*, pues los acuerdos pueden ser de cualquier naturaleza, esto es si varios socios se reúnen a tomar un café la víspera de una asamblea y deciden votar en el mismo sentido, estarán constituyendo un *grupo de personas*. Para conformar tal grupo la LMV establece dos presunciones salvo prueba en contrario de que existe el acuerdo: una para las personas físicas relacionadas y otra que incluye tanto a personas físicas como morales, también partes relacionadas, que ejercen el control.

El término *grupo de personas* sirve y se usa en la LMV para: imponer obligación de develación de información especialmente respecto de la adquisición y manutención de porciones de capital y el de hacer ofertas públicas.

Establecer límites a tenencias de capital sobre todo en entidades que crea el mercado de valores (bolsas, contrapartes, etcétera) o de operaciones por ser partes relacionadas.

Definir responsabilidades (como en el caso de detentar información privilegiada), sanciones e incluso comisión de delitos.

Control, la capacidad de una persona o grupo de personas, de llevar a cabo cualquiera de los actos siguientes:

a) Imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes, de una persona moral.

b) Mantener la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital social de una persona moral.

c) Dirigir, directa o indirectamente, la administración, la estrategia o las principales políticas de una persona moral,

ya sea a través de la propiedad de valores, por contrato o de cualquier otra forma.

O sea: se usa como concepto de *control*: la tenencia del capital; la posibilidad de designar los órganos corporativos, la de imponer decisiones y la dirección de las políticas empresariales a través de cualquier medio. Esta definición redundante y se repite con otra definición la de *poder de mando* que no hace sino repetir los conceptos doctrinarios de control que además ya se definieron antes en la LMV.

Consortio es el conjunto de personas morales vinculadas entre sí por una o más personas físicas que integrando un grupo de personas, tengan el control de las primeras. Es decir: un grupo de personas morales de las cuales tienen el control un *grupo de personas*. El término consorcio se usa en forma paralela a grupo empresarial, con la misma consideración, tratándolos como sinónimos.

Se trata pues, de conceptos francamente confusos que persiguen como finalidad el capturar cualquier tipo de acuerdos que controlan la actividad de las emisoras, haciendo las definiciones lo suficientemente amplias para no dejar escapar ninguna posibilidad. El propósito de la Ley no es regular un fenómeno corporativo, sino cuidar la transparencia de las operaciones del mercado de valores y en ese afán no se preocupa el legislador de ser claro ni de crear una doctrina societaria del fenómeno *grupo de sociedades*.

b. *Ley de Instituciones de Crédito.* La LIC que regula la banca, particular o de desarrollo y la práctica de las operaciones de estas incorporó en una reforma de febrero de 2008 (Artículo 22 Bis) exactamente los mismos conceptos de *grupo empresarial, grupo de personas, consorcio, control y poder de mando* que usa la Ley del Mercado de Valores.

La LIC ha integrado un capítulo especial para aquellas instituciones de crédito, que tienen vínculos con sociedades con actividades empresariales no bancarias. En ese capítulo ratifica la adopción de los conceptos definidos: consorcio, control, directivo relevante, grupo de personas, grupo empresarial y poder de mando y añade referencias a los vínculos de negocio y patrimonial que mantenga la institución con el grupo empresarial:

Vínculo de Negocio, el que derive de la celebración de convenios de inversión en el capital de otras personas morales, en virtud de los cuales se obtenga Influencia Significativa, quedando incluidos cualquier otro tipo de actos jurídicos que produzcan efectos similares a tales convenios de inversión, y

Vínculo Patrimonial, el que derive de la pertenencia por parte de una Institución a un Consorcio o Grupo Empresarial, al que también pertenezca la persona moral a que se refiere el artículo 86 de esta Ley.

Se regulan al respecto diversas circunstancias operativas y de información, así como en las integraciones de los órganos corporativos y directivos de esos bancos y en la celebración de operaciones y transferencias entre ellos.

Considera importante a la sociedad o asociación que recibe de la Institución de Crédito más del 5% del total de sus ingresos. (22 LIC)

c. *Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas.* Igual que la LIC, la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas (LISF) que concentró y modernizó la legislación de ambas actividades financieras en 2013 adopta las mismas definiciones: *grupo empresarial, grupo de personas, consorcio, control, poder de mando* y también añade *vínculo de negocio y vínculo patrimonial*. (Art. 2) Refiere asimismo la posibilidad de que dichas instituciones tengan vínculos con grupos de empresas o personas que desarrollan otras actividades comerciales, regulando también situaciones operativas y de información, integración de órganos corporativos y directivos y regulación de operaciones y transferencias entre las mismas.

Considera importante a la sociedad o asociación que recibe de la Institución de Seguros o Fianzas más del 5% del total de sus ingresos. (57 LISF).

d. *Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.*

Esta ley usa *grupo empresarial y consorcio* para declarar como personas relacionadas que no puede ser consejeros independientes a quienes ocupen un empleo, cargo o comisión en sociedades o asociaciones importantes que presten servicios a la sociedad (Organización o actividad auxiliar) o a las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial del cual forme parte ésta. Usa el término

sociedades o asociaciones o sea que no incluye solo a empresas mercantiles. Considera importante a la sociedad o asociación que recibe de la Organización o Actividad Auxiliar más del 5% del total de sus ingresos. (8 Bis 2LGOAAC).

e. *Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera*. Este ordenamiento de reciente creación que regula las empresas de servicios conocidos como *Fintech* incorporó exactamente los mismos conceptos de *grupo empresarial, grupo de personas, consorcio, control y poder de mando* que usan la Ley del Mercado de Valores y las otras leyes del sistema financiero (Artículo 4).

Regula, como lo hacen las leyes de las otras entidades del sistema financiero, la presencia de estas entidades que conforman el Consorcio o Grupo Empresarial en las operaciones de las empresas *Fintech*, a la conformación del control, a la integración de los órganos corporativos y de gobierno de ellas.

f. *El grupo financiero*. En el trato que en las otras leyes financieras se da al fenómeno *grupo de sociedades* y términos asociados se busca fundamentalmente un propósito de transparencia en la información y de quién o quiénes son los que operan las instituciones financieras. No hay ningún interés en regular un fenómeno societario o corporativo. Eso, sin embargo, es diferente en la concepción de grupos financieros que son el único caso que se da en la legislación mexicana de regulación corporativa de un Grupo de Sociedades: la Ley Para Regular las Agrupaciones Financieras (LRAF).

Además de usar las mismas definiciones que aparecen en el resto de las leyes del sistema financiero: grupo empresarial, grupo de personas, consorcio, control y poder de mando, la LRAF añade una definición de Grupo Financiero: *aquella agrupación integrada por la Sociedad Controladora y por entidades financieras, autorizada por la Secretaría para funcionar como tal, en términos del artículo 11 de esta Ley*. (Artículo 5) y de ahí en adelante crea una forma jurídica societaria compleja.

Los *grupos financieros* estarán constituidos por una *sociedad controladora* y por lo menos dos de las siguientes entidades financieras: almacenes generales de depósito, casas de cambio, instituciones de fianzas, instituciones de seguros, casas de bolsa, instituciones de banca múltiple, sociedades operadoras de fondos de

inversión, distribuidoras de acciones de fondos de inversión, administradoras de fondos para el retiro, sociedades financieras de objeto múltiple, sociedades financieras populares, instituciones de tecnología financiera y otras conforme a las reglas que emita la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP). (Artículo 12)

Existe libertad para integrar un Grupo financiero, las limitantes son: Tener una sociedad controladora que detente por lo menos más del 50% del capital de las controladas; integrarse con al menos dos de las entidades financieras, salvo solamente dos sociedades financieras de objeto múltiple; la constitución de un grupo, así como la integración o separación de sociedades que lo forman, requerirán una autorización de la SHCP.

Es un hecho indubitable que la LRAF se refiere a la realidad *grupo* separándola de la realidad de sus integrantes (controladora y detentadas) y empieza a tener consecuencias jurídicas, por ejemplo, el de la denominación. Los Grupos Financieros deben tener una denominación que las entidades que lo conforman deben incorporar al propio o por lo menos referir (Art. 13, frac. II LRAF). Las entidades que lo integran pueden operar en forma conjunta con el público, ostentarse como integrantes de este, usar denominaciones iguales y llevar a cabo operaciones de las otras entidades en las oficinas de una de ellas. Hay una clara apariencia de unidad de propósito empresarial.

Los *grupos financieros* deberán integrar su contabilidad, además de la propia de la controladora, en forma consolidada, para determinadas decisiones es referente un valor de activos consolidados, habrá un capital neto consolidado. Sin embargo, esa realidad de *grupo financiero* no tiene ni personalidad jurídica, ni patrimonio, ni órganos propios, el *control* lo ejerce la sociedad controladora que no puede tener por objeto social otro que el de detentar el capital de las sociedades controladas. Es menester aclarar una confusión que se ha dado entre lo que es el *grupo financiero* y lo que es la *controladora del grupo*. Ello se ha debido fundamentalmente a que la mayor parte de las controladoras existentes han dado en denominarse

Grupo Financiero XXX, S.A. y en llamar *director del grupo* o *consejero del grupo* a quienes lo son de la controladora.

Lo que en el fondo de su concepción se desea, es que la mayor parte de los intermediarios que prestan servicios referidos a los diversos aspectos de la intermediación financiera, puedan asociarse entre sí, alrededor de una empresa controladora, conformando así el grupo financiero, para poder ofrecer una gama amplia de servicios y operaciones financieras a su público, aprovechando el concepto de economía de escala que orienta la sinergia de la agrupación. El esquema se ha ampliado a la posibilidad de que existan empresas subcontroladoras para las diversas secciones del Grupo incluyendo prestadoras de servicios, inmobiliarias y otras entidades financieras que no integren formalmente parte del grupo.

En el caso de las agrupaciones financieras mexicanas, así como en el resto de las entidades intermediarias financieras, a pesar de que se exige la tenencia de más del 50% (51% en el caso de subcontroladoras) del capital de la controlada, aparece un elemento que apunta hacia el hecho de que el Control no solo depende de la tenencia de capital, sino que puede obedecer a otras realidades: la existencia de un *grupo de control*.²³

Como se está en presencia de una actividad económica regulada por el Estado la LRAF abunda en normas corporativas para regular su estructura, funcionamiento y operación, así como deberes fiduciarios que exceden los propósitos del presente.

Hay, sin embargo, un elemento importante en la formación de los grupos financieros que sigue el sistema orgánico de constitución de ellos y que incluye una presencia del sistema contractual. Se ordena el celebrar un convenio entre la controladora y cada una de las entidades que lo integran a efecto de que la controladora

²³ Ley Para Regular las Agrupaciones Financieras: Artículo 28 *En el supuesto de que una persona o Grupo de Personas, accionistas o no, pretenda adquirir directa o indirectamente el veinte por ciento o más de las acciones representativas de la serie "O" del capital social de la Sociedad Controladora, o bien, el Control, estas deberán solicitar previamente autorización de la Secretaría, quien podrá otorgarla discrecionalmente, para lo cual deberá oír la opinión del Banco de México y, según corresponda, de las Comisiones Nacionales Bancaria y de Valores, de Seguros y Fianzas o del Sistema de Ahorro para el Retiro.*

respuesta subsidiaria e ilimitadamente de las obligaciones y pérdidas de cada una de estas, sin que esa responsabilidad se establezca horizontalmente, es decir, entre las entidades que conforman el grupo. El propósito de este convenio refuerza el concepto de unidad de propósito empresarial y de imagen de una unidad ante los terceros que operan con cada una de las entidades que lo conforman.

6. La legislación fiscal

- a. *Código Fiscal de la Federación*. La normatividad fiscal, encabezada por el Código Fiscal de la Federación (CFF) aborda en diversas disposiciones el concepto de Grupo de Sociedades, pero lo refiere a los términos que son regulados por la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR) (Art.69-B Bis).

Es sin embargo importante el precisar que el CFF establece una responsabilidad solidaria a aquella persona o entidad que tenga el control efectivo de una sociedad, definiendo *control efectivo* en los términos similares a lo visto en otras leyes: tenencia de capital, imponer decisiones en órganos corporativos y nombramiento de éstos y dirigir administración o políticas) (26, Frac X).

- b. *Ley del Impuesto Sobre la Renta*. Esta ley y su reglamento ha sido históricamente importante para determinar conceptos relacionados con el fenómeno grupo de sociedades y los impactos fiscales que produce. Conceptos como el de unidad económica, control derivado del número o volumen de operaciones que una empresa realiza con otra, consolidación de contabilidad y estados financieros, etcétera han aparecido en los diversos textos que a lo largo del tiempo han tenido esos instrumentos.

En la actualidad la Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR) incluye una definición de *grupo* en los siguientes términos: *el conjunto de sociedades cuyas acciones con derecho a voto representativas del capital social sean propiedad directa o indirecta de las mismas personas en por lo menos el 51%*. (Art.24). Véase que el régimen fiscal varía el concepto de control por tenencia de capital: no se trata de *más del 50%* como en otras leyes sino de *por lo menos el 51%*.

Aunque fundamentalmente usa y define el concepto de *grupo de sociedades*, también usa el término *grupo empresarial*, especialmente cuando lo refiere a grupos multinacionales.

Lo especialmente relevante en este ordenamiento legal es la creación de un régimen para que las entidades jurídicas que conforman un grupo de sociedades puedan, si así lo desean, optar por un régimen de declaración y cumplimiento integrados de sus obligaciones fiscales. A ello le dedica el Capítulo VI del Título II.

De inicio, no usa los términos de *controladora y controlada* o *detentada y detentante* que aparecen en otros cuerpos legales, sino que usa los términos *integradora e integrante*.

Se trata de un régimen optativo al cual se accede por una solicitud y puede concluir por un aviso, ambos a la autoridad fiscal: el Servicio de Administración Tributaria (SAT). La incorporación y desincorporación de sociedades al grupo y al régimen fiscal opcional tiene una regulación prolija.

A ambas: sociedad integradora y sociedades integradas que optan por el régimen consolidador, se les imponen una serie de obligaciones de registro, información y contabilidad cuyos incumplimientos atraen diversas consecuencias tanto relacionadas con el ejercicio del uso de la opción del régimen especial como de sanciones.

Se hacen normas especiales para cuando el grupo empresarial trasciende fronteras y constituye un grupo empresarial multinacional. (Artículo 76-A)

Adicionalmente: se hacen menciones a grupos de personas en los supuestos de la Ley del Mercado de Valores (Artículo 129, así como al régimen que procede en el caso de gravamen por enajenación de acciones (Artículo 161) y en los casos de reestructuras internacionales (Artículo 176).

V] El velo corporativo

Un tema nacido del fenómeno Grupo de Sociedades que inquieta especialmente es el llamado *levantamiento del velo corporativo* o la *desestimación de la personalidad* que produce como efecto el que la identidad jurídica de una

sociedad se ignore para buscar la imputación de efectos jurídicos en otra sociedad, ordinariamente la detentadora del capital de aquella cuya personalidad se está haciendo a un lado, y consolidando activos o pasivos en el patrimonio de aquella.

Ello se ha dado en llamar, y así lo mencionan las decisiones judiciales de todos los países que han producido resoluciones en litigios, la teoría del velo corporativo o de desestimación de la personalidad, aunque, como en diversos estudios lo ha manifestado García Velasco²⁴, no existe una exposición ordenada y sistemática de una doctrina en tal sentido.

Tal situación tiene que ser una verdadera excepción, establecerlo como una norma regular sería un atentado contra la seguridad jurídica y un demoler una construcción que ha sido productiva en la economía mundial. Los inversionistas y empresarios han creado un sistema de controladoras y controladas porque quieren, como arriba se ha explicado, diversificar los riesgos, separando objetos sociales complementarios o asociados, manteniendo una línea de unidad de propósito empresarial.

Claro que la controladora puede tomar decisiones que afectan las controladas, de eso se trata ser controladora, de eso se tratan los grupos de sociedades, así se externalan a los terceros con los que operan.

Los terceros siempre tendrán a la mano el uso de herramientas que da el derecho, como el principio de la responsabilidad civil: el que actuando contra la ley o las buenas costumbres cause un daño a otro está obligado a repararlo; ese es el fundamento de las acciones en fraude de acreedores. Las decisiones de levantar el velo corporativo solo pueden explicarse cuando hay un propósito ilícito de engaño y mala fe o cuando hay una confusión tal en las operaciones, en los activos o los pasivos, que no se puede venir en conocimiento de a quién debe imputarse jurídicamente tal acto, activo o deuda. No puede ser la norma corporativa sino la excepción.

²⁴ García Velasco, Gonzalo. *La develación de personalidad en la jurisprudencia mexicana en Perspectiva Jurídica* N° 07, Año 4, Facultad de Derecho Universidad Panamericana Campus Guadalajara. 2016. pp. 69 a 98

VI] Conclusiones

El hecho de que se haya usado la estructura de grupos de sociedades, en ocasiones, para propósitos de evasión fiscal, de lavado de dinero, de fraude a acreedores, de aprovechamiento sobre minoritarios, de concentraciones monopólicas y otras desviaciones, no puede ser la motivación que oriente y guíe la regulación del fenómeno de agrupación de sociedades. Esas consecuencias malévolas deben ser prevenidas y combatidas, sí, pero el Derecho parte siempre del principio de la buena fe y de la construcción.

Esa ha sido siempre la ruta de la conducta del hombre y su regulación por el Derecho. Ha habido tutores que explotan a sus pupilos, albaceas que roban a los herederos, maleantes que falsifican firmas, cónyuges que explotan a sus parejas, comerciantes que abusan de sus contrapartes, banqueros y prestamistas que usurean, etcétera, ¿pero de ello debemos deducir que las instituciones de la tutela, el albaceazgo, el matrimonio, la firmas escrita o digital, el contrato, el mutuo y la apertura de crédito, etcétera, son malos? Obviamente no.

El fenómeno formador de agrupaciones de personas morales conlleva la promoción de la inversión, de la creación de fuentes de empleo, de desarrollo de la producción, de integrar fenómenos económicos, de desarrollo en zonas regionales y multinacionales, facilita la administración del emprendimiento y contribuye al bien común. El Derecho debe darle a esta realidad de la creatividad humana las herramientas para organizarse y desarrollarse positivamente.

Bibliografía

- Black's Law Dictionary. West Publishing. Sixth edition. St Paul. 1991.
- DAMMANN REINHARD; SÉNÉCHAL, MARC Le Droit de l'insolvabilité international, Joly éditions, Lextenso. Issy-les-Moulineaux, 2018.
- DUQUE, J.F. *Concepto y significado institucional de los grupos de empresas*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales.
- GARCÍA VELASCO, GONZALO. *La develación de personalidad en la jurisprudencia mexicana* en Perspectiva Jurídica N° 07, Año 4, Facultad de Derecho Universidad Panamericana Campus Guadalajara, 2016.

Guía Legislativa de CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia, Tercera Parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, Naciones Unidas, Nueva York, 2012.

GUIDE DE GESTION RF. Les groupes de PME, GROUPE REVUE FIDUCIARIE, PARIS, 2004. p. 312 <https://www.legifrance.gouv.fr/>

Ley de Sociedades por Acciones (*Aktiengesetz*) §18 I Citado por Manóvil, Rafael, *Grupos de Sociedades en el derecho comparado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998

MANÓVIL, RAFAEL. *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998, pp. 201, 202 en donde cita a Lamy Filho – Bulhoes Pedreira, *A nova lei das S.A.*, Vol 6, Sao Paulo, 1978, p. 170 y a Berger, Dora. *Der Schutz des AuSenstehenden Aktionars in Deutschland und Brasilien en Schiffen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*, Vol. 5, Vrl Peter Lang, Frank-furt-Bern-New York-Paris, 1988.

MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE. *Sociedades Mercantiles*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2008.

ORIO LLEBOT MAJÓ, JOSÉ, *Grupos de Entidades de Crédito*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993, p. 90.

PEÑA BRISEÑO, VÍCTOR MANUEL. *Concurso Mercantil de Grupos Empresariales*, Editorial Tirant Lo Blanch, México, 2014.

RICHARD, EFRAÍN HUGO. *Relaciones de Organización, Sistema de Contratos de Colaboración*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2007.

RUIZ PERIS, JUAN IGNACIO. *El privilegio del grupo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

Las consultas a leyes fueron tomadas de: <https://www.legifrance.gouv.fr/>

Responsabilidad penal e intervención judicial de Sociedades Mercantiles

VÍCTOR MANUEL PEÑA BRISEÑO¹

SUMARIO: I. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Nuevo paradigma en el Derecho Mexicano.* II. *Supuestos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas.* III. *Concepto de Medidas cautelares.* IV. *Medidas cautelares en materia penal contra personas jurídicas.* V. *Requisitos de procedencia de la Intervención Judicial como medida cautelar.* VI. *Principios de Derecho a considerar al otorgarse medidas cautelares.* VII. *La Intervención Judicial como medida cautelar.* VIII. *La Intervención Judicial en el Derecho Comparado.* IX. *Conclusiones.*

Resumen. La responsabilidad penal de las personas jurídicas es un nuevo paradigma del Derecho en nuestro país. Su reciente regulación en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) que introdujo en México el sistema penal acusatorio-adversarial regula el procedimiento para encausar penalmente a las personas jurídicas que hubieren cometido cualquiera de los delitos que en *numerus clausus* tipifica el CNPP. En tal sentido, y tomando en consideración la adopción de medidas cautelares que el Juez de Control puede practicar, destaca entre ellas precisamente la Intervención Judicial, medida cautelar en materia penal poco conocida y explorada en nuestro país, por lo que es menester acudir al Derecho Comparado, en especial al Derecho Español, para entender a esta institución jurídica cautelar. Este trabajo pretende desentrañar la naturaleza jurídica, la procedencia e importancia de la adopción de esta medida cautelar para preservar la materia del juicio, las evidencias que soporten el procedimiento penal y sobre todo evitar perjuicios a los trabajadores y a los acreedores de las personas jurídicas imputadas.

Palabras clave: Personas jurídicas, responsabilidad penal, intervención judicial.

¹Doctor en Derecho, profesor de Concursos Mercantiles en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

Abstract. *Criminal responsibility of legal entities have become a new concept introduced in our domestic law. Its recent regulation in the National Criminal Procedure Code (NCPC) that introduced Mexico in the so called accusatory-adversarial criminal system regulates the procedure to criminally prosecute legal entities that have committed any of the crimes that numerus clausus typifies the NCPC. In that sense, and taking into account the adoption of precautionary measures that the Judge of Control can practice, among them features precisely the Judicial Intervention, precautionary measure in criminal matters less known and explored in our country, for what it is necessary to attend to Comparative Law, especially to Spanish Legislation, to understand this legal institution. In that order, this work aims of unraveling the legal nature, the origin and importance of the adoption of this precautionary measure to preserve the matter of the trial, the evidence supporting the criminal procedure and above all to avoid harm to workers and creditors of the legal persons imputed.*

Keywords: *Legal entities, criminal responsibility, judicial intervention.*

I] La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Nuevo paradigma en el derecho mexicano

El nuevo sistema penal acusatorio – adversarial, entre otras novedades introdujo en nuestro país la responsabilidad penal de las personas jurídicas que hasta hace muy poco tiempo era impensable en nuestro derecho positivo. Ya no se sostiene más el aforismo *Societas delinquere non potest*. Los artículos 421 y posteriores del CNPP² establecen el procedimiento para el ejercicio de la acción penal y responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas que resulten responsables de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización, con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho. El Ministerio Público no podrá ejercer esta acción

² Emitido mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 5 de marzo de 2013

penal en contra de las instituciones estatales, pero si podrá hacerlo contra las personas físicas involucradas en el delito cometido.

En esta nueva regulación en el derecho positivo mexicano, han sido tomados en cuenta los lineamientos internacionales derivados de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos³, en especial, suscrita en Palermo, Italia –en especial su artículo 10- y en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción,⁴ en especial, el artículo 26. También han sido tomadas en cuenta las recomendaciones sobre esta materia del Grupo de Acción Financiera Internacional y los compromisos asumidos ante el Grupo de los 20 (G20).⁵

La pretensión original de sancionar a personas jurídicas con independencia del establecimiento de la responsabilidad individual por el mismo hecho, es una exigencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y ha sido recomendada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.

Se incorpora a nuestro derecho la doctrina del *compliance*⁶ que define, entre otras cuestiones, las técnicas y estrategias de buen gobierno corporativo consistente en la creación, instalación e implementación de procedimientos internos de las personas jurídicas para garantizar el cumplimiento por parte de sus empleados y funcionarios de las normas, so pena de recibir sanciones que afecten el *good will* de la compañía o el peligro de sanciones legales.⁷

La persona jurídica ahora puede ser autora de delitos y ser sujeto pasivo en procesos penales y como tal se les impondrán

³ Firma 15 de noviembre de 2000; ratificación publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 04 de marzo del 2013.

⁴ Convención adoptada por la resolución no. 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en día de 31 de octubre de 2003 y suscrita en Mérida, Yucatán el 10 de diciembre del 2003.

⁵ ARIEL, G. Dasso, AGUSTÍN, Flah, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas por corrupción, Un nuevo paradigma del Compliance*, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, Número 285. Julio/agosto de 2017, págs. 1051 y SS

⁶ Art. 11 Bis, último párrafo, Código Penal Federal.

⁷ *Op.cit.*

penas. Esta reforma no solo ha sido sustantiva, como señala Gascón Inchausti,⁸ sino adjetiva también.

II] Supuestos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas

El numeral 421 del CNPP señala supuestos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas responsables de delitos cometidos, tipificados expresamente en la enumeración *numerus clausus* establecidos en el Código Penal⁹, siendo estos los siguientes: i.- Que los delitos sean cometidos a su nombre. ii.- Cometidos por su cuenta. iii.- En beneficio de la persona jurídica. iv.- Cometidos a través de los medios que ellas proporcionan y que se haya determinado además que existió inobservancia del debido control en su organización.

III] Concepto de medidas cautelares

Siendo la Intervención Judicial una de las medidas cautelares previstas por el artículo 423, tercer párrafo del CNPP, importante será precisar el concepto de las mismas. Consideramos muy atinada la definición del ilustre procesalista uruguayo Eduardo J. Couture¹⁰, quien las define de esta manera: *Son resoluciones dictadas u ordenadas por un Juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en él.*

También resulta pertinente traer a esta definición de Medidas Cautelares, la muy atinada del Maestro Héctor Fix Zamudio¹¹: *Son instrumentos para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las partes o a la sociedad.*

En el orden estrictamente penal, las medidas cautelares buscan de manera inmediata restaurar el orden jurídico lesionado por la conducta delictuosa. De los conceptos anteriores se

⁸ ICHAUSTI, Gascón, *Proceso Penal y Persona Jurídica*, Editorial Marcial Pons, 2012, pp. 153 y 155

⁹ Artículo 21 del Código Penal para el Estado de Jalisco y artículo 11 Bis del Código Penal Federal

¹⁰ COUTURE, Eduardo Juan, *Vocabulario Jurídico*, 3ª. Edición, Ángel Landoni Sosa, Martín Bianchi Altuna, Montevideo, Uruguay, 2004

¹¹ FIX ZAMUDIO, Héctor, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa-UNAM, México, 1997

desprende que las medidas cautelares previstas por el CNPP, entre las cuales se encuentra la Intervención Judicial, materia de este breve estudio, tendrán como objetivo principal el asegurar el resultado del juicio, conservar la materia del litigio y evitar un grave e irreparable daño a las partes o a la sociedad, asegurando, por supuesto, las evidencias propias de la acusación criminal para evitar que sean destruidas u ocultadas.

IV] Medidas cautelares en materia penal contra personas jurídicas

La Intervención Judicial es solamente una de las medidas cautelares que el Juez de Control puede decretar en contra de personas jurídicas, pues los numerales 423 y 425 *in fine* con relación con el 155 del CNPP prevén las siguientes: i.- La suspensión de actividades. ii.- La clausura temporal de los locales o establecimientos. iii.- Aseguramiento de bienes. iv.- La exhibición de una garantía económica. v.- El embargo de bienes. vi.- La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero. vii.- La prohibición del administrador de acercarse al domicilio de la empresa. viii.- La separación inmediata del administrador del domicilio de la empresa.¹²

Tan solo analizaremos a la Intervención Judicial, por ser el tema central del presente estudio.

V] Requisitos de procedencia de la intervención judicial como medida cautelar

Los requisitos para que proceda como medida cautelar la Intervención Judicial de las personas jurídicas que han incurrido en responsabilidad penal son básicamente los siguientes: i.- Petición formal del Ministerio Público o de la víctima. ii.- Que se hubiere formulado la imputación o que se haya vinculado a proceso a la sociedad imputada. iii.- Que se resuelva en audiencia ante el Juez de Control con audiencia de las partes (Ministerio Público, Víctima, Asesor Jurídico, Imputada y Defensor).

La parte solicitante de la medida deberá justificar el riesgo, la idoneidad y la proporcionalidad de la medida, objeto o la finalidad de la misma. El último párrafo del artículo 157 del CNPP prohíbe al Juez de Control aplicar medidas más graves que las previstas en dicho Código.

¹² Los límites de punibilidad los determina el artículo 11 Bis del Código Penal Federal.

VI] Principios de derecho a considerar al otorgarse medidas cautelares

Siguiendo a la Doctrina y a nuestra Jurisprudencia, el Juez de Control al otorgar la medida cautelar solicitada deberá tomar en consideración y observar los siguientes Principios de Derecho:

Peligro en la Demora - *periculum in mora*. Se pretende evitar que en tanto se dicte sentencia condenatoria definitiva, se causen mayores daños a las víctimas o a la sociedad.

Apariencia del Buen Derecho - *Fumus Boni Iuris* que en el proceso penal se enuncia como *Fumus Comissi Delicti*. Es la exigencia de imputación motivada y verosímil de unos hechos delictivos concretos contra una persona jurídica concreta;¹³

Estando el juicio pendiente, que no se modifique la situación jurídica - *Lite Pendente Nihil Innovetur*.

VII] La Intervención Judicial como medida cautelar

Como ya lo asentamos en líneas anteriores, el CNPP establece en su numeral 423, tercer párrafo *in fine*, la facultad del órgano jurisdiccional para dictar la Intervención Judicial como medida cautelar, sin regularla, sin precisar sus objetivos y alcances, ni su duración, por lo que acudiremos al artículo 11 Bis del Código Penal Federal¹⁴ para entender esta medida. El código sustantivo penal, establece como objetivo de la Intervención Judicial el salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores y que podrá tener como límites de punibilidad una duración de 6 meses a 6 años como consecuencia jurídica.¹⁵

La Intervención Judicial podrá afectar la totalidad de la organización, a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. Se determinará exactamente el alcance de la intervención y quien se hará cargo de la misma, así como los plazos en que deberán realizarse los informes de seguimiento para el órgano judicial y la vigencia de la medida (Art. 159, Fracc. III, CNPP).

La Intervención Judicial se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del Interventor y del Fiscal. El

¹³ Los hechos que se están investigando en el proceso penal, han de revestir el carácter de delito - Sentencia del Tribunal Supremo Español STS 221/2016

¹⁴ Artículo adicionado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de junio de 2016.

¹⁵ *Ibidem*. Artículo 11 Bis, inciso e).

interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica, así como a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. La legislación aplicable determinará los aspectos relacionados con las funciones del interventor, su retribución respectiva y la cualificación necesaria.

El juez en sentencia o posteriormente mediante auto, determinará exactamente el contenido de la Intervención y quién se hará cargo de la misma y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el juez. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del Interventor y del Fiscal.

Como medida cautelar, con la Intervención Judicial se pretende: i.- Que la conducta penalmente criminal no se siga produciendo en tanto se tramita el proceso. ii.- Que la persona jurídica investigada no se sustraiga del proceso, disolviéndose o liquidándose o desaparezca de facto del tráfico comercial, o bien iii.- Impedir que por medio de la misma se oculten o destruyan pruebas.

Cuando se trata de proteger "acreedores", se refiere a la indemnización de daños y perjuicios como responsabilidad civil ex – delito. Así es en España como lo veremos más adelante.

VIII] La Intervención Judicial en el derecho comparado

Dada la poca experiencia que se tiene en nuestro país, tanto en el ámbito forense como en el jurisdiccional, es menester acudir a la doctrina y experiencia que tienen otros países. En obvio de tiempo y espacio únicamente hablaremos sobre la experiencia española y argentina.

1. España

La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 37/2011 de 10 de octubre¹⁶ a su vez reforma el Código Penal e introduce un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. La responsabilidad penal declarada por sentencia ejecutoria, puede traer como consecuencia la posibilidad de reclamar por vía civil la reparación del daño de lo que se deduce la importancia de la adopción de medidas cautelares que garanticen

¹⁶ Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre del Código Penal. Código Penal y Legislación Complementaria, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, edición actualizada a 6 de septiembre de 2018.

el éxito de la sentencia de condena bien para la víctima o para terceros. En el orden estrictamente penal, las medidas cautelares buscan de manera inmediata restaurar el orden jurídico lesionado por la conducta delictuosa. El artículo 33, apartado 7, inciso g) del vigente Código Penal Español, establece las penas aplicables a las personas jurídicas que tienen toda la consideración de penas graves y una de ellas es precisamente la Intervención Judicial: *para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que resulte necesario, que no podrá exceder de 5 años.*

Esta medida cautelar se encuentra regulada en términos similares a los establecidos por nuestro artículo 11 Bis del Código Penal Federal a que nos referimos en líneas anteriores, con la circunstancia interesante que, en España, el numeral en comento establece que: *la Intervención Judicial podrá ser acordada también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.*

Comentamos el caso de España en virtud de que desde hace muchos años en ese país se ha propugnado por enjuiciar a las personas jurídicas que cometen delitos tipificados en la ley y porque nuestro Código Sustantivo Penal, tanto local como Federal, se han inspirado en aquella legislación. En particular al regular a la Intervención Judicial de las personas jurídicas, lo han hecho de manera similar.

a.- *Finalidades de las distintas medidas cautelares en el proceso.*- De acuerdo con el Magistrado Velasco Núñez,¹⁷ cuatro son las principales finalidades que cumplen en el proceso las medidas cautelares:

Asegurativa. Asegurar y garantizar la futura eficacia de los hipotéticos pronunciamientos en los procesos penales y civiles de acuerdo al sistema acusatorio adversarial.

Conservativa. Los procesos son lentos. Tardará en dictarse la sentencia definitiva. Se requiere conservar los elementos precisos para que el Juez pueda dictar una resolución lo más correcta posible.

Anticipativa. En algunos casos, la medida cautelar tratará de anticipar pronunciamientos paliativos en vía accidente automovilístico, el Juez puede ordenar pago de pensión provisional para atender a la víctima.

¹⁷ VELASCO NUÑEZ, E, *Medidas Cautelares sobre la persona jurídica delinciente*, Diario La Ley, No. 8169, del 14 de octubre de 2013, Pág. 1 Citado por Ricardo Beltrán Izquierdo de la Fuente en su estudio *Medidas Cautelares frente a personas jurídicas*, Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, España, 16 de junio de 2016.

Preventiva. Busca la protección a la víctima y a futuras víctimas tratando que el presunto mal no se reitere o se perpetúe. Se trata de evitar más prejuicios o agravamientos futuros con la actuación del responsable.

b.- *Intervención Judicial vs. Administración Judicial.*- En la Intervención Judicial¹⁸ se impide al administrador realizar actos propios de su cargo sin el conocimiento y anuencia del interventor y se estima como garantía suficientemente de la efectividad de una eventual sentencia estimatoria.

Tal medida, la Intervención Judicial, se considera menos gravosa para la sociedad a la que se impone, pues no se sustituye la administración por una desigualdad judicialmente, sino que se mantiene la administración societaria, si bien con el control de sus actos por parte del interventor judicial.

2. Argentina

La Ley 27401, complementaria del Código Penal¹⁹ establece el régimen de Responsabilidad Penal aplicable a las personas jurídicas, privadas por delitos como: i.- El cohecho y tráfico de influencias; ii.- Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas; iii.- Concusión; iv.- Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados; y v.- Proporcionar informes falsos agravados.²⁰

Se pretende combatir delitos relacionados con la corrupción y el cohecho a funcionarios públicos en transacciones comerciales nacionales y transnacionales. Esta legislación no comprende a la Intervención Judicial como medida cautelar o pena para la persona jurídica responsable de la comisión de estos delitos.

IX] Conclusiones

La Intervención Judicial como medida cautelar de las personas jurídicas responsables de la comisión de conductas

¹⁸ Audiencia Pública de Asturias, sección 7ª de 30 de noviembre de 2002, rec. 362/2002. Intervención cautelar judicial. El riesgo que se pretende erradicar es el de una mala gestión por parte de la persona jurídica que puede derivar en la insolvencia de la misma que perjudique a sus acreedores o bien en una reducción de plantilla o cierre de la persona jurídica con el consiguiente perjuicio para sus trabajadores. Por ello su fin principal es proteger los intereses en juego de acreedores y trabajadores.

¹⁹ Artículo 27, Ley 27401 Argentina. Poder Legislativo Nacional. Boletín Oficial: 01/12/2017

²⁰ *Ibidem.* Artículo 1º

tipificadas como ilícitos penales, es necesaria en aquellos casos en los que se requiere preservar evidencias, evitar que se oculten o destruyan, y sobre todo que se sigan causando graves perjuicios a las víctimas que han puesto su confianza en la persona jurídica. La insuficiente regulación de la Intervención Judicial como medida cautelar en el CNPP, nos obliga a acudir al Código Sustantivo Penal, que de alguna manera regula esta figura como una de las consecuencias jurídicas que el juez impondrá a las personas jurídicas que hayan cometido o participado en la comisión de un hecho típico y antijurídico.

Estamos seguros que de haberse ordenado y ejecutado esta medida cautelar en casos como el grave fraude de la Sofipo FICREA en donde resultaron afectados más de 4,500 ahorradores por un monto global de más de 5,000 millones de pesos, no se hubiese dado oportunidad como se dio al desfalco de esta empresa en perjuicio de sus ahorradores.

Baste recordar que desde el mes de febrero de 2014 se denunció la posibilidad de este fraude a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), organismo gubernamental responsable de la supervisión y vigilancia de este tipo de empresas, siendo hasta el mes de noviembre del mismo año (casi 9 meses después) cuando se ordenó la Intervención Gerencial de esta empresa.²¹ Ya para entonces quienes la manejaban, la habían saqueado y dilapidado sus bienes.

El caso más reciente de otra Sofipo fraudulenta es el de la empresa PROYECTO COINCIDIR²² que hasta la fecha se reporta afectación a 300 clientes que le confiaron sus ahorros por más de 200 millones de pesos y no obstante que desde el mes de noviembre de 2017 se presentaron quejas ante la CNBV, tampoco se intervino a esta empresa y también ya fue dilapidado su patrimonio afectando al público ahorrador y a la sociedad en general por el grave daño a la buena imagen que deben tener estas empresas.

También con frecuencia nos enteramos por los medios de comunicación masiva de empresas inmobiliarias fraudulentas que realizan operaciones de preventa sobre edificios que no han sido construidos y que carecen de licencia de construcción al violentar los Planes Parciales de Desarrollo de la zona de su ubicación. Se han consignado casos de empresas inmobiliarias que de manera

²¹ Informe de Actividades y Reporte de Activos y Pasivos de la Intervención de FICREA, S.A. de C.V S.F.P.- 5 de diciembre de 2014.- Intervención Gerencial. - Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

²² Mural.com/Negocios, Martes 9 de octubre de 2018

subrepticia retiran ilegalmente sellos de obras clausuradas por el ayuntamiento, para continuar la construcción y seguir engañando a los compradores.²³ La interrogante que surge necesariamente es: ¿Por qué no se interviene judicialmente a estas empresas para evitar mayores daños a la comunidad?

Todos los que nos dedicamos a la abogacía, bien en el ámbito forense, de investigación y procuración de justicia o ejerciendo la noble labor jurisdiccional, estamos obligados a conocer estas herramientas que el derecho provee para evitar que empresas fraudulentas sigan causando daño a la economía popular de quienes confían en la buena fe y la honestidad de empresas que actúan en el comercio.

Bibliografía

ARIEL, G. Dasso, AGUSTÍN, Flah, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas por corrupción, Un nuevo paradigma del Compliance*, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, Número 285. Julio/agosto de 2017, págs. 1051 y SS

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Firma 15 de noviembre de 2000; ratificación publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 04 de marzo del 2013. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la resolución no. 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en día de 31 de octubre de 2003 y suscrita en Mérida, Yucatán el 10 de diciembre del 2003.

COUTURE, Eduardo Juan, *Vocabulario Jurídico*, 3ª Edición, Ángel Landoni Sosa, Martín Bianchi Altuna, Montevideo, Uruguay, 2004

FIX ZAMUDIO, Héctor, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa-UNAM, México, 1997

ICHAUSTI, Gascón, *Proceso Penal y Persona Jurídica*, Editorial Marcial Pons, 2012, pp. 153 y 155

Informe de Actividades y Reporte de Activos y Pasivos de la Intervención de FICREA, S.A. de C.V S.F.P., 5 de diciembre de 2014, Intervención Gerencial, Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre del Código Penal. Código Penal y Legislación Complementaria, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, edición actualizada a 6 de septiembre de 2018.

VELASCO NUÑEZ, E, *Medidas Cautelares sobre la persona jurídica delincente*, Diario La Ley, No. 8169, del 14 de octubre de 2013, Pág. 1 Citado por Ricardo Beltrán Izquierdo de la Fuente en su estudio Medidas Cautelares frente a personas jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, España, 16 de junio de 2016.

²³ Mural.com/Comunidad. Domingo 10 de junio de 2018.

Contexto Histórico e Ideológico de Nuestra Carta Magna

El Constitucionalismo Social: de México para el Mundo

WENDY GEORGINA PÉREZ RODRÍGUEZ¹

- SUMARIO: I. *Orígenes del constitucionalismo mexicano.*
II. *Contexto histórico de la Constitución Mexicana de 1917.*
III. *Contexto ideológico de la Constitución de 1917.*
IV. *Conclusiones.*

Resumen. Estudiar el contexto histórico e ideológico por el que se adentró nuestro México en términos constitucionales, es volver al pasado y caminar por la historia para analizarla con una visión crítica que nos permita entender la integración del México de hoy, con todo el conjunto de instituciones que le dan forma y que son el resultado de una lucha continua que culminó precisamente con la promulgación de esa Constitución con tintes sociales y liberales, que desde entonces le ha dado a México un perfil propio. El socioliberalismo que nuestro país implantó en la Constitución de 1917, concilió derechos individuales y derechos sociales de una forma armónica, es decir, se creó una Ley Fundamental que por primera vez garantiza los derechos individuales pero sin menoscabar el aspecto social. En el contexto histórico-constitucional de nuestro país, podemos hablar concretamente de tres etapas fundamentales: La Independencia de México, las Leyes de Reforma y el Movimiento Revolucionario de 1910; a dichas etapas corresponden las tres leyes que condicionan políticamente nuestra historia constitucional: la Constitución de 1824, la de 1857 y la Constitución Política de 1917. Todas estas etapas, encadenadas entre sí, aunque no se refleje textualmente, constituyen el devenir histórico constitucional mexicano. Pero para efectos de lo que es menester del presente ensayo, nos dedicaremos al estudio de los acontecimientos históricos que culminaron en nuestra Carta Magna de 1917 así como las corrientes ideológicas que se fortalecieron durante dicha etapa histórica y que

¹ Catedrática de la Universidad Panamericana en materia constitucional.

juntos dieron vida a la primera constitución socio-liberal de la historia. Para un estudio correcto del contexto histórico en el cual se gestó la Constitución de 1917, no podemos centrarnos únicamente en el movimiento revolucionario que la motivó, sino que es necesario además, analizar la dictadura que la originó, los planes y programas más importantes que se vieron reflejados en la Carta Magna así como los caudillos y líderes que destacaron durante esta etapa y que de una forma y otra participaron con su acción en la Revolución.

Palabras clave: Constitución de 1917, Derecho Social, Socioliberalismo.

Abstract. *Studying the historical and ideological context by which delved our Mexico in constitutional terms, it is go back and walk through the history of our country to analyze with a critical vision that allows us to understand the integration of Mexico today, with the whole institutions that shape and are the result of a continuous struggle that culminated precisely with the enactment of the Constitution with social dyes and liberal, which has since given Mexico its own profile. The social liberalism that our country introduced in the 1917 Constitution, reconcile individual rights and social rights, in a harmonious way, that is, a fundamental law for the first time guarantees individual rights but without undermining the social aspect was created. In the historical and constitutional context of our country, we can see specifically of three basic stages: The Independence of Mexico, the Reform Laws and the Revolutionary Movement of 1910; these stages correspond to the three constitutional laws politically influence our constitutional history: the 1824, the 1857 constitutions and the Constitution of 1917. All these steps, chained together, although not textually reflect, constitute the historical evolution of the Mexican constitutional law. But for the purposes of this essay, we will study the historical events that culminated in our Constitution of 1917 as well as the ideological currents that were strengthened during this historical period and together gave life to the first constitution socio-liberal history. For proper study of the historical context in which the 1917 Constitution was conceived we cannot focus solely on the revolutionary movement that motivated, but it is also necessary to analyze the dictatorship that originated the most important plans and programs they were reflected in the Constitution and the warlords and leaders who stood out during this stage and that in one way and another part with its action in the Revolution.*

Keywords: *Constitution of 1917, Social Law, Social Liberalism.*

I] Orígenes del constitucionalismo mexicano

Remontándonos en la historia, llegamos al punto en el cual puede decirse que se inicia la configuración de la nación mexicana como estado libre y soberano, y ese punto se encuentra en el momento en que comienza a gestarse el movimiento de independencia nacional. Las raíces ideológicas de la independencia de México, la decisión fundamental de iniciar el constitucionalismo mexicano, se hallan en las ideas que llevaron al pueblo a la lucha emancipadora. Esa ideología independentista se vio perfectamente reflejada en el pensamiento de Fray Melchor de Talamantes, quien llegó a proponer un vasto plan de Independencia para la Nueva España; dicho plan proponía:

La creación de un Congreso Nacional que descubriese las disposiciones y resoluciones de todo reino, organizase a éste, le diese la consistencia, firmeza y prosperidad que le faltaban y que ejerciera a nombre de todas las ciudades integrantes del reino el Poder legislativo, puesto que dicho Poder es un poder que existe y radica siempre en la Nación.....Este poder legislativo nos falta en el presente, cuando no es más necesario. Y ¿dónde encontrarlo? ¿cuál será pues nuestro recurso, tratando de organizar el reino, volverle su esplendor y consultar a su seguridad? No hay otro que la voz nacional: esa voz que todos los políticos antiguos y modernos miran como el fundamento y origen de las sociedades.²

Llegaba de esta forma Talamantes, a conclusiones que llevarían a la justificación de la Independencia de México: *Es pues la representación nacional, el derecho que goza una sociedad para que se le mire como separada, libre e independiente de cualquier otra nación; es la facultad de organizarse a sí misma, de reglar y cimentar la administración pública....de reponer las leyes que faltasen, enmendar las defectuosas, anular las perjudiciales y expedir otras nuevas.³*

Con estas ideas sobre delegación del poder, que parecen desprenderse del pensamiento de Rousseau, se perfila el fundamento filosófico necesario para que la sociedad de la Nueva

² SAYEG HELÚ, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano, La integración constitucional de México (1808-1988)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991, p. 81.

³ *Idem.*

España comenzara a cimentar el movimiento independentista y con ello se comenzaran a tejer las bases ideológicas que darían vida al inicio del constitucionalismo mexicano.

II J Contexto histórico de la Constitución Mexicana de 1917

1. *La Revolución de Tuxtepec y el Plan Antirreeleccionista de Porfirio Díaz en Palo Blanco: Marzo 21 de 1875.*⁴

A la muerte del benemérito Benito Juárez, le sucede por ministerio de ley, Sebastián Lerdo de Tejada, presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien continúa con los lineamientos de la política de Juárez. Al término de su ejercicio como presidente sustituto el 30 de noviembre de 1872, es electo para el siguiente periodo que no logra concluir dado su intento de reelegirse, y a sólo un mes del término de su mandato aparece el que fuera un pundonoroso militar, héroe del 2 de abril, vencedor de los franceses y hombre de gran prestigio, Porfirio Díaz, quien apoya la Revolución de Tuxtepec del General Fidencio Hernández, levantado en enero de 1875 contra el Ejecutivo representado por Lerdo de Tejada y a favor de Porfirio Díaz, proclamando el 21 de marzo el Plan de Palo Blanco, en cuyo punto 2º pronuncia como postulado supremo la *No Reección* del Presidente, exigiendo se elevara a rango constitucional mediante la reforma respectiva.

Al estallar la Revolución de Tuxtepec, no pudo ser sofocada de inmediato y la revuelta se generalizó. El ejército federal conformado en La Reforma vence en el norte y se dirige a Puebla, Veracruz y Oaxaca, en tanto el Presidente de la Suprema Corte, José María Iglesias, desconoce la elección presidencial a favor de Lerdo de Tejada, con objeto de apagar la sublevación de los No Reeccionistas, y dar nueva vida al Estado; ante lo cual huye Lerdo hacia el extranjero, asumiendo el poder José María Iglesias como Presidente sustituto por ministerio de ley, en su calidad de Presidente de la Suprema Corte de Justicia, el 31 de Octubre.⁵

En noviembre de 1876 Porfirio Díaz entró triunfante en la Ciudad de México y se declara jefe del Ejército Constitucionalista, asumiendo el Poder Ejecutivo que pone bajo mando militar, y lo ocupa hasta el 5 de diciembre. Durante este corto periodo Díaz envía al Congreso la iniciativa para elevar a rango Constitucional el

⁴ DE LA HIDALGA, Luis, *Historia del Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 2002, pp. 326-327.

⁵ *Idem.*

principio de la No Reelección. Díaz, tras la celebración de los comicios constitucionales es electo Presidente de la República para el periodo del 5 de mayo del mismo al 30 de noviembre de 1880.

El 5 de mayo de 1878, a un año de su ascensión al primer periodo de ejercicio mediante elecciones constitucionales, Díaz reforma por primera vez el artículo 78 constitucional, a fin de no poder ser reelecto el Presidente de la República para el periodo siguiente, ni ocupar la presidencia por ningún motivo, sino hasta pasados cuatro años de haber dejado el ejercicio de sus funciones. Bajo dicha reforma, en el periodo presidencial de 1880 a 1884, Porfirio Díaz ejerce el poder detrás del trono, al haber sido designado Secretario de Fomento, despacho que ocupa durante dicho cuatrienio salvo la etapa al hacerse cargo de la gubernatura de Oaxaca, a cuyo término regresa a la propia secretaria.

Pasados los cuatro años exigidos, presenta su candidatura, y a su triunfo electoral es ungido Presidente de la República para el periodo del 1 de Diciembre de 1884 al 30 de Noviembre de 1888, poder que por seis subsecuentes reelecciones ejerce hasta ser depuesto en 1911 por la Revolución maderista de 1910.⁶

2. Régimen Dictatorial de Porfirio Díaz

Al asumir Porfirio Díaz la Presidencia de la República por primera ocasión mediante elección constitucional, dado el prestigio adquirido como militar, el pueblo lo acogió con gran aplauso, a lo cual se aunó su criterio establecido en el Plan de Palo Blanco sobre la No Reelección. Por tanto, al reelegirse Díaz de inmediato encontró la resistencia popular ante la incongruencia de Palo Blanco y la determinación de Díaz, quien ya empezaba a manifestar sus fines al no cumplir cabalmente los mandatos de la Constitución en vigor (1857), así como las Leyes de Reforma elevadas a rango constitucional, principalmente en sus relaciones con el clero al permitirle volver por sus antiguos fueros⁷.

Muy pronto Díaz da muestras de su política oligarca, al otorgar a quienes estaban entorno a él, extensas tierras de cultivo por medio del despojo y el manejo a su gusto de la Ley de Baldíos, en beneficio de pocos y en contra de las mayorías, así como otras prestaciones concedidas al grupo llamado *científicos* y cada vez más al clero en el cual se apoya a fin de evitar críticas y obtener una sumisión del explotado pueblo mediante el púlpito y el confesionario. El descontento pronto empezó a manifestarse, y

⁶ *Ibidem*, p. 327.

⁷ *Ibidem*, p. 329.

Díaz se volvió contra el pueblo sometiéndolo por la fuerza de las armas, situación generalizada en toda la República, porque los gobernadores eran impuestos por Díaz y todos acataban sus órdenes, unos por temor, otros por la obtención de privilegios. A cada reelección, más oprobio del dictador, más sometimiento por la fuerza y más lustre para la oligarquía creada, formándose así dos clases, la de los privilegiados que absorbían tierras, industria y comercio, y la otra clase, la de los miserables campesinos y obreros reducidos a una semiesclavitud; y lejos de mejorar con el tiempo, la situación se hacía cada vez más conflictiva.⁸

El general Díaz gobernaba rodeado de un grupo de distinguidos amigos y de otros cercanos; con el paso del tiempo, se agudizaron las desigualdades económicas y sociales y la inconformidad contra el gobierno de Díaz iba creciendo; además, el presidente al tiempo que envejecía, también se debilitaba en su forma de gobernar.

Poco a poco, en el entonces nuevo siglo, las inconformidades eran más notorias, sobre todo contra la falta de democracia y las severas injusticias sociales. Durante los últimos años del régimen fueron muy recurrentes los artículos de prensa contra el gobierno, principalmente del periódico llamado *Regeneración* de los hermanos Flores Magón, cuyos líderes, así como otros líderes políticos, fueron reprimidos, exilados o asesinados.⁹

3. El Movimiento Liberal

Al inicio de la tercera reelección continua de Díaz en 1892, surgieron los primeros brotes antirreeleccionistas provocados por el grave malestar existente en la población, principalmente entre los grupos de jóvenes y obreros liberales, quienes se reunieron en el jardín de San Fernando desde las siete de la mañana del 15 de mayo de 1892, para protestar contra el dictador portando estandartes de los diferentes grupos antirreeleccionistas que cada día se multiplicaban. Dicha manifestación marchó hacia el centro de la ciudad y durante la marcha se unieron a ellos personas de distintos sectores, edades y todos proclamando a favor de la No Reelección y al cumplimiento de la Constitución. Hubo muchos discursos en contra de la reelección y la marcha continuó hasta llegar a la Catedral, en donde se les cerraron las puertas

⁸ *Ibidem*, p. 330.

⁹ QUIROZ ACOSTA, Enrique, *Teoría de la Constitución*, Porrúa, México, 2012, p. 344.

impidiéndoles la entrada pues pretendían tocar las campanas de la misma para llamar la atención de toda la población.¹⁰

4. El Partido Liberal

Generalizado el descontento por los excesos de la dictadura de Díaz, con la consecuente marginación de los obreros y campesinos, surge una verdadera oposición política exigiendo respeto y cumplimiento de la tan difícilmente lograda y precariamente sostenida Constitución de 1857, y en agosto de 1900, Camilo Arriaga invita a los liberales a la celebración de un Congreso en la ciudad de San Luis Potosí el 5 de febrero del siguiente año, precisamente en la conmemoración de la Constitución pisoteada por Díaz y sus seguidores.¹¹

En dicho Congreso se hace manifiesta expresión del abuso del clero al que se considera necesario combatir, al mismo tiempo se hace alusión a la defensa de la libertad de prensa mancillada por la dictadura, así como la restitución de la libertad municipal suprimida por el déspota, surgiendo en el seno de dicho Congreso las fuertes voces de los hermanos Ricardo y Enrique Flores Magón, Diódoro Batalla y Antonio Díaz Soto y Gama, quienes se organizan en torno de un verdadero movimiento liberal, formándose en 1903 el primer cuerpo antirreeleccionista para combatir directamente al Presidente Díaz, empero éste hace funcionar de inmediato su maquinaria represiva y tres años después el grupo casi desaparece al colmarse los caminos del destierro y la cárcel, mientras algunos otros temerosos por las amenazas sufridas emigran, y varios más que se resisten son muertos con violencia, pero todos, no obstante la reclusión o desde el extranjero continúan la lucha, y el 1o. de Julio de 1906 formulan desde el destierro en San Luis Missouri, el Programa del Partido Liberal Mexicano, de profundo contenido social elaborado por Manuel M. Diéguez y Esteban Baca Calderón.¹²

Como su nombre lo indica, este trascendental documento ya no es para enjuiciar al gobierno porfirista, sino una verdadera plataforma de reivindicaciones, que no solamente formulara el contenido social de la lucha armada que habría de iniciarse cuatro años después, e inspirara los principios fundamentales de la

¹⁰ DE LA HIDALGA, *op. cit.* p.331.

¹¹ *Ibidem*, p.332.

¹² *Idem*.

Constitución de 1917, sino que estaría destinado a constituir nada menos que la bandera ideológica de la Revolución Mexicana.¹³

La gran mayoría de los puntos asentados en este Programa del Partido Liberal Mexicano fueron recogidos y consignados en el proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, en tanto que el Constituyente de Querétaro los recogió todos y cada uno de ellos, específicamente en las garantías sociales; lo referente al mejoramiento y fomento de la instrucción, al dictaminar el artículo 3º; el de los extranjeros en el artículo 27; las restricciones a los abusos del clero en el 130; el del capital y trabajo en el 123; el de las tierras en el 27; podría decirse que este programa fue solamente una fuente e inspiración para el Constituyente, sino su propia estructura y el origen de las garantías sociales.¹⁴

5. Las huelgas de Cananea y Río Blanco

a.- *Huelga de Cananea.*-¹⁵ Sería difícil entender el movimiento obrero mexicano, la propia Revolución y por ende la Constitución a que dio origen y consecuentemente a los más apasionados debates del Constituyente y el resultado final, la inclusión del artículo 123 en la Constitución de 1917, de no haber ocurrido los dos más graves sucesos de despotismo de los patrones contra los obreros durante la dictadura de Díaz, uno en la industria minera de Cananea de la que se habían adueñado los estadounidenses coludidos con el dictador, y el segundo en la industria textil, también en gran medida de capitalistas extranjeros.

En el estado de Sonora por concesión del gobierno porfirista se había constituido una muy sólida empresa industrial, la *Cananea Consolidated Copper Co.*, para explotar el mayor y más rico fondo minero de cobre del país, que empleaba a 5,300 obreros mexicanos y 2,200 estadounidenses, causando siempre las más profundas inconformidades de los mexicanos en tanto a trabajo igual el salario de los extranjeros era excesivamente elevado y, por demás, recibían diversas prestaciones, protección en el trabajo, descanso semanal, horarios preferentes y ostensibles diferencias de unos trabajadores a otros, sobre la base de la nacionalidad, en detrimento de los mexicanos, no obstante tratarse de un producto mexicano, sustraído de minas nacionales existentes en el país, de elevada cotización en los mercados internacionales cuyas grandes utilidades eran de beneficio único de la compañía extranjera.

¹³ SAYEG HELÚ, *op. cit.* pp. 462-463.

¹⁴ DE LA HIDALGA, *op.cit.*, p. 336.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 336-339.

El descontento crecía sin que los directivos de la empresa hicieran el menor caso, lo cual obligó a los trabajadores quejosos a agruparse formando una organización para la defensa obrera denominada *Unión Liberal Humanidad*. A fines de mayo de 1906, se incrementó la agitación y descontento obrero y el 1° de junio estalla la huelga en la mina *Oversight* mediante una manifestación de miles de obreros y sus familias. Los obreros huelguistas nombraron una comisión de obreros, entre los que se encontraba Esteban Baca Calderón, quien posteriormente fue elegido diputado Constituyente y uno de los grandes defensores de los derechos obreros exigiendo se elevaran a rango constitucional. El conflicto crece hasta alcanzar tintes violentos y el gobernador de Sonora permite la entrada a los *Rangers* americanos, exacerbando a su llegada a los huelguistas al verse atacados en su propio país por fuerzas extranjeras al mando del gobernador mexicano. El 5 de junio son aprehendidos los líderes del movimiento, Manuel M. Diéguez, Francisco Ibarra, Esteban Baca Calderón y otros más para ser enviados a la cárcel de San Juan de Ulúa, siendo un magro logro de los obreros huelguistas el retiro de 3 mayordomos americanos, al elevado costo de 23 muertos y 22 heridos, todos ellos por cuenta del ejército mexicano y de las fuerzas estadounidenses a quienes se permitió pasar la frontera para asesinar a obreros mexicanos.

b.- *Huelga de Río Blanco*.¹⁶ Durante la Dictadura Porfirista se prohibió a los trabajadores que formaran organizaciones o iniciaran cualquier manifestación para defender sus derechos laborales, castigándose con multas e inclusive prisión a quienes desobedecieran. Pese a esta situación y a lo ocurrido en Cananea, 6 meses después, otra importante huelga estalló. En enero de 1907, en la región de Orizaba, en el Estado de Veracruz, trabajadores de las fábricas textiles de Río Blanco, se declararon en huelga por las malas condiciones de trabajo a que eran sometidos; en busca de una solución los obreros nombraron como árbitro de la problemática al Presidente Porfirio Díaz, quién favorece a los empresarios y ordena la reanudación de labores en las fábricas el 7 de enero de 1907, no sólo sin satisfacer las demandas de los trabajadores sino además con nuevas condiciones que atentaban contra la libertad y derechos de los inconformes. Al no obtener una respuesta favorable, los obreros de Río Blanco no aceptaron la resolución del Presidente de la República, el conflicto creció y los

¹⁶ PACHECO, Israel, *Huelgas de Cananea y Río Blanco*, Quinta Columna, La Opinión, México, Enero 12 de 2011.

<http://www.quintacolumna.com.mx/columnas/opinionpacheco/2011/enero/column-opinionisrael>

trabajadores decidieron continuar la huelga.

El día 7 de enero en Río Blanco cerca de dos mil trabajadores operarios agrupados en el Círculo de Obreros Libres se amotinaron frente a la fábrica, lanzando piedras e intentando quemarla, pero la policía montada lo impidió, entonces saquearon y quemaron la tienda de raya propiedad de Víctor Garcín, un empleado de la tienda de raya dio muerte a uno de los trabajadores huelguistas. La reacción de los obreros fue atacar con piedras y amotinados incendiaron la tienda de raya, dando muerte a los dependientes. Por órdenes de Porfirio Díaz, el ejército al mando del general Rosalino Martínez disparó contra los trabajadores que huyeron a Nogales y a Santa Rosa. De regreso a Río Blanco los trabajadores amotinados fueron interceptados por más fuerzas federales que dispararon también contra mujeres y niños. El 9 de febrero sólo se presentaron a trabajar 5,512 de los 7,083 trabajadores de esa zona, la diferencia es de 1,571 trabajadores faltantes, de los cuales unos habían sido muertos, otros heridos o desplazados. Cerca de 223 trabajadores varones y 12 mujeres más fueron encarcelados. Una vez sofocada la huelga por las balas asesinas fueron fusilados los dirigentes del movimiento. A pesar de estos episodios trágicos, las movilizaciones por parte de los trabajadores continuaron presentándose; la defensa y la lucha por sus derechos laborales no dejó de darse por mucho tiempo en diferentes regiones del país. Estos dos acontecimientos inspiraron los movimientos que culminaron con el inicio de la Revolución Mexicana en 1910.¹⁷

6. Las Declaraciones del Presidente Díaz al periodista norteamericano Creelman

Con objeto de acallar las voces tanto en el país como en el concierto de las naciones, que ya comenzaban a criticar a Díaz por su larga y despótica permanencia en el poder, éste invita al periodista James Creelman, del *Pearsons' Magazine of New York*, el 17 de febrero de 1908 a una entrevista que le concede en el Castillo de Chapultepec, residencia oficial del dictador, a fin de darle a conocer su decisión respecto a las elecciones que habrían de celebrarse en 1910.

Con descaro inaudito Díaz expresa al periodista: *Hemos adoptado en la administración de los negocios nacionales una política patriarcal, guiando y sosteniendo las tendencias populares, en el convencimiento de que bajo una paz forzosa, la educación, la*

¹⁷ *Idem.*

*industria y el comercio desarrollarían elementos de estabilidad y unión en un pueblo naturalmente inteligente, sumiso y benévolo.*¹⁸

Cuando Díaz habla sobre educación, calla la gravedad de la verdadera situación del país donde había un analfabetismo de 80%, y en cuanto a la industria y comercio calla asimismo que ambas ramas de la economía nacional se encuentran en manos del capital extranjero y de sólo unos cuantos oligarcas beneficiados con su política impopular, y al referirse al pueblo sumiso, también calla que estaba sumiso por la fuerza de las armas del ejército, y que los campesinos vivían en una situación de semiesclavitud, y con cinismo sin igual se refiere a una paz forzosa sin expresar que la misma se da por la fuerza del ejército que evita cualquier manifestación contra el gobernante.

Continuó Díaz con sus declaraciones a Creelman, y expresa: *He esperado con paciencia el día en que la República de México esté preparada para escoger y cambiar sus gobernantes en cada periodo, sin peligro de guerras, ni daño al crédito y al progreso nacionales. Creo que este día ha llegado.*¹⁹

Bajo el mismo tema manifiesta Díaz a Creelman: *Es cierto que no hay partidos de oposición. Tengo tantos amigos en la República, que mis enemigos no se muestran deseosos de identificarse con la minoría. Tengo la más firme resolución de separarme del poder al expirar mi periodo, cuando cumpla ochenta años de edad, sin tener en cuenta lo que mis amigos y sostenedores opinen, y no volveré a ejercer la Presidencia.*²⁰

El Presidente Díaz se había convertido en un experto mentiroso que y había perdido toda honestidad, porque ya para entonces había decidido presentar su candidatura para una nueva reelección por otros seis años, de conformidad a la reforma constitucional realizada en mayo de 1904 a fin de establecer el periodo constitucional de seis años, como el que se encontraba ejerciendo²¹.

7. El Maderismo

Madero nace en el seno de una familia muy acaudalada de agricultores del estado de Coahuila. Estudia en los Estados Unidos y Francia. Viaja por Europa, lo que le permite tener una visión

¹⁸ CUADERNOS DEL INSTITUTO DE HISTORIA, *Entrevista Díaz-Creelman*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

²¹ DE LA HIDALGA, *op. cit.* pp. 340-341.

universal, a la vez de una gran cultura. Desde 1904 sus inquietudes le llevan a participar en la política de su estado y preside el Club Democrático para la gubernatura, escribiendo artículos en *El Demócrata*, sobre temas políticos con ideas sociales, la libertad del voto y los Derechos Humanos, destacándose por su oratoria popular. Lucha al lado del Partido Antirreeleccionista y al ser lanzado como candidato a la presidencia para la elección de 1910, realiza una campaña por toda la República secundado por numerosos partidarios.²²

Desde que inició su vida política, Don Francisco I. Madero habrá de evidenciar una profunda preocupación por hacer de la democracia el sostén de la vida política de México, es por estos ideales democráticos que le alentaban, que decide intervenir en política. Es también es esta época que escribe y publica su libro *La sucesión presidencial de 1910*, y que vino a ser el golpe mortal que habría de ser propinado a la dictadura. Este libro habría de ser el que lanzara a Madero a invitar a la formación de partidos políticos de oposición, conforme a los principios democráticos más puros.²³

Por su parte las mentiras de Díaz continúan, y acepta la candidatura a la presidencia no obstante sus declaraciones de abandonar el poder, y como respuesta a la Convención de los antirreeleccionistas manda apresar a Madero y Roque Estrada, otro destacado miembro del recién creado partido, quienes desde la mazmorra fraguan la rebelión, se fugan y huyen a San Antonio Texas donde formulan el Plan de San Luis.

La mayor aportación de Madero fue el haber puesto en marcha el movimiento revolucionario destinado a transformar la fisonomía que había presentado el país hasta ese entonces. Madero había logrado lo que hasta entonces se creía imposible, despertar el unánime sentimiento revolucionario del pueblo mexicano y provocar el estallido de lo que ya se encontraba latente en todas las conciencias particulares, dando así lugar a la rapidísima generalización de un movimiento al que bastaron menos de 6 meses para derrumbar al sólido régimen de gobierno que logró mantenerse durante un tercio de siglo.²⁴

a.- El Plan de San Luis.

El Plan de San Luis se plasma en un documento, que representa y motiva el inicio del movimiento revolucionario de 1910. Dicho Plan, del 5 de octubre de 1910, proclama la nulidad de las elecciones acabadas de realizar y el corolario

²³ SAYEG HELÚ, *op. cit.*, pp. 479-480.

²⁴ *Ibidem*, pp. 489-491.

desconocimiento del gobierno, haciendo un llamamiento a las armas, y sentando las bases para la Reforma Agraria, denunciando los crímenes de la dictadura contra el campo mexicano y sus campesinos.²⁵

Dicho Plan constaba de 11 puntos principales y cuatro transitorios, en los que se declaran nulas las elecciones y se desconoce la autoridad del Presidente Díaz y demás funcionarios. Se cita a las armas a todo el pueblo de México y Madero se autoriza a sí mismo para asumir la presidencia provisional y convocar a elecciones.²⁶

Tal como lo disponía el Plan de San Luis, el 18 de noviembre se inicia la Revolución en Puebla, con el levantamiento de la familia Serdán contra la autoridad gubernamental, misma que es masacrada por órdenes del dictador, cayendo así las primeras cabezas del movimiento reivindicador en las figuras de los hermanos Aquiles y Carmen Serdán, al propio tiempo que se suceden hechos similares en una veintena de poblaciones de la República.

Poco a poco el movimiento cobra fuerza y para el mes de mayo la República arde en llamas revolucionarias. Pascual Orozco y Francisco Villa se levantan en el norte, Zapata y Lucio Blanco en el sur. Madero cruza la frontera y entra a Ciudad Juárez que se convierte en el principio del fin de la dictadura. José Yves Limantour, aconseja a Díaz y precipita la renuncia del dictador, hecho que concluye con los Tratados de Ciudad Juárez.

Tal como se había estipulado en el Plan de San Luis y en los Tratados de Ciudad Juárez, al ocupar la presidencia interina Francisco León de la Barra, convoca a elecciones y la fórmula Madero-Pino Suárez triunfa arrolladoramente asumiendo su mandato el 6 de noviembre de 1911, con el ejercicio de un gobierno de poca solidez.

b.- La Decena Trágica

Madero habría de ser una víctima de la bondad de su espíritu y de la nobleza de sus ideales, así como de una serie de conspiraciones que habrían de desembocar en los trágicos sucesos de febrero de 1913.

Félix Díaz, sobrino de Don Porfirio, Bernardo Reyes, Manuel Mondragón y el traidor más grande de todos, Victoriano Huerta fueron quienes dieron rienda suelta a sus mezquinas y ruinas ambiciones y se encargaron de aniquilar, a poco tiempo de iniciada, la etapa de la Revolución que fue el maderismo.

²⁵ *Ibidem*, p. 485.

²⁶ *Ibidem*, pp. 488-489.

Engañado el Presidente Madero, por la figura más vil y denigrante de nuestra historia, Victoriano Huerta; en quien el presidente había depositado una confianza ilimitada al haber puesto en sus manos, la defensa militar de la ciudad de México y el resguardo de su vida²⁷, el presidente Madero habría de compartir con el vicepresidente Pino Suárez el sabor del martirio. El 9 de febrero de 1913 ocurre el famoso cuartelazo, cuando Huerta entra en complicidad con sus compinches sublevados y hace prisioneros al Presidente y al vicepresidente de la República; en forma por demás violenta les arranca sus renunciaciones a los cargos que desempeñaban por voluntad popular y en complicidad con Félix Díaz y con el embajador de los Estados Unidos en México, Henry Lane, usurpa el poder que siempre le fue negado por el pueblo. La intervención del embajador habría de ser a tal grado determinante de los ominosos acontecimientos que acabarían con las vidas del jefe del Ejecutivo y del vicepresidente de la República, que el propio documento gestatorio del golpe de Estado es común y generalmente conocido como *Pacto de la Embajada*, por haber sido confeccionado en la propia embajada de los Estados Unidos en México.²⁸

Victoriano Huerta asume el mando militar y civil y emite un manifiesto explicando su conducta, al propio tiempo que gira una comunicación al cuerpo diplomático, a los gobernadores y a las Cámaras de Diputados y Senadores. Al tener conocimiento de la renuncia del presidente y vicepresidente, la Cámara de Diputados por medio de la comisión respectiva expide el dictamen correspondiente y en virtud de las renunciaciones anteriores y por ministerio de ley se llama a Pedro Lascurain, en su calidad de Secretario de Gobernación, para que prestase la protesta de ley como presidente interino, lo cual se llevó a efecto la misma noche del 19 de febrero, expidiéndose al efecto el decreto respectivo. Al término de la reunión se convocó de inmediato a sesión extraordinaria del Congreso General, en la cual el presidente Lascurain designa al General de división Victoriano Huerta, como Secretario de Estado y del Despacho de Gobernación, quien rindió la protesta de ley, y acto seguido renuncia al cargo de Presidente Interino. El Congreso acepta la renuncia y hace un llamado a Victoriano Huerta para que rinda la protesta de ley como Presidente Interino, por ministerio de ley en su calidad de Secretario de Gobernación, y es así, como Huerta asume la

²⁷ Vid. *Revolución Mexicana. Crónica Ilustrada*. Varios autores. Publex, México, 1967. T.II. p. 54.

²⁸ SAYEG HELÚ, *op.cit.* pp. 502.

Presidencia, si bien jurídicamente válida, no así por el procedimiento seguido de asesinar al presidente y vicepresidente de la República.²⁹

8.- El Plan de Ayala y Emiliano Zapata.

El Plan de Ayala constituye el antecedente que ha de dar vida al artículo 27 de la Constitución de 1917, y es básicamente un Plan nacido de la mente del más prestigiado de los hombres de la Revolución Mexicana, el caudillo del Sur Emiliano Zapata, quien es el alma de la Reforma Agraria, el símbolo del agrarismo. Emiliano Zapata destaca por ser un ferviente defensor de las tierras que pertenecen al pueblo; aunque carente de instrucción, el 12 de noviembre de 1901 se une a la Junta por la Defensa de la Tierra donde es electo presidente de la misma, y estudia profusamente los derechos de propiedad de las tierras de su pueblo. En 1911, siempre bajo su mismo ideal agrarista se une a la Revolución ante las afirmaciones del Plan de San Luis de Madero, con las que coincide plenamente. Pero al no continuar Madero con el contenido agrario de San Luis, Zapata se pronuncia contra él, acusándolo de violar la soberanía de los estados, de haber burlado la Constitución y las leyes y con ello haber conducido al país a la anarquía. En virtud de lo anterior, el 28 de noviembre de 1911, una Junta Revolucionario presidida por el mismo Zapata, expide el Plan de Ayala y en la Convención de Aguascalientes envía sus representantes. En el Plan sostiene la necesidad de derrocar a Madero.

El más importante de sus artículos por su verdadero contenido agrario es el 6° que proclama:

Que los terrenos, montes y aguas que hayan usurpado los hacendados, científicos o caciques a la sombra de la tiranía y de la justicia venal, entrarán en posesión de estos bienes inmuebles desde luego, los pueblos o ciudadanos que tengan sus títulos correspondientes de esas propiedades de las cuales han sido despojados, por la mala fe de nuestros opresores, manteniendo en trance, con las armas en la mano, la mencionada posesión y los usurpadores que se consideren con derecho a ellos, lo deducirán ante los tribunales especiales que se establezcan al triunfo de la Revolución.

Los artículos 7, 9 y 10 son complementarios del anterior, también de contenido agrario, por ser el motivo por el cual se reanudaba la Revolución. Después de asesinato de Madero, repudiado dicho acto por los zapatistas, se expide el Acta de

²⁹ DE LA HIDALGA, *op. cit.* p. 348.

Ratificación del Plan de Ayala, el 19 de julio de 1914, en el cual se establece entre otros puntos:

La Revolución hace constar que no considerará concluida su obra, sino hasta que, derrocada la administración actual, se convoque a elecciones extraordinarias, y eliminados de toda participación en el poder los servidores del huertismo y las demás personalidades del antiguo régimen, se establezca un gobierno compuesto de hombres adictos al Plan de Ayala, adicionado al de San Luis.

9. La Revolución Constitucionalista de Venustiano Carranza

a.- *El Plan de Guadalupe de 26 de Marzo de 1913.* Después del asesinato artero del Presidente Madero y el vicepresidente Pino Suárez a manos de Victoriano Huerta, se extiende entre la sociedad una reacción adversa contra él por haberse adueñado de la Presidencia de manera inmoral. Venustiano Carranza se levanta de inmediato contra Huerta y el 26 de marzo de 1913, expide el llamado Plan de Guadalupe como respuesta reprobatoria al asesinato del Presidente Madero y el Vicepresidente Pino Suárez, desconociendo al gobierno de Huerta y los Poderes Federales. En adiciones al Plan de Guadalupe, expedidas en Veracruz en 1915, se establece que lo establecido por el Plan de Guadalupe subsistiría hasta en tanto no se diera el triunfo completo de la Revolución y por consiguiente Venustiano Carranza continuaría en el cargo de Primer Jefe de la Revolución Constitucionalista y como encargado del poder Ejecutivo de la Nación, hasta que quedará restablecida la paz. Es menester mencionar que la motivación de Carranza para la emisión del Plan de Guadalupe no fue otra que la de restaurar el orden jurídico y realizar los cambios necesarios al mismo para garantizar un verdadero Estado de Derecho, pues dicho orden constitucional había sido violado flagrantemente con los asesinatos del Presidente Madero y Pino Suárez, además el pacto celebrado para llevar a cabo dicho despojo ilegal del poder con un país extranjero, constituía también una violación a la soberanía del Estado Mexicano³⁰; éstas razones motivaron a Carranza a iniciar su movimiento constitucionalista, el cual pretendía restaurar la vigencia de la Constitución de 1857. Es importante destacar que la idea de reforma social no era desconocida para Carranza, pues en las adiciones al Plan de Guadalupe se mandó revisar toda legislación y reformar lo necesario para lograr con ello la plena igualdad de los mexicanos.³¹ Con esta base se circunscriben

³⁰ *Ibidem*, pp. 350-352.

³¹ QUIROZ ACOSTA, *op. cit.* p. 348.

importantes leyes como la del Municipio Libre y la del Divorcio, ambas de 1914, la Ley Agraria y Obrera de enero de 1915, y las Reformas al Código Civil del 29 de enero de 1915, así como la Ley de Abolición de las Tiendas de Raya de 1915³², reformas que culminaría con la convocatoria a un Congreso Constituyente para restaurar mediante un cambio el orden jurídico violado, mediante la realización de una serie de importantes reformas y adiciones a la legítima Constitución en vigor, a fin de adecuarla a su momento histórico.

Queda claro que Carranza pone un especial empeño reformador, incluso en la cuestión social, no nada más en las cuestiones de carácter político-estructural. Estas reformas de tipo social, tuvieron verificativo en la etapa preconstitucional, en la cual aún estaba en suspenso la vigencia de la Constitución de 1857. No es sino hasta el año de 1916, cuando se alcanza la mayor estabilidad en el movimiento iniciado por Carranza, y es en ese momento cuando se restablece el orden constitucional y para ello, se considera necesario convocar a un Congreso Constituyente, para reformar la Constitución de 1857, o expedir una nueva Constitución. Se habían generado las condiciones para establecer una normatividad constitucional que reflejara las aspiraciones revolucionarias y los anhelos de la nación en lo político y en lo social.³³

b.- *El Congreso Constituyente de 1916-1917.* Considerado por Carranza el momento ideal, se convoca a elecciones para la integración del Congreso Constituyente, el cual se integró por representantes de cada una de las entidades federativas en proporción al número de habitantes; además, se estableció que los requisitos para ser diputado serían congruentes con los señalados por la Constitución de 1857. En la integración de dicho Congreso se prohibió la participación de todos aquellos que habían sido hostiles a la causa constitucionalista. Se constriñeron los asuntos solo del Congreso a definir el proyecto de la Constitución, el cual era el único asunto que se podía tratar en los debates. Además se consideró que un término no mayor de dos meses, se daría por concluido dicho Congreso Constituyente y se disolvería la Asamblea. El Congreso inicia oficialmente las juntas preparatorias en la ciudad de Querétaro, el 20 de noviembre de 1916. El Congreso se inaugura el 1 de Diciembre de 1916; entre los integrantes se observan aquellos que pertenecían al Partido Liberal

³² SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Historia del Derecho Mexicano*, Porrúa, México, 1996, p. 100.

³³ QUIROZ ACOSTA, *op. cit.* pp. 348-349.

Mexicano, cuyo líder era el propio Carranza, quien en su carácter de Presidente de México, dio el discurso inaugural y entregó el proyecto de reforma de la Constitución. En este discurso Carranza reconoce y enaltece el contenido de la Constitución de 1857, pero también reconoce que no se ha cumplido y señala además algunas de las más importante reformas que se proponían, todas ellas referidas a la estructura del país.³⁴

Entre las ideas o aspectos que proponían reformarse en la Constitución, destacan los siguientes: a) Predominio del Poder Ejecutivo respecto de los otros poderes; b) La creación del artículo 130; y c) la idea del municipio libre como base de la estructura política, elevándose dicho principio a la categoría de norma constitucional.³⁵

En virtud de los debates relativos a la separación del Estado de la Iglesia, se superó el principio relativo a la separación, justa y de la concepción liberal de que deben estar separadas las cuestiones del Estado de las cuestiones de la Iglesia, se llega a la concepción de que *el Estado está por encima de la Iglesia*.³⁶

Otro tema que motivó importantes debates, fue el relativo al municipio; se estableció al municipio libre como base de la división territorial y de la organización política de México y su administración por medio de ayuntamientos de elección popular directa. Otro tema importante fue el de la educación, ya que en este tema, los constituyentes querían ir más allá de un concepto liberal, querían eliminar cualquier tipo de intromisión clerical en la enseñanza, fundamentalmente en la enseñanza básica, no sólo en los establecimientos oficiales, sino también en los de enseñanza privada. El texto propuesto llevaba el laicismo a su máxima expresión en materia de enseñanza.³⁷

Otro punto importante de discusión lo constituyó la materia del trabajo, ya que en dicho ámbito es donde se observaban las injusticias más grandes que habían sido objeto de la lucha revolucionaria. Cuando se presenta el dictamen a Comisión, se observan dos innovaciones al respecto del contenido de 1857: a) dejar sin efectos jurídicos la renuncia que se hiciera de ejercer determinada actividad en el futuro; b) el límite máximo del contrato de trabajo a un años, sin que se pudiera extender en ningún caso. La comisión aceptó estas propuestas pero fue más allá, incluyendo

³⁴ *Ibidem*, pp- 349-350.

³⁵ CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, Coordinación de Humanidades-UNAM, p. 65.

³⁶ QUIROZ ACOSTA, *op. cit.* p. 351.

³⁷ *Ibidem*, pp.354-355.

lo siguiente: a) la inclusión del principio de que la jornada de trabajo debería ser de 8 horas; b) el descanso semanal; y c) la prohibición del trabajo nocturno para mujeres y niños. La discusión entre los diputados sobre el tema del trabajo fue ardua hasta llegar a la aprobación del artículo 123, con el cual se pretendía asegurar un nivel mínimo de vida para los trabajadores.³⁸

En cuanto a la cuestión agraria, para poder explicar el contenido del artículo 27 constitucional es muy importante tener presente los graves problemas de injusticia que generó la institución de la propiedad en México. Con el artículo 27, se le da un giro a todo el régimen de propiedad de nuestra nación y se redondea la concepción con la cual México se presenta ante el mundo en siglo XX como un Estado Social de Derecho.³⁹

Se debe tener presente que los temas relativos a la Supremacía del Estado respecto de la Iglesia, el problema del trabajo, el problema de la educación y lo relativo al aspecto agrario, son los cuatro grandes aspectos que más impactaron en los debates, mayores transformaciones otorgaron y que caracterizaron a nuestro constituyente como un grupo transformador de la sociedad y del Estado mexicano; crearon con ello la primera Constitución político-social del mundo.⁴⁰

En la mañana del 31 de enero de 1917 se firmó la Constitución. Por la tarde rindieron protesta de guardarla, primero los diputados y después el Primer Jefe. La Constitución fue promulgada el 5 de febrero de 1917 y entró en vigor el 1º de mayo del mismo año.⁴¹

III] Contexto ideológico de la Constitución de 1917

A finales del siglo XIX, se decía por los expertos en Derecho Constitucional, que el contenido de una Constitución se limitaba únicamente a la parte orgánica y dogmática, Sin embargo el liberalismo individualista que privaba en el mundo occidental a finales del siglo, era un capitalismo que traía consigo grandes desigualdades sociales. Había un profundo estado de injusticia producto de la miseria y la marginación en que subsistía gran parte de la población.⁴²

En el caso mexicano, ya hemos hecho un recorrido por su historia con el cual ha quedado perfectamente claro la situación y

³⁸ *Ibidem*, pp. 355-361.

³⁹ *Ibidem*, p. 367.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1995, p. 817.

⁴² QUIROZ ACOSTA, *op. cit.* p.84.

la problemática social que se vivía en el país en el momento en que se dio vida a la Constitución de 1917.

Evidentemente, convergen en nuestro constitucionalismo diversas corrientes, en virtud de que no fue sólo una corriente en particular la que motivó la Revolución Mexicana y sus consecuencias jurídico-políticas. Estaban los demócratas, que querían que los ciudadanos a través de elecciones libres eligieran a sus gobernantes; además existía una corriente liberal, otra federalista, la partidaria de la separación de la Iglesia y el Estado y, había también partidarios de la libertad de conciencia y de pensamiento. También había quienes participaban del socialismo agrario y aspiraban a que la tierra estuviera en manos de quienes la pudieran trabajar, para lo que proponían desterrar el latifundismo, sustituyéndolo por ejidos y propiedades comunales. Por otra parte, estaban los líderes de los sindicatos incipientes en la industria del papel, azucarera, textil, que refrendaban la lucha de clases y el anarquismo social. Es muy claro entonces que tanto en el movimiento revolucionario como en la Constitución de 1917 confluyen diversas ideologías, pero todas se caracterizaron por un hondo sentimiento nacionalista. La Constitución de 1917 fue pues una amalgama que si bien conservaba elementos clásicos, también va a contar con elementos ideológicos que son el resultado de la suma de las aspiraciones de los mexicanos de aquella época.⁴³

El derecho social constitucional o constitucionalismo social mexicano se inició a partir de los debates del Congreso Constitucionalista de 1916-1917 en Querétaro. Dicho concepto empieza a considerarse en los debates. La fuerza con la que contaba el movimiento social mexicano influyó en el propio constituyente para que se incluyeran aspectos más allá de las teorías clásicas de una Constitución, aspectos que aludieron no solamente a la estructura del Estado y a los derechos individuales.⁴⁴

La nota característica de nuestra Carta Magna de 1917, es haber agregado, por primera vez un contenido social, al incluir principios como la libertad del trabajo; el establecimiento de una jornada máxima de 8 horas; la prohibición del trabajo industrial para mujeres y niños; la creación de un capítulo especial en materia agraria, que establecía que la propiedad originaria corresponde a la nación, tanto en tierras como en aguas y que el Estado puede imponer modalidades que dicte el interés público.⁴⁵

⁴³ *Ibidem*, pp. 84-87.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 88.

La Constitución mexicana de 1917 fue la primera en el mundo que consignó derechos sociales agrarios, económicos y de trabajo, propiciando la transformación estructural progresista del Estado contemporáneo al encomendarle funciones sociales independientemente de sus funciones públicas.⁴⁶

Más tarde habría constituciones que agregarían a sus contenidos los derechos sociales, tal y como había hecho la Constitución Mexicana. La primera en hacerlo fue la Constitución de Weimar de 1919.

Las garantías sociales consignan los derechos del hombre social; es decir, los derechos del hombre vinculado colectivamente y de los grupos débiles. Frente al régimen de garantías individuales se ha levantado el régimen de garantías sociales, con objetivos distintos. Las garantías individuales protegen al individuo contra el Estado; las garantías sociales tutelan a los económicamente débiles frente a los poderosos, frente al hombre insaciable de riqueza y de poder, y tienen por objeto librar al hombre de las garras de la explotación y de la miseria.⁴⁷

Para concluir, es importante aclarar que la concepción de Constitución político-social no es contraria a las garantías individuales, ya que las garantías sociales no menoscaban las garantías individuales, sino al contrario, las complementan; ambas se armonizan para hacer realidad la igualdad y la libertad del ser humano.⁴⁸

Al incorporar los artículos 3, 5, 27, 28 y 123 nuestro marco constitucional se traduce en un Estado Social de Derecho, ya que se crea un derecho social positivo.⁴⁹

IV] Conclusiones

1. Los cambios y evolución del Derecho constitucional van de la mano y recorren el mismo camino que la historia de un país; en el caso de México eso ha quedado perfectamente demostrado con la relación de los acontecimientos históricos que influyeron en la creación y promulgación de nuestra Constitución de 1917.

2. La ideología política mexicana, ha ido perfeccionándose a lo largo de la historia nacional; es un largo camino el recorrido desde la ideología de Morelos y la generación constitucionalista de 1824, pasando por la lucha entre liberales y conservadores reflejada

⁴⁶ TRUEBA URBINA, Alberto, *Derecho Social Mexicano*, Porrúa, México, 1978, p. 252.

⁴⁷ *Ibidem*, p.226.

⁴⁸ CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, Porrúa- IJ-UNAM, México, 1998, p. 440.

⁴⁹ *Idem*.

en el texto constitucional de 1857, hasta llegar la ideología liberal-socialista que define a la Constitución de 1917 y que redundan en el bien llamado *constitucionalismo social*.

3. El liberalismo social que nuestra nación mexicana imprimió en su texto constitucional de 1917, concilia por primera vez en una Ley Fundamental, los derechos individuales y los derechos sociales de una forma armónica que permite que coexistan y den vida a un nuevo modelo constitucional en el mundo.

4. Es esta nueva forma de constitucionalismo, que se caracteriza por el liberalismo de la época moderna, pero matizado enormemente con tintes sociales, la gran aportación de México para el mundo en materia Constitucional.

Bibliografía

CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, Coordinación de Humanidades-UNAM.

CUADERNOS DEL INSTITUTO DE HISTORIA, *Entrevista Díaz-Creelman*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

DE LA HIDALGA, Luis, *Historia del Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 2002.

QUIROZ ACOSTA, Enrique, *Teoría de la Constitución*, Porrúa, México, 2012.

PACHECO, Israel, *Huelgas de Cananea y Río Blanco*, Quinta Columna, La Opinión, México, Enero 12 de 2011. <http://www.quintacolumna.com.mx/columnas/opinionpacheco/2011/enero/colum-opinionisrael>

Revolución Mexicana. Crónica Ilustrada. Varios autores. Publex, México, 1967. T.II.

SAYEG HELÚ, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano, La integración constitucional de México (1808-1988)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Historia del Derecho Mexicano*, Porrúa, México, 1996.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1995.

TRUEBA URBINA, Alberto, *Derecho Social Mexicano*, Porrúa, México, 1978.

Las Leyes de Ordenamiento Constitucional

RICARDO JESÚS SEPÚLVEDA IGUÍNIZ¹

SUMARIO: I. *¿Por qué hablar de leyes intermedias?*
II. *El detallismo y el reformismo constitucional, dos posibles males.*
III. *Hacia un nuevo constitucionalismo en México.* IV. *Las leyes de ordenamiento constitucional, una propuesta.* V. *Conclusiones.*

Resumen. La experiencia desde hace más de un siglo, en muchos sistemas constitucionales, de establecer un rango intermedio de legislación, se retoma como una posible alternativa para corregir algunas desviaciones del constitucionalismo mexicano que han debilitado la legitimidad del texto constitucional y su significación cultural. Particularmente se requiere atender el número creciente de reformas y la excesiva reglamentación de las normas constitucionales. Se propone adoptar, con el nombre de leyes de ordenamiento constitucional, este modelo para México, como un instrumento para su modernización.

Palabras clave: Leyes intermedias, leyes orgánicas, leyes de desarrollo constitucional, leyes nominativas.

Abstract. *The experience of more than a century, in many constitutional systems, of establishing an intermediate range of legislation, is taken up as a possible alternative to correct some deviations of Mexican constitutionalism that have weakened the legitimacy of the constitutional text and its cultural significance. In particular, it is necessary to address the growing number of reforms and the excessive regulation of constitutional norms. It is proposed to adopt, with the name of laws of constitutional order, this model for Mexico, as an instrument for its modernization.*

Keywords: *Intermediate laws, organic laws, constitutional development laws, nominatives laws.*

¹ Catedrático de Teoría Política Constitucional de la Escuela Libre de Derecho

I | ¿Por qué hablar de leyes intermedias?

Aunque en México no se hayan implementado aún, desde hace más de un siglo diversos sistemas jurídicos han ensayado el incorporar en sus fuentes de Derecho diferentes rangos legislativos. Tal es el caso de Francia, España, Chile, Brasil, Ecuador, Panamá, Perú y Venezuela, entre otros.

Llama la atención, el que ésta práctica se haya desarrollado tan ampliamente y el que sus beneficios no hayan permeado en México ya que, de hecho, apenas existen algunas menciones en la doctrina y algunos incipientes ensayos legislativos, a los que haremos alusión más adelante.²

Aquí es donde cabe la pregunta sobre el objetivo y sentido de estas leyes intermedias.

Cabe aclarar que el hablar de rangos o niveles entre diversas piezas legislativas, no es estar refiriéndose a diferencias temáticas, como las que hay entre una ley fiscal o una ley mercantil. Tampoco se constriñe a diferenciar entre leyes que se denominan de manera distinta según su objetivo, como, por ejemplo, se distinguen entre leyes orgánicas o leyes reglamentarias. En el caso de las leyes intermedias, que reciben distintos nombres según el país que las adopte,³ su diferencia es otra. Se trata de disposiciones normativas de carácter especial, a las que se les da un rango distinto del rango común, a través de aplicarles un proceso de elaboración y aprobación más rígido y de destinarles materias en específico. Normalmente son disposiciones legales de jerarquía superior, pero pueden no serlo, simplemente se quedan como de rango o categoría especial. Su característica fundamental es que tienen notas formales (en su proceso de creación) y notas materiales (en su contenido) de carácter especial.

¿Cuál es, por lo tanto, la razón de ser de estas normas? Desde hace algunos años que inicié mi investigación sobre estas leyes me he ido convenciendo de que su justificación está más en sus efectos indirectos que en su propósito directo. De manera recurrente se pueden encontrar argumentaciones a favor de estas

² Cfr. FIX ZAMUDIO, Héctor, *Hacia una Nueva Constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano. Las leyes orgánicas*, en *Hacia una Nueva Constitucionalidad*, UNAM, México, 1999, pp. 191-229.

³ En España se les denomina *Leyes Orgánicas Constitucionales* al igual que Francia y Chile, en Colombia se les denomina *leyes estatutarias, leyes complementarias* en Brasil, *leyes de desarrollo constitucional* en Perú. Cfr. SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo, *Las Leyes Orgánicas Constitucionales, el inicio de una nueva constitucionalidad en México*, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp. 93 y ss.

leyes, aduciendo que su beneficio estriba en lograr mayor ponderación en el debate legislativo, o bien, en elevar la estabilidad de la legislación lo que resulta justificado para determinadas materias.

Estas razones se parecen mucho a la argumentación con la que Mariano Otero justificó su propuesta de que existieran leyes constitucionales en el Acta de Reformas de 1857.⁴

Sin embargo, aunque no puede negarse que estos objetivos son los primeros que se persiguen con la instauración de leyes intermedias, mi perspectiva es que el mayor beneficio está en el impacto sobre el conjunto del sistema de constitucional de fuentes y particularmente la fortaleza que provoca en el texto de la Constitución.

Para entender este planteamiento es necesario detenerse en los efectos que estos procesos producen en la dinámica parlamentaria. Estas consecuencias proceden de aislar una determinada materia del proceso legislativo ordinario dándole una especial relevancia y una particular estabilidad. Si miramos con detenimiento, esto es precisamente lo que sucede con las normas constitucionales: tienen una especial relevancia y por ello se les protege con una mayor rigidez, lo que conlleva a que tengan mayor estabilidad. Con la misma lógica se establecen las leyes intermedias, es por ello por lo que estas leyes incentivan a descargar parte del texto constitucional en un rango distinto al de la legislación ordinaria.

Se debe precisar que las leyes intermedias no pueden tener la misma rigidez que el texto constitucional, ya que eso implicaría que se convirtieran en normas constitucionales bis o alternas, estas se ubican entre la Constitución y la ley ordinaria, de aquí que las denominemos leyes intermedias.

La naturaleza de la Constitución como un acuerdo político, implica la presión de parte de grupos o sectores de la sociedad por ver incorporados en la Constitución, sus legítimas aspiraciones.

⁴Esta argumentación puede encontrarse en el Voto Particular de Mariano Otero al Acta de Reformas de 1847, en el siguiente párrafo: (...) *Pero como esta ley, la de garantías, la de responsabilidad, y las demás en que se reglamente la acción de los poderes supremos no deben ser iguales, sino superiores a todas las otras leyes secundarias, se establece que ellas sean caracterizadas y distinguidas con el nombre especial de constitucionales, y que no se reformen sino mediando un espacio de seis meses entre la presentación del dictamen que lo proponga y su discusión. Esta medida libraré a leyes tan interesantes de los malos efectos de la precipitación, y facilitará al Congreso el auxilio de una detenida discusión por medio de la prensa, y de todos los órganos de la voluntad pública. ¡Ojalá que igual medida pudiera adoptarse para todas las leyes(...)* Cfr. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, Porrúa, México, 1992, pp. 443 y ss.

Este proceso de carácter político, propio de toda Constitución, genera una serie de presiones para la modificación constitucional. De aquí derivan dos de los principales problemas a los que se enfrenta el constitucionalismo actual. Por un lado, el reformismo (según su grado se le puede llamar hiperreformismo) y el llamado detallismo que consiste en incorporar textos demasiado específicos, fruto, entre otras posibles causas, de las presiones de grupos en particular.

El espacio de negociación política que implican las leyes intermedias descarga de esta presión -al menos en parte- al texto constitucional. Los beneficios, por lo tanto, resultan evidentes: a menor presión política sobre el texto constitucional, menor necesidad de reformarlo, mientras menor sea el número de reformas mayor estabilidad y, a fin de cuentas, se consigue tener un texto constitucional más respetado y conocido.

En cuanto al detallismo, las leyes intermedias permiten descargar en ellas muchos de los pormenores y dejar el texto constitucional para establecer los grandes principios. Mientras más abundante y largo sea el texto constitucional, mayor será la necesidad de actualizarlo y viceversa.

Este punto de vista es muy acorde con el llamado constitucionalismo de principios que parece ser la tendencia constitucional actual.⁵ Textos constitucionales con disposiciones más abiertas que permiten una interpretación amplia y que fortalecen el papel de la Constitución como documento fundante y rector de una sociedad. El detallismo es contrario a esta tendencia. Lo paradójico es que ambas tendencias se les puede encontrar en el constitucionalismo actual.

Otra aproximación para entender el sentido de las leyes intermedias es utilizar sus propias denominaciones. Algunos países las han llamado leyes orgánicas, con lo que se enfatiza su finalidad de organizar a los poderes primarios; otros les llaman leyes de desarrollo constitucional, con lo que se subraya el propósito de ampliar en estas leyes el contenido constitucional; finalmente, como se hace en este ensayo, se les puede llamar leyes de ordenamiento constitucional, lo que prioriza la posibilidad de lograr un texto constitucional más armónico y estructurado.

Hay que insistir en que esta visión no es la única que explica la razón de ser de las leyes intermedias, entre otras razones porque en la experiencia de los diferentes sistemas constitucionales, se

⁵ Para abundar en este concepto en la perspectiva de nuestro sistema cfr. CERVANTES ANDRADE, Raúl, *La Constitución mexicana y el constitucionalismo de principios, en Cien ensayos para el Centenario*, Tomo 2, UNAM, México, 2017, pp. 53 y ss.

pueden encontrar varios rangos de leyes intermedias, es decir no existe solamente un tipo especial de leyes, entre la Constitución y las leyes ordinarias, sino que algunos sistemas han creado más de dos rangos de leyes.⁶ Para un sistema como el nuestro donde no se ha ensayado esta institución, parece inconcebible que haya más de un tipo de leyes.

Desde nuestra perspectiva estamos frente a un proceso de flexibilización de los sistemas constitucionales, donde, con el objeto de tener disposiciones legales más adecuadas a los distintos grupos o circunstancias, se particularizan algunas características. Tal es el caso de las legislaciones que reconocen derechos para grupos particulares o colectividades, o las que regulan las entidades autónomas. No se trata de leyes que se contrapongan, sino que conviven armónicamente en el mismo sistema constitucional.

En el caso de México tenemos algunos ejemplos de esta flexibilización, aun cuando no se trata de leyes intermedias,⁷ tal es el caso de las disposiciones específicas que se pueden emitir para los pueblos y comunidades indígenas, según el artículo 2º constitucional, atendiendo a sus usos y costumbres.

Sin embargo, si bien esta serie de finalidades que pueden corresponder a las leyes intermedias, no son, en mi opinión, las que deben prevalecer en nuestro país. Tal como lo han señalado estudios recientes, nuestra Constitución enfrenta una situación crítica, ya que por un lado es una Constitución longeva -más de cien años-⁸ lo que implica que muchas de sus disposiciones requieren actualización, pero por otra es una Constitución hiperreformada. A partir de su vigencia ha habido 227 decretos de reforma constitucional, lo que implica 697 cambios.⁹

⁶ Tal es el caso de Colombia donde se prevén, además de las leyes ordinarias, las leyes estatutarias y las leyes orgánicas, en Brasil la Constitución dispone la existencia de leyes complementarias, leyes ordinarias, leyes delegadas. Cfr. SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo, *op.cit.* pp. 99 y ss.

⁷ Haciendo referencia al caso de las llamadas *leyes generales* en México, no consideramos que estas constituyan un rango diferente al de las leyes ordinarias, son leyes que tienen una finalidad distinta y una base explícita en la Constitución, pero su proceso de aprobación es el mismo.

⁸ De hecho, son muy pocas las Constituciones que cuentan con una vigencia de más de cien años: La de Estados Unidos de América de 1787, la de Noruega de 1814 y la de Argentina de 1853, aunque algunos consideran que, a partir de su reforma en 1994 ya es una nueva Constitución. No contamos la de Inglaterra, ya que es una Constitución no escrita.

⁹ Estas cifras son hasta el 29 de enero de 2016. Cfr. FIX FIERRO, Héctor, en *Por qué se reforma tanto la Constitución Mexicana de 1917, en Cien ensayos para el Centenario*, Tomo 4, UNAM, México, 2017, p. 143

Una Constitución antigua, pero a la vez muy reformada no puede más que llevarnos a una pérdida de armonía y de lógica interna. Muchas son las voces que se han alzado a señalarlo,¹⁰ y esa es la razón por la que, en el fondo, el objetivo de esta propuesta - la adopción de leyes intermedias en México- es la de encaminarnos hacia un nuevo constitucionalismo en México.

II] El detallismo y el reformismo constitucional, dos posibles males

Ya habíamos anticipado la existencia de estos fenómenos como dos males a los que se pueden enfrentar los sistemas constitucionales: el detallismo y el reformismo. Para iniciar, hay que señalar que se trata de dos fenómenos cercanos y relacionados. El detallismo lleva al reformismo y el constante reformismo, propicia que el texto constitucional tienda a ampliarse.

En este punto del ensayo buscaremos tres objetivos específicos: primeramente, describir, con algún detalle, en qué consisten estas tendencias, en segundo lugar, hacer una breve aproximación a sus posibles causas y, en tercer término, referir este análisis al caso mexicano, para poder observar el impacto que tienen en el sistema constitucional mexicano. Sin afán de adelantar las conclusiones, sí podemos afirmar que nuestra hipótesis se basa en la convicción de que, debido a estos dos fenómenos, el sistema constitucional mexicano se encuentra en una situación de debilidad y que requiere de una transformación. En este marco es en el que cabe la propuesta de las leyes de ordenamiento constitucional.

En cuanto al primer objetivo, podemos definir el detallismo constitucional como el excesivo contenido de carácter regulatorio en el texto constitucional. Si bien, una constitución tiene, por su carácter jurídico y normativo, una finalidad regulatoria,¹¹ el detallismo se da cuando esta regulación resulta excesiva. Ahora bien, qué se puede calificar de excesivo en una regulación. La

¹⁰ Tal es el caso del estudio elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Cámara de Diputados, de donde extraemos este párrafo: "*El punto de partida del estudio es la premisa de que, si bien la Constitución se ha actualizado y modernizado significativamente, de tal modo que el texto vigente incorpora ya los elementos e instituciones principales del constitucionalismo contemporáneo, lo cierto es también que las continuas adiciones y reformas que ha sufrido han dado por resultado un texto cada vez más extenso, desordenado, asistémico y descuidado desde el punto de vista técnico (...)*" Véase, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Texto Ordenado y Consolidado*, UNAM y Cámara de Diputados, México, 2014, p. 11.

¹¹ FIX FIERRO, Héctor, op. Cit., pp. 151-152.

respuesta a esta pregunta está relacionada con la naturaleza misma de la Constitución. Lo que puede regularse en una ley no tiene por qué estar en la Constitución.

Es obvio que la línea divisoria entre lo necesario y lo superfluo en una constitución no es algo rígido ni inmutable, existen factores de carácter histórico, social o político que definen el contenido y el alcance de una norma constitucional. No obstante, sí pueden existir algunos criterios que nos permitan definir qué debe estar en la Constitución y qué no. Podemos mencionar algunos: respetar el contenido material propio de una constitución, según se ha definido por la doctrina y en la experiencia comparada, preferir textos cortos a largos, utilizar un lenguaje común y no técnico, etc. Son criterios que pueden servir para limitar el crecimiento del contenido constitucional. Se podría resumir en uno sólo: lo que pueda estar regulado en una ley no se justifica que esté en la Constitución. El afán de lograr textos constitucionales más eficaces está detrás de este detallismo que se puede encontrar en no pocas constituciones.

Sin pretender detenernos de más en este análisis, cabría hacer incluso la distinción en que ámbitos se ha desarrollado más el detallismo constitucional, e inclusive en qué tipos de sistemas. Es claro que, al menos en Latinoamérica, los sistemas constitucionales han desarrollado de manera creciente y expansiva sus cartas de derechos.¹² De igual manera se pueden encontrar ámbitos de contenido constitucional muy prolijo en la regulación de los cada vez más aceptados órganos autónomos y así cabe hacer un análisis de este detallismo por materias.

Pasando al tema del reformismo, podemos observar que en algunos países el método de la reforma constitucional se utiliza como mecanismo de solución a los problemas políticos coyunturales, a los pactos entre grupos, cayéndose en excesos.¹³ Aquí cabe, al igual que en el tema del detallismo, preguntarse qué resulta un exceso de reformas constitucionales y que está dentro de lo aceptable. Evidentemente, se trata de algo relativo, dependiente de las circunstancias. Sin embargo, también debe hacerse un esfuerzo por establecer límites basados no solo en los requisitos formales, sino en un sistema que resulte funcional en su conjunto.

¹² Sobre esta tendencia se recomienda el análisis de Rodolfo Vázquez, sobre la llamada inflación-deflación de derechos. Cfr. para ello VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos Humanos, una lectura liberal igualitaria*, UNAM e Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2015, pp. 35 y ss.

¹³ FIX FIERRO, Héctor, pp. 151 *ab initio*.

Por ejemplo, el reformismo es siempre una tendencia contrapuesta al desarrollo de la interpretación constitucional, la presión que se ejerce para la modificación del texto constitucional tiene que encauzarse hacia otros ámbitos.

La experiencia de México es muy ilustrativa respecto a lo que puede implicar establecer la prohibición a la reforma constitucional, como se hizo en las Constituciones de 1824 y de 1830, al establecer una rigidez absoluta por un determinado período de tiempo. Este sistema llevó al rompimiento constitucional. No fue sino hasta la Constitución de 1857, primero y, después de la 1917, que se previó un procedimiento de reforma constitucional, cuando empezamos a tener un período de estabilidad constitucional.¹⁴

Ahora bien, siendo una institución necesaria para la estabilidad y para la actualización de los textos constitucionales, tiene también graves consecuencias cuando se hace uso en exceso. En términos concretos, nos parece que su peor consecuencia es la falta de estabilidad que provoca. Un texto constitucional que se reforma es un texto que, en principio, se fortalece, que se puede aplicar más eficazmente. Sin embargo, este beneficio se pierde cuando las reformas son demasiadas, porque entonces el texto constitucional deja de ser respetado, se prefiere reformar a cumplir con él. En este sentido el criterio debe ser similar al que utilizamos para el detallismo, la reforma constitucional debe ser una medida extrema, antes habrá que ensayar el cumplimiento y la interpretación judicial y otros medios de ponderación.

Pasando al tema de las posibles causas de estos fenómenos, lo primero que observamos es que no se trata de una realidad que se presente de manera uniforme. Si bien, se puede identificar un cambio entre las constituciones del siglo XIX con las del siglo XX, pasando de ser documentos breves y más bien declarativos, a convertirse en instrumentos jurídicos cada vez más regulatorios, tratándose del detallismo y del reformismo -como les hemos llamado- no hay una tendencia generalizada. Sin podernos pronunciar definitivamente, porque no hemos realizado esa investigación de manera exhaustiva, se observa una realidad que conjunta a los sistemas constitucionales latinoamericanos, pero incluso en este universo hay diferencias importantes. En el caso de

¹⁴ Al respecto consúltese esta postura en SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo, *El Legado Constitucional de Juárez*, Revista de Investigaciones de la Escuela Libre de Derecho, n. 31, México, 2007, pp. 275 y ss.

las constituciones europeas se pueden encontrar muchas diferencias.¹⁵

Lo que resulta muy patente es que el caso de México es especialmente crítico comparado con el resto de los sistemas constitucionales. Sobre lo que hablaremos más adelante.

Con el matiz de las anteriores líneas vale la pena preguntarse el porqué del detallismo y del reformismo constitucional. Esa es la forma en la cual, en un artículo reciente, Fix Fierro encabeza un análisis sobre este tema: ¿Por qué se reforma tanto la Constitución Mexicana?¹⁶ Apoyándonos en este análisis y en otros, queremos ensayar algunas reflexiones que pudieran ayudar a entender las causas de estas desviaciones.

Por un lado, se encuentran las razones que aporta Fix Fierro, y que resume en tres: i) el carácter regulatorio de la Constitución, ii) el carácter instituyente y, finalmente, iii) la apertura constitucional hacia instrumentos internacionales, tanto en materia de derechos humanos como otros, particularmente los comerciales. Nosotros compartimos este análisis, referido especialmente al caso de México, pero creemos que aún cabe otra explicación. Nos referimos a la aparición del concepto de constitucionalismo popular y de populismo constitucional que se han ido acuñando cada vez con más frecuencia.¹⁷

Siguiendo esta postura, se pueden identificar una serie de rasgos de tendencia reciente en el constitucionalismo, que tienen relación con la participación de la población en los procesos constitucionales, pero no a través de procedimientos formales, sino reales, fácticos. Aun cuando hay una distinción entre

¹⁵ Existe una opinión recurrente que reconoce el surgimiento de un nuevo constitucionalismo latinoamericano, Véase al respecto, VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, en *Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano, como corriente doctrinal sistematizada*, Ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional de Derecho Constitucional, México 6-10 de diciembre de 2010. Cfr. http://www.ufff.br/siddharta_legale/files/2014/07/Rube%C2%A6%C3%BCn-Marti%C2%A6%C3%BCnez-Dalmai.-Se-puede-hablar-de-un-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-como-corrente-doctrinal-sistematizada.pdf, fecha de consulta: noviembre 2018. También puede consultarse la opinión de Pedro Salazar, publicada en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf>, fecha de consulta: noviembre 2018.

¹⁶ FIX FIERRO, *op. cit.*

¹⁷ Véase ALTERIO, Ana Micaela, en *El Constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales*, en *Constitucionalismo progresista, retos y perspectivas*, UNAM e Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, México 2016, pp. 63 y ss.

constitucionalismo popular y populismo constitucional,¹⁸ no es del caso detenernos en ella, por lo que solo tomaremos este rasgo común, que desde nuestra perspectiva puede aportar algunas causas de carácter teórico o incluso cultural, para explicar la tendencia a sobre utilizar el texto constitucional como una herramienta de diálogo y estabilidad política.

En este sentido lo político se sobrepone a lo técnico, pero entendiendo lo político como el contexto particular de un determinado momento, las circunstancias socio temporales. Es decir, los intereses de grupos, que son por naturaleza cambiantes, inciden de manera mucho más directa en el contenido constitucional.

Es fácil de entender la vinculación que este entorno puede tener con una mayor variabilidad constitucional e inclusive con una mayor demanda de incluir pormenores en las disposiciones constitucionales. El filtro que supone las reglas de la técnica legislativa constitucional se debilita y empiezan a aparecer textos repetitivos, farragosos e incluso contradictorios.

Hechas estas reflexiones sobre las posibles causas del detallismo y el reformismo, corresponde referirnos a cómo estos males se suceden en el caso del sistema constitucional mexicano.

Comenzando por el tema del detallismo, las investigaciones aportan datos muy preocupantes. Para medir esto la metodología consiste en observar el número de palabras, ya que hacerlos por artículos resulta muy relativo.

La Constitución Mexicana de 1917 comenzó con 21 mil palabras, actualmente tiene tres veces más, en total son 66 mil palabras, lo que significa que ha ido creciendo un promedio de 500 palabras por año.¹⁹

Según esta estadística, la Constitución Mexicana es una de las más largas del mundo, no obstante que no lo sea en el número de sus artículos, sino en el número de palabras. Esto puede interpretarse precisamente como detallismo o reglamentarismo, ya que lo que es excesivo no son los temas, que sería los que se definen en cada artículo, sino el detalle -las palabras- al que llega la regulación de cada tema. En ese sentido se puede afirmar que, al menos en el caso mexicano, este detallismo al que nos hemos referido es un problema vigente e, inclusive, creciente.

En cuanto al número de reformas, que sin duda se encuentra vinculado al problema anterior, México tiene una de las

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ Esta estadística se tomó del estudio de FIX FIERRO, Héctor, véase, *op. cit.* p. 147.

Constituciones más reformadas del planeta. Lo anterior se refleja en los siguientes cuadros:

Constitución	Fecha de publicación	Artículos totales	Número de reformas
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ²⁰	5 de febrero de 1917	136	232 Última en el 2018
Constitución de la Nación Argentina ²¹	1 de mayo de 1853	129	7 (1860, 1866, 1898, 1949, 1957, 1972 y 1994)
Constitución Política de Colombia de 1991 ²²	20 de julio de 1991	380	41 (Hasta el año 2016)
Constitución Política de la República de Chile ²³	24 de octubre de 1980	129	14 (Hasta el año 2014)

²⁰ <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/estudio-introductorio>, fecha de consulta: noviembre 2018.

²¹ http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Constituciones_argentinas.pdf, fecha de consulta: noviembre 2018.

²² <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/constitucion-y-sus-reformas>, fecha de consulta: noviembre 2018.

²³ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3682/11.pdf>, fecha de consulta: noviembre 2018.

Constitución	Fecha de publicación	Artículos totales	Número de reformas
Constitución Española ²⁴	29 de diciembre de 1978	169	2 reformas (1992 y 2011)
Constitución Francesa ²⁵	4 de octubre de 1958	89	24 reformas hasta el año 2016 La última fue en el año 2008
Constitución Alemana ²⁶	23 de mayo de 1949	146	60 reformas hasta el año 2016
Constitución Portuguesa ²⁷	25 de abril de 1976	296	7 reformas Última en el 2005

Hay que aclarar que, en esta contabilidad comparativa, se utiliza el parámetro de número de decretos de reforma, sin meterse al contenido de cada decreto. Lo utilizamos porque resulta un criterio más homogéneo para hacer el análisis comparado.

Ya habíamos anticipado la valoración respecto al contraste que supone que la Constitución Mexicana sea una de las más reformadas a la par que es una de las más antiguas. Esto tiene una explicación lógica, ya que a mayor número de reformas mayor también es la actualización que tiene la Constitución. A partir de la posguerra muchos países optaron por seguir un proceso de renovación constitucional, en México no, optamos por reformar la misma Constitución. Aunque parecen caminos paralelos tienen una diferencia importante. La vía de hacer una nueva Constitución asegura no solo la actualización sino la armonía del documento, en cambio la vía de la actualización, reforma por reforma, no permite mantener una armonía.

Ese es el diagnóstico que se tiene de la Constitución mexicana, un texto, actualizado en su mayor parte, no en su

²⁴ <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>, fecha de consulta: noviembre 2018.

²⁵ <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>, fecha de consulta: noviembre 2018.

²⁶ <https://www.deutschland.de/es/topic/politica/la-ley-fundamental-alemana-los-hechos-mas-importantes>, fecha de consulta: noviembre 2018.

²⁷ <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/crpen.html>, fecha de consulta: noviembre 2018.

totalidad, a la vez es un documento desordenado, contradictorio, con lagunas y con excesos. Hasta qué grado esta situación -de carácter formal- repercute en la vigencia real y eficaz de la Constitución, es algo difícil de valorar, de medir, pero no cabe duda de que estamos frente a un tema trascendental, si tomamos en cuenta que una de las características que debe tener toda Constitución es la de contar con legitimidad social,

Este diagnóstico hecho de manera muy breve nos conecta con el siguiente punto de este ensayo, tenemos que revisar las bases de nuestro sistema constitucional que nos ha llevado a este punto y proponer los cambios que se requieran para evitar estas desviaciones.

III] Hacia un nuevo constitucionalismo en México

Quisiéramos partir de una premisa realista para abordar una reflexión de tan alta trascendencia, como la que encabeza este apartado. Si bien el diagnóstico es objetivo y requerimos reordenar nuestro texto constitucional y evitar el reformismo y el detallismo que han contaminado nuestro sistema, no lo vamos a lograr a base de desecharlo o de exhortar a modificar sus parámetros a quienes son responsables de llevar a cabo las enmiendas constitucionales. Necesitamos una serie de medidas más prácticas.

En el contexto del centenario de la Constitución mexicana se elevaron voces -en realidad pocas- cuestionando la conveniencia de hacer una nueva Constitución,²⁸ no es una discusión nueva en nuestro país. Sin embargo, siempre se ha terminado por descartar, no porque no se vea su necesidad, en realidad lo que desincentiva la propuesta es el temor a entrar en una espiral de inestabilidad que resulte contraproducente.²⁹ Se ha terminado por buscar otras alternativas. Tiene razón Fix Fierro cuando dice que sería una solución efímera hacer una nueva Constitución, sino atajamos las causas que nos llevan a su constante reforma. Aun cuando

²⁸ Véase *Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, n. 37, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2017. Puede consultarse en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/issue/view/564>, fecha de consulta: noviembre de 2018.

²⁹ Al respecto se puede consultar las opiniones de, CARPIZO, Jorge. *¿Se necesita una nueva Constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas*, UNAM, México, 2011, p.2. <http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/2/art/art7.pdf> (visitado en noviembre 2018); y MELGAR ADALID, Mario. *El fantasma de una Nueva Constitución*, en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/mario-melgar-adalid/nacion/el-fantasma-de-la-nueva-constitucion>, fecha de consulta: noviembre 2018.

hiciéramos una nueva Constitución, en pocos años estaríamos en la misma situación.³⁰ El reformismo se ha vuelto una práctica cultural propia del sistema constitucional mexicano. Por ello hay que pensar con mucho realismo buscando las causas y proponiendo soluciones.

En su mismo estudio Fix Fierro recoge la experiencia de la Confederación Suiza, un caso de éxito sobre un proceso complejo de revisión de una Constitución desactualizada y desordenada. Lo lograron después de diez años. Hay otros ejemplos de sistemas que, por ejemplo, establecen una periodicidad para llevar a cabo una revisión integral de la Constitución.³¹ Lo que no podemos obviar es la necesidad de modificar nuestro sistema de revisión constitucional para hacerlo acorde con el Constitucionalismo que necesita México.

Nuestra propuesta consiste en establecer el sistema de leyes intermedias, en particular un rango de legislación que proponemos se denomine leyes de ordenamiento constitucional. Esto será parte del siguiente inciso.

¿Cuáles serían las notas de este nuevo constitucionalismo para México? Sin afán de agotar un planteamiento de estas dimensiones, nos parece que relacionándolo con la problemática de reformismo y de detallismo que hemos planteado, el constitucionalismo mexicano requiere de una reorientación hacia los siguientes objetivos.

Por un lado, debemos rescatar el principal problema que generan estos males y es el de tener una Constitución poco conocida, muy cambiante y poco cercana a la sociedad. Una Constitución al servicio de las instituciones de gobierno, pero lejos de la sociedad, que es su principal destinataria. Cómo devolverle a la Constitución su vocación social, ese es el cuestionamiento fundamental.

Para ello necesitamos ir avanzando hacia algunos objetivos:

i.- Por un lado, se requiere una Constitución más estable, menos cambiante, que dé tiempo para que sus principios y disposiciones sean conocidos por los sectores, grupos y personas. Es muy difícil que exista conocimiento social, si no hay a la par, un mínimo de permanencia en las disposiciones constitucionales. Simplemente no es posible.

³⁰ FIX FIERRO, Héctor, *op.cit.*

³¹ La Constitución de la Florida de 1968 tiene una disposición tan única como el Estado que gobierna: la creación de una Comisión de Revisión de la Constitución, que se celebra cada 20 años, con la autoridad de proponer revisiones a la Constitución del Estado. Véase <https://www.flchamber.com/florida-constitution-revise-responsibly-every-20-years/> fecha de consulta: noviembre 2018.

ii.- También es necesario que las normas constitucionales tengan la formulación que les permita ser conocidas y entendidas por la sociedad. Como hemos dicho anteriormente, el lenguaje que corresponde a la Constitución es el lenguaje ordinario, el que sea entendible para el común de las personas. En ese sentido hay que evitar los tecnicismos y pormenores que son los propios del detallismo constitucional, en ese sentido requerimos una Constitución más breve y concisa.

iii.- El resultado de estos cambios sería una Constitución que sirva como un referente directo para el resto del sistema jurídico. Esto se logra a través de la interpretación constitucional, pero para que esta tenga mayor fuerza y congruencia se requiere que el texto constitucional sea más claro y consistente.

iv.- Se requiere una Constitución más social y menos formal, en definitiva. Nadie duda de que la Constitución es un documento al que se hace constante referencia en el ámbito político y jurídico, sin embargo, esto no significa que tenga un peso real, su referencia parece ser más formal que real. Un texto desorganizado y sin lógica interna, como el que tiene nuestra Constitución, no es un fundamento claro para una interpretación coherente y sistemática.

Han resultado muy ilustrativas las encuestas que ha realizado el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, sobre el conocimiento y aplicación social de la Constitución, desde hace años han impulsado este proyecto que se basa en datos de conocimiento sobre la Constitución y, desde nuestro punto de vista, es el referente más claro hasta ahora, para poder argumentar sobre la vigencia social de la nuestra Constitución.³²

Compartimos totalmente la propuesta de analizar el carácter cultural de la Constitución, siempre hemos coincidido en que la Constitución es un producto cultural,³³ en ese sentido se requieren cada vez más de estudios que nos permitan analizar el impacto social real que tiene una Constitución.

En el caso de la nuestra, los datos no son muy alentadores, coinciden con el diagnóstico de un constitucionalismo formal y poco sustancial.

³² El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM publica periódicamente un estudio denominado *Los Mexicanos y su Constitución*, el último corresponde al centenario de la Constitución y puede consultarse en: http://www.losmexicanos.unam.mx/MexicanosConstitucion/pdf/Mexicanos_Constitucion.pdf, fecha de consulta: noviembre 2018.

³³ Cfr. SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo, *Las Leyes Orgánicas Constitucionales, el inicio de una nueva constitucionalidad en México*, Capítulo I, Diferentes acepciones del término Constitución, Editorial Porrúa y UNAM, México, 2006.

El siguiente cuadro, que es retomado por Fix Fierro,³⁴ nos muestra dos realidades al respecto: el poco conocimiento social de nuestra Constitución y la conciencia de que no es un texto que realmente tenga una cercanía ni una verdadera utilidad social. El propio Fix Fierro destaca estos puntos, pero los contrasta con la opinión mayoritaria de que no es necesario hacer una nueva Constitución. En cambio, hay un amplio sector que propone su revisión integral.

¿Qué tanto considera usted que conoce la Constitución: mucho poco o nada? %			¿Qué tanto cree que se cumple la Constitución en México?	
2003	2011		2003	2011
4.8	3.6	Mucho	5.2	5.9
72.6	65.1	Poco	68.1	59.3
20.3	27.7	Nada	19.3	21.3
0.2	1.3	Otra	0.3	0.8
---	----	Depende	1.7	6.7
2.1	2.4	NS/NC	5.4	6.0

En nuestra opinión estas encuestas deben estar orientadas a identificar el *status de legitimidad* de nuestro ordenamiento constitucional, lo cual debe ser una práctica cada vez más frecuente para el desarrollo de una verdadera teoría de la constitucionalidad mexicana.

En conclusión, estamos frente a un escenario de renovación de nuestra Constitución, respecto a si esto significa hacer una nueva Constitución o bien hacer una revisión integral de la misma, no considero que exista una diferencia significativa. No existe gran diferencia entre hacer una nueva Constitución o revisarla integralmente, el resultado sería prácticamente el mismo.

Lo que si implica una diferencia es el método. Hacer una nueva Constitución implica la convocatoria a un congreso constituyente, la revisión integral la puede hacer, en cambio, el órgano revisor. Elegir entre uno y otro método debe hacerse atendiendo a las circunstancias del momento. Nuestra opinión es que lo óptimo sería una convocatoria a un congreso constituyente, pero que también se puede seguir el proceso de revisión integral, lo único que añadiríamos sería la propuesta de que el nuevo texto sea sometido a un referéndum (no consulta) que se regule previamente en el propio texto constitucional.

³⁴ FIX FIERRO, Héctor, *op. cit.* p. 157.

Sin embargo, nuestra propuesta no consiste, para estos efectos, en la convocatoria a un nuevo constituyente, sino en la adopción de las leyes intermedias, que es el punto que abordaremos en el siguiente inciso.

IV] Las leyes de ordenamiento constitucional, una propuesta

Como ya lo mencionamos, concebimos a las leyes intermedias como una figura destinada a flexibilizar el sistema constitucional, para lograr varios objetivos, en el caso de México, sería con el fin de fortalecer la estabilidad y la coherencia constitucional.

Esta propuesta tiene un doble objetivo, por un lado, sería una medida de modificación gradual a nuestra Constitución, que permitiría un proceso de reordenamiento constitucional progresivo y, por otro, es una propuesta que evitaría que se siguieran incrementando los problemas de detallismo y de reglamentarismo crónicos que tiene nuestro sistema.

Para detallar la propuesta nos basaremos en tres fuentes principales. La que se incluye en el libro de Leyes Orgánicas Constitucionales,³⁵ con algunas variantes que considero es necesario incluir; la iniciativa de reforma al artículo 72 y 73 de la Constitución, para incluir las leyes de ordenamiento constitucional, presentada por el Diputado Agustín Basave B., en el año 20015 y en la cual tuvimos la ocasión de participar³⁶ y, por último, la propuesta elaborada por la Cámara de Diputados y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, titulado Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Texto reordenado y consolidado, publicado en el 2014.

Refiriéndome a la primera de nuestras fuentes, que es la que incluye la propuesta de reformar el artículo 72 constitucional para incluir un rango de leyes intermedias que se denomine Leyes de Desarrollo Constitucional, retomaremos toda la argumentación a favor, pero haríamos dos ajustes. Por un lado, la re-propuesta de llamar a estas, Leyes de Ordenamiento Constitucional en vez de desarrollo constitucional. Por un lado, con este nombre se recalca el objetivo que tendrían y, por otro, se aleja la idea de que de los que se trata es de ampliar aún más la regulación que está en la

³⁵ SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo, *op. cit.*

³⁶La iniciativa se puede consultar en http://sil.gobnacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2015/11/asun_3295620_20151104_1446657786.pdf, fecha de consulta: noviembre 2018.

Constitución, no se trata de esto, sino de trasladar parte del texto constitucional a las leyes.

Otro ajuste sería el de adoptar leyes de ordenamiento constitucional nominativas, es decir leyes para temáticas específicas con una obligación explícita del Congreso para expedirlas y no, como se contenía en la propuesta original, creando el rango intermedio, pero dejando al Congreso la facultad de decidir cuándo y cuáles normas expediría. Nos parece que una disposición tan abierta tendría poco eco y su implementación sería muy lenta, por eso preferimos la propuesta de que sean leyes nominativas, tal como se propone en la iniciativa del Diputado Basave.

La iniciativa en comento incluye la propuesta de 12 temáticas sobre las que tendría que expedirse una ley de ordenamiento constitucional: i).- el goce y ejercicio de los derechos humanos y las vías para su protección; ii).- las leyes orgánicas de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial; iii).- la operación y funcionamiento de los organismos con autonomía constitucional; iv).- la distribución de competencias en el sistema federal; v).- el régimen de los municipios; vi).- el régimen del Distrito Federal, hoy Ciudad de México; vii).- los medios de control constitucional; viii).- el sistema electoral; ix).- el sistema nacional anticorrupción; x).- el sistema nacional de seguridad pública; xi).- el régimen de propiedad de las tierras y aguas y; xii).- el régimen laboral y la seguridad social.

Estamos de acuerdo, en principio, con esta propuesta ya que incluye las materias que tienen un rango especial y que suponen, en el texto actual, un contenido reglamentario muy extenso.

Si se procediera, como se propone en la iniciativa, en los artículos transitorios, con la expedición de estas 12 leyes, se conseguiría directamente el efecto de descargar la Constitución de un fardo de regulación, tómesese el caso, por ejemplo, de toda la regulación electoral.

Sin embargo, también se conseguiría otro efecto que sería el de proceder a la regulación de materias constitucionales pendientes, como son, para tomar un ejemplo, el de los órganos de autonomía constitucional.

Algunos de los detalles de la propuesta, sobre los que no corresponde profundizar, pero sí señalar, son exigir una mayoría de dos terceras partes de cada una de las Cámaras, pero sin el requisito de la aprobación de las legislaturas locales y que no se crea una jerarquía superior para la resolución de conflicto entre leyes.

Finalmente, la propuesta del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y de la Cámara de Diputados, tiene la enorme ventaja de haber hecho ya el trabajo de reordenación, presentando el texto actual y la propuesta de un texto reducido. Además de esto, se ajusta el nombre de los títulos, su orden y su localización.³⁷ Es una verdadera propuesta de reordenamiento.

Con ello se logra una reducción de 14,330 palabras, lo que representa una disminución del 22.6%.³⁸

La propuesta de reordenamiento se complementa con la expedición de una Ley de Desarrollo Constitucional, la cual se integra al estudio. Es una propuesta de ley que contiene 76 artículos divididos en 4 libros.

La objeción que encontramos a esta propuesta es el que se contempla solamente una ley de desarrollo constitucional, la cual además resulta muy reducida. El hecho de que sea una sola ley tiene el riesgo de convertirla en una especie de documento constitucional bis, sin que se esté generando un verdadero rango intermedio, con ello la ley no cumpliría el propósito de descargar de manera permanente a la Constitución, ni sería un remedio para el detallismo y el reformismo al que nos hemos referido.

Antes de presentar nuestra propuesta de manera conclusiva, es menester referirnos a un primer avance que ya se ha dado en el derecho positivo mexicano, al haber creado leyes de desarrollo constitucional a nivel local. Nos referimos a lo contenido en los artículos 122 y 123 de la Constitución de Chiapas, que prevén la existencia de leyes de desarrollo constitucional.³⁹

Por su novedad, nos permitimos transcribir el texto de los artículos citados:

Artículo 122. El Congreso podrá expedir leyes para desarrollar el contenido de las normas constitucionales. Las leyes de desarrollo constitucional serán discutidas y aprobadas por mayoría calificada igual a la requerida para la reforma constitucional.

Artículo 123. Antes de su publicación, el Presidente del Congreso consultará al Tribunal de Justicia Constitucional acerca de la constitucionalidad de la ley correspondiente. El Tribunal deberá pronunciarse en un plazo de treinta días naturales.

³⁷ Véase, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Texto Ordenado y Consolidado, op. cit*

³⁸ *Ibidem*, p. 22.

³⁹ Se recomienda leer la argumentación contenida en la reforma a la Constitución del estado de Chiapas, puede consultarse en: http://www.congresochiapas.gob.mx/new/Info-Parlamentaria/LEY_0073.pdf?v=MTA=, fecha de consulta: noviembre 2018.

Como se puede apreciar, la Constitución de ese Estado contempla la existencia de dichas leyes, incluyendo además de la rigidez aumentada el control constitucional previo, por parte del Tribunal Superior de Justicia, propuesta que coincide con la que nosotros hicimos en Leyes Orgánicas Constitucionales. La razón de ser del control constitucional previo se relaciona con la especial relevancia que se le pretende dar a dichas leyes.

V] Conclusiones

Dicho lo anterior estamos en posibilidad de retomar los elementos presentados para hacer nuestra propuesta conclusiva.

a).- Consideramos que el constitucionalismo mexicano, a pesar de los significativos avances que ha tenido en algunas materias, no se ha podido desprender de sus raíces formalistas que lo hacen ser un texto alejado de la vida social. No solamente es poco conocido, sino que su utilidad está centrada en el uso para fines particulares que le han dado grupos, sectores y, especialmente, partidos políticos.

b).- Es necesario devolverle su carácter cultural y social, que le corresponde por naturaleza, sin embargo, hay algunas tendencias que parecen no ceder sino que tienen una tendencia creciente y que representan una clara dificultad para lograr el objetivo mencionado. Nos referimos a los fenómenos del reformismo y del detallismo, que hacen de nuestra Constitución una de las más largas y reformadas del mundo, pero más allá del dato estadístico estas notas resultan negativas para lograr la estabilidad y la solidez constitucional que son necesarias para su legitimidad social.

c).- Ahondando en las causas que provocan estas tendencias, se deriva la necesidad de buscar una solución más allá de simplemente reducir el texto constitucional. La propuesta consiste en incorporar un nuevo rango de legislación intermedia, para descargar en él parte del texto constitucional y dirigir la presión del reformismo y del detallismo para ser absorbida en este nivel.

d).- La propuesta consiste en adoptar esta figura a nivel constitucional, para materias en específico que tienen una regulación excesiva en el texto constitucional, entre otras se incluirían las de derechos humanos, las leyes orgánicas de los poderes, los órganos autónomos, el sistema electoral y otras que fueron detalladas líneas arriba.

e).- Esta propuesta, cabe señalarlo, debe complementarse con una revisión del procedimiento de reforma que ha demostrado ser demasiado flexible y poco acorde con nuestra realidad social. Aunque no ha sido materia de las reflexiones incluidas en estas

páginas, adelantamos que nuestra propuesta es la de establecer el referéndum obligatorio para las reformas a la Constitución, pero esto será materia de otro próximo trabajo, el cual prometemos.

A lo largo de las últimas décadas en las que hemos vivido nuestra *sui generis* transición política y democrática ha faltado darle el lugar debido al papel que la Constitución debe desempeñar en esta nueva etapa y no puede darse esta transformación, sin que logremos que nuestra Constitución sea cada vez más una verdadera Constitución.

Bibliografía

ALTERIO, Ana Micaela, en *El Constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales*, en *Constitucionalismo progresista, retos y perspectivas*, UNAM e Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, México, 2006.

CERVANTES ANDRADE, Raúl, *La Constitución mexicana y el constitucionalismo de principios*, en *Cien ensayos para el Centenario*, Tomo 2, UNAM, México, 2017.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Texto Ordenado y Consolidado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM y Cámara de Diputados, Estudio Académico, México, 2014.

FIX FIERRO, Héctor, *Por qué se reforma tanto la Constitución Mexicana de 1917*, en *Cien ensayos para el Centenario*, Tomo 4, UNAM, México, 2017.

FIX ZAMUDIO, Héctor, *Hacia una Nueva Constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano. Las leyes orgánicas*, en *Hacia una Nueva Constitucionalidad*, UNAM, México, 1999.

SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo, *El Legado constitucional de Juárez*, Revista de Investigaciones de la Escuela Libre de Derecho, n. 31, México, 2007.

SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo, *Las Leyes Orgánicas Constitucionales, el inicio de una nueva constitucionalidad en México*, Editorial Porrúa y UNAM, México 2006.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, Editorial Porrúa, México 1998.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos Humanos, una lectura liberal igualitaria*, UNAM e Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2015.

Actualidad legislativa

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
11 SEMESTRE II
2018

Reforma a la Ley de la Propiedad Industrial en Materia de Marcas de mayo de 2018

RICARDO VINICIO RODRÍGUEZ PRINTZEN¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Conceptos y antecedentes*. III. *Retos que se avecinan para la Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial*. IV. *Conclusiones*.

Resumen. El autor aborda la reciente reforma a la Ley de la Propiedad Industrial², analizando el nuevo concepto de Marca, la implementación de nuevos signos distintivos para su registro ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, sus antecedentes y su expansión en materia de protección mediante nuestro sistema jurídico vigente. Asimismo, reflexiona sobre la complejidad y retos que tendrá el mencionado Instituto a partir de la presentación de las solicitudes de registro de Marca en estas nuevas modalidades.

Palabras clave: Ley de la Propiedad Industrial, marca, Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

Abstract. *The author tackles the recent reform to the Industrial Property Law, analyzing the new concept for Trademark, the implementation of new distinctive signatures for its register before the Mexican Institute of Industrial Property, its background and expansion in matters of protection by our actual law system. Likewise, he ponders about the complexity and challenges the Institute will go through starting with the presentation of applications for the registry of Trademarks in these new modalities.*

Keywords: *Industrial Property Law, Trademark, Mexican Institute of Industrial Property.*

¹ Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara

² Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de mayo de 2018

I] Introducción

Una de las áreas del derecho administrativo que más avances y evolución ha tenido durante los últimos años es precisamente la Propiedad Intelectual, esto como resultado del desarrollo y materialización de la capacidad creativa y cognoscitiva del ser humano. Lo anterior mediante la expresión de ideas, implementación de procedimientos o con la puesta en marcha de acciones que vienen a auxiliar, solucionar y satisfacer necesidades que van surgiendo, las cuales pueden ir dirigidas a simples actividades cotidianas tales como la entrega a domicilio de productos básicos comprados a una tienda de auto servicio, como también a diligencias más complejas o técnicas como pudiera ser la programación de un sistema de automatización de maquinaria que sustituya a una persona en el desempeño de una actividad laboral y, de esa forma, se vuelva más eficiente el respectivo proceso.

Un conocido principio rector en materia económica dispone que entre mayor oferta de comercializadores y profesionales que se ponga a disposición en el mercado, mayor será la calidad de los bienes y servicios a favor del público consumidor. Entonces, aquellas personas que inviertan más en sus procedimientos de producción, materiales e insumos, capacitaciones a su personal y atención a clientela, por mencionar algunos supuestos, tendrá como consecuencia que su prestigio sea mayormente reconocido y el valor de su marca tenga la misma suerte de crecimiento en el mercado.

La capacidad inventiva del ser humano aunada a la innovación en materia de publicidad surgida por las inversiones cada vez mayores de los comerciantes, ha provocado que en periodos recientes las personas sean capaces de relacionar un bien o servicio, provocando que decisión del adquirente respecto a un determinado productor o prestador sea influenciada por la imagen visual que ofrezca un establecimiento comercial, o por el simple olfato y sonido que emane de un medio o elemento ocasionando que un consumidor promedio elija sobre varias opciones que el mercado le ofrece. Por ello, es que el derecho de la propiedad intelectual, específicamente en materia de marcas, se ha visto en la necesidad de desenvolverse de forma más práctica y, como consecuencia evolucionar en los sistemas jurídicos internacionales.

Derivado de lo anterior, han surgido nuevos signos distintivos que ahora son incorporados a nuestro sistema jurídico y que, en base a la reforma de la Ley de la Propiedad Industrial (En lo sucesivo la LPI), es que ahora se define a la marca como *todo*

*signo perceptible por los sentidos y susceptible de representarse de manera que permita determinar el objeto claro y preciso de la protección, que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado*³. De esta definición observamos que la marca ahora es considerada como un elemento que no solo está formado por letras, números, figuras, diseños y/o símbolos, detectado exclusivamente por el sentido de la vista del ser humano, sino que ahora se incorpora la apreciación e interpretación de la marca a través del sentido del olfato y oído, generando una relación directa e inmediata con un bien o servicio determinado, distinguiéndose de otros de naturaleza similar que se ofrezcan al público consumidor.

Es entonces que, con la reforma a la LPI publicada en el Diario Oficial de la Federación el pasado 18 de mayo de 2018, encontramos ahora que pueden constituir como marca *los sonidos*⁴, *los olores*⁵ y *la pluralidad de elementos operativos; elementos de imagen, incluidos, entre otros, el tamaño, diseño, color, disposición de la forma, etiqueta, empaque, la decoración o cualquier otro que al combinarse, distingan productos o servicios en el mercado*⁶, los cuales definitivamente vienen a implementar un nuevo signo de distinción de comercializadores en el mercado y que buscan llamar la atención del público consumidor mexicano de formas que, si bien es cierto ya venían siendo utilizadas anteriormente, ahora contarán con la protección legal por parte del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) mediante sus registros respectivos y reconocimiento de derecho de uso exclusivo, por ello, previo a opinar respecto a los retos que tendrá la mencionada autoridad federal con la incorporación de estos nuevos signos distintivos, señalaremos a continuación algunos casos de éxito de registros de marca de tipo auditivo y olfativo, así como de los ahora conocidos como de *Imagen comercial* o *Trade dress*, lo anterior en Estados Unidos de América y en la Comunidad Europea.

II] Conceptos y antecedentes

¿Qué es una marca auditiva o sonora? A fin de definir dicho concepto, es importante considerar primero el significado de *sonido*, el cual es agregado expresamente a nuestra legislación

³ Ley de la Propiedad Industrial Artículo 88

⁴ Ley de la Propiedad Industrial Artículo 89, fracción V

⁵ Ley de la Propiedad Industrial Artículo 89, fracción VI

⁶ Ley de la Propiedad Industrial Artículo 89, fracción VII

aplicable y es definido por la Real Academia Española como *sensación producida en el órgano del oído por el movimiento vibratorio de los cuerpos, transmitido por un medio elástico, como el aire*. Entonces, considerando lo previsto por el artículo 88 de la LPI así como por la anterior definición, podemos concluir que una marca auditiva o sonora consiste en la emisión de un sonido o una composición musical que es capaz de relacionar de manera precisa un bien o servicio al ser apreciado por cualquier consumidor mediante el sentido del oído.

La legislación europea tiene contemplado este tipo de marcas en el Reglamento (UE) 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015⁷, estableciendo que los *sonidos* podrán constituir marcas con la condición de que sean apropiados para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas y ser representados de manera que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular. Actualmente existen aproximadamente doscientos registros de marcas auditivas o sonoras vigentes ante la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea⁸, entre ellas de empresas comercialmente conocidas como el sitio web de búsquedas *Yahoo* y la cadena de restaurantes de comida rápida *McDonald's*. Asimismo, en la legislación estadounidense también se contemplan las marcas de tipo auditivo o sonoro. La *Rules of Practice & Federal Statutes de la U.S. Trademark Law*, establece que debe acompañarse a la solicitud de registro una descripción detallada de la marca⁹. Entre los registros que se encuentran vigentes ante la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América, tenemos el característico rugido de león de la empresa

⁷ Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 24 de diciembre de 2015

⁸ Base de datos *eSearch plus*, de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, <https://euipo.europa.eu/eSearch/#advanced/trademarks/1/100/n1=MarkFeature&v1=Sound&o1=AND&n2=MarkCurrentStatusCode&v2=%22Registered%22&o2=AND&sf=ApplicationNumber&so=asc>, consultado el 6 de agosto de 2018

⁹ § 2.52 Reglas de Práctica y Estatutos Federales de la Ley de Marcas de los Estados Unidos de América inciso e, *Tipos de dibujos y formato para dibujos*, emitidas por la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América el 01 de enero de 2018, https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/trademark_rules_statutes_2018-1-1.pdf, consultado el 6 de agosto de 2018

cinematográfica *Metro Goldwyn Mayer*¹⁰, así como la famosa melodía de las caricaturas conocidas como los *Looney Tunes*¹¹.

Respecto a las marcas olfativas, previo a intentar definir las, debemos tener en cuenta dos circunstancias: por un lado, el significado del sentido del olfato, que según la Real Academia Española, consiste en el *sentido corporal con el que se perciben aromas y sustancias dispersas*, y por otro lado como señala según Martin Lindstrom, experto en marcas corporativas y del consumidor, *el olfato es particularmente potente para evitar el pensamiento consciente y crear asociaciones con recuerdos y emociones*¹², señalando además dicho que *estima que el 75 por ciento de nuestras emociones se generan por lo que olemos*¹³, de ahí que podríamos concluir que la sensación de un olor es susceptible de relacionar marcas de bienes y servicios específicos, lo cual evidentemente resulta algo muy atractivo para los productores y prestadores de servicios, pues el hecho de experimentar un aroma agradable al momento de abrir el empaque de un producto determinado, o bien, al entrar a un establecimiento comercial, puede provocar un convencimiento directo e inmediato para el consumidor, sin considerar la composición del bien o incluso su calidad. De este tipo de experiencias sensoriales es precisamente de donde se afianzan las marcas olfativas, las cuales podríamos definir como aquellas cuyos aromas u olores son capaces de hacer referencia a determinado producto o servicio, distinguiéndolo de otros de su misma especie, o de otras marcas, siempre y cuando sean susceptibles de ser identificadas tanto por las dependencias en materia de propiedad industrial como por el público consumidor.

¹⁰ Registro de marca con número de serie 73553567, número de registro 1395550, ante la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América, <http://tmsearch.uspto.gov/bin/showfield?f=doc&state=4810:nm7l08.2.1>, consultado el 6 de agosto de 2018

¹¹ Registro de marca con número de serie 75934534, número de registro 2469364, ante la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América, <http://tmsearch.uspto.gov/bin/showfield?f=doc&state=4810:nm7l08.3.1>, consultado el 6 de agosto de 2018

¹² DOOLEY, Roger, *Brainfluence: 100 ways to persuade and convince consumers with neuromarketing*, John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey, 2011, p. 36

¹³ Ídem

Existen interesantes antecedentes de éxito de registros de marcas olfativas¹⁴: tales como un olor a cereza para lubricantes sintéticos o bien, un olor con reminiscencias de menta para mascarillas de uso médico, esto ante la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América, así como algunos verificados en Reino Unido, como una fragancia floral que recuerda al perfume de rosas para neumáticos, o bien, el olor acre de la cerveza amarga para unos dardos.

No obstante lo anterior y a pesar de la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea, la legislación europea en materia de marcas aún no reconoce los olores y aromas como marcas, a pesar de que sí se han reconocido en Estados europeos como Francia, Holanda, Reino Unido, pues se considera como motivo de denegación absoluto de este tipo de registro de marcas el hecho de que *no existe ninguna tecnología que pueda hacer posible la representación de una marca olfativa en el Registro de una manera legalmente aceptable*¹⁵. Sin embargo, considerando las diferentes legislaciones y casos de éxito a nivel internacional que sí reconocen, o bien, están empezando a reconocer las marcas olfativas, muy probablemente sea cuestión de tiempo para que comiencen a inscribirse este tipo de marcas.

La legislación marcaría de los Estados Unidos de América sí tiene previsto el trámite de registro de las marcas de aromas u olores, el cual exige se acompañe una descripción detallada de la marca en la solicitud correspondiente¹⁶. Podemos mencionar un

¹⁴ FERNÁNDEZ, Cristina, *Marcas Olfativas, Sensory Branding y Reglamento UE 2015/2424*, en Consejo General del Notariado (ed.), *Cuadernos de derecho y comercio*. nro. 67, Dykinson, Madrid, 2017 p 149

¹⁵ Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), *Directrices relativas al examen de las marcas de la Unión Europea, Parte B, Sección 4, Motivos de denegación absolutos, Capítulo 2, Definición de Marca de la Unión Europea (Artículo 7, apartado 1, letra a), del Reglamento sobre Marca de la Unión Europea*, publicada en el sitio web de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) el 01 de octubre de 2017, [https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/trade_marks/draft-guidelines-2017-wp-lr2/15_part_b_examination_section_4_AG_chap_2_Article_7\(1\)\(a\)_clean_lr2_es.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/trade_marks/draft-guidelines-2017-wp-lr2/15_part_b_examination_section_4_AG_chap_2_Article_7(1)(a)_clean_lr2_es.pdf), consultado el 7 de agosto de 2018

¹⁶ Op. cit. Reglas de Práctica y Estatutos Federales de la Ley de Marcas de los Estados Unidos de América

tipo de sandalia con aroma a goma de mascar¹⁷, o bien, de ukuleles con aroma a piña colada¹⁸, como registros exitosos de marcas olfativas en los Estados Unidos.

De igual modo se tiene la protección jurídica de la *Imagen comercial* o *Trade dress*. Su antecedente proviene de la protección de algunos casos del siglo XIX con respecto a empaques, estuches o recipientes en los cuales se vendían los bienes, si estaban preparados en una forma peculiar o nueva (*Cook v. Starkweather*)¹⁹. Por otro lado, Thomas Farkas señala²⁰ que la Asociación Internacional de Marcas (*INTA* por sus siglas en inglés) confirma que el *Trade dress* puede ser considerado como una imagen comercial general (observar y sentir) de un producto o servicio que indica o identifica la fuente del producto o servicio y la distingue frente a otras, pudiendo incluirse el diseño o configuración del producto; el etiquetado y empaque de los bienes; y/o la decoración o ambiente en que los servicios son prestados. Señalando también que el *Trade dress* puede consistir en elementos como tamaño, forma, color y textura, en la medida de que dichos elementos no sean funcionales.

Un antecedente de protección legal de la *Imagen comercial* o *Trade dress* muy conocido es el de la marca tridimensional de los establecimientos comerciales de *Apple Inc.*, el cual inició en noviembre de 2010 con el registro de la marca tridimensional de las tiendas insignias de dicha empresa mediante un dibujo multicolor, lo anterior por parte de la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América, para lo cual, *Apple Inc.* solicitó la extensión internacional de la marca de mérito bajo el Protocolo de Madrid, siendo aceptada en algunos Estados pero denegada por la Oficina Alemana de Patentes y Marcas, al considerar que:

¹⁷ Registro de marca con número de serie 86265443, número de registro 4754435, ante la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América, <http://tmsearch.uspto.gov/bin/showfield?f=doc&state=4810:lx2lx2.3.1>, consultado el 7 de agosto de 2018

¹⁸ Registro de marca con número de serie 85553176, número de registro 4144511, ante la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América, <http://tmsearch.uspto.gov/bin/showfield?f=doc&state=4810:lx2lx2.4.1>, consultado el 7 de agosto de 2018

¹⁹ SOLORIO PÉREZ, Oscar, *Derecho de la Propiedad Intelectual*, Oxford University Press, México, 2010, p 8

²⁰ FARKAS, Thomas, *Trademark protection for store designs. One trademark a day keeps Apple's competitors away*, en Revista de la propiedad inmaterial Número 18, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014 pp 323-346

La representación de espacios destinados a la venta de productos de una empresa no es sino una representación de un aspecto esencial del comercio de dicha empresa. A su juicio, si bien es cierto que el consumidor puede interpretar la disposición de tal espacio como un indicio del valor y de la categoría de precio de los productos, dicho consumidor no percibirá tal disposición como una indicación del origen de los mismos. Asimismo, consideró que el espacio de venta representado en el caso de autos no se distinguía suficientemente de las tiendas de otros suministradores de productos electrónicos²¹.

Por lo cual *Apple Inc.* recurrió dicha negativa de registro y el citado órgano jurisdiccional europeo resolvió lo siguiente:

Los artículos 2 y 3 de la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, deben interpretarse en el sentido de que la representación de la disposición de un espacio de venta de productos por medio de un simple dibujo en el que no figuran indicaciones sobre el tamaño o las proporciones puede registrarse como marca para servicios consistentes en prestaciones relativas a dichos productos pero que no formen parte integrante de la comercialización de éstos, siempre que dicha representación sea apropiada para distinguir los servicios del autor de la solicitud de registro de los de otras empresas y que no se opongan a ello ninguna de las causas de denegación establecidas en la Directiva²².

De esta sentencia advertimos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió la viabilidad legal de proteger como marca la representación de un espacio de venta, siempre y cuando pueda distinguir sus servicios frente a otros de la misma naturaleza y ofrecidos por diferentes comerciantes.

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 10 de julio de 2014, en el asunto C-421/13, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 *Treaty on the Functioning of the European Union*, por el *Bundespatentgericht* (Alemania), mediante resolución de 8 de mayo de 2013, recibida en el Tribunal de Justicia el 24 de julio de 2013, en el procedimiento entre *Apple Inc.* y *Deutsches Patent- und Markenamt*, punto número 11, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=154829&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=322266>, consultado el 7 de agosto de 2018

²² *Ibidem*, Resolutivo de la Sentencia

Por último, vale la pena mencionar que mediante el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TPP), suscrito el 04 de febrero de 2016 en Auckland, Nueva Zelanda, del cual México forma parte, las partes se comprometieron a contribuir al crecimiento económico, crear nuevas oportunidades para los negocios y establecer un marco legal y comercial predecible para el comercio y la inversión a través de reglas mutuamente ventajosas²³. En su Capítulo 18 denominado *Propiedad Intelectual*²⁴, específicamente en el artículo 18.18, se acordó que no puede denegarse el registro de una marca solo por el hecho de que el signo que la componga sea un sonido, así como el hecho de que realizarán los mejores esfuerzos para registrar marcas olfativas, por lo que vemos aquí uno de los primeros compromisos del Estado Mexicano para incorporar estos tipos de registros de marcas no tradicionales en su sistema jurídico vigente.

III] Retos que se avecinan para el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial

De una lectura que se realice al numeral 89 de la LPI, puede observarse la posibilidad real, material, legal e inmediata de realizar registros respecto a *los sonidos, los olores y la Imagen comercial o Trade dress* ante el IMPI, reconociendo expresamente que dichas modalidades constituyen marcas. El artículo 113 de dicho ordenamiento jurídico exige acompañar a la solicitud de registro de marca: *la representación del signo que constituya la marca*

Por lo tanto, si consideramos lo previsto en el *Acuerdo por el que se modifica el diverso que establece las Reglas para la presentación de solicitudes ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 09 de agosto de 2018, tendremos que si se pretende registrar una marca auditiva o sonora, podrá presentarse mediante pentagramas, fonogramas o, en su caso, onomatopeyas, además de que debemos acompañarse una descripción detallada de dicha marca y un soporte material que contenga el archivo digital que

²³ Tratado de Asociación Transpacífico (Preámbulo), firmado el 04 de febrero de 2016, ratificación publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2018, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/86469/1._Disposiciones_Iniciales_y_Definiciones_Generales.pdf, consultado el 23 de agosto de 2018

²⁴ Tratado de Asociación Transpacífico (Capítulo 18), firmado el 04 de febrero de 2016, ratificación publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2018, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/86486/18._Propiedad_Intelectual.pdf, consultado el 23 de agosto de 2018

reproduzca el sonido de mérito. En consecuencia que el IMPI tendrá la obligación de dar trámite a cualquier tipo de solicitud de registro de marca de esta naturaleza y, como consecuencia de ello, resolverla de manera fundada y motivada.

No obstante el registro de marca y puntualizando, en los términos de la fracción V del artículo 89 de la LPI, constituyen marcas *todos los sonidos*, debemos entender que cualquier tipo de ruido, sonoridad o expresión fonética puede ser tramitada como marca auditiva o sonora, incluso sonidos cotidianos o comunes, como los de un portazo, la sirena de una ambulancia, o los conocidos *Jingles*, siempre y cuando cumplan con el objeto de distinguir un producto o servicio con respecto a uno diverso de la misma naturaleza, así como los requisitos previstos en las modificadas *Reglas para la presentación de solicitudes ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial*, por ello el IMPI estará obligado a tramitar y resolver toda solicitud de registro de marca auditiva o sonora que se le presente sin contar aún con criterios de resolución de fondo previamente determinados.

No obstante lo anterior, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial tendrá que ser precavido, exhaustivo y congruente en el estudio de las solicitudes de registro de marcas auditivas o sonoras, teniendo cuidado, que sean lo suficiente precisos para determinar el objeto de su protección. De lo contrario, estar otorgando registros de marcas auditivas o sonoras simplemente porque constituyen sonidos y son susceptibles de representación, provocarían que este tipo de trámites se vuelvan ociosos al no cumplir con la finalidad de distintividad de un productor, comercializador o prestador de servicios, aunado a que originaría mermas económicas cuantiosas e innecesarias para el propio IMPI.

Por otro lado, el IMPI tendrá que realizar un correcto análisis respecto a que la representación propuesta como registro de marca auditiva o sonora no se trate más bien de una obra cuya protección le compete jurídicamente al Instituto Nacional del Derecho de Autor por tratarse obras de carácter artístico, teniendo en consideración que el propio artículo 90, fracción XIV, de la *Ley de la Propiedad Industrial* contempla este supuesto como una causal de no registrabilidad de marca.

Otra dificultad que pudiera aparecer en la tramitación de las solicitudes de registro aludidas, consiste en la representación del signo que constituya la marca, pues como establece el artículo 88 de la LPI, debe determinar el objeto claro y preciso de la protección, por lo que si se pretende registrar un ladrido de un perro, por mencionar un ejemplo, no todos los perros ladran igual,

por lo que dicha representación debe ser lo suficientemente clara y precisa para que cualquier persona pueda distinguirla, de ahí que nos encontramos con una posible problemática de distintividad de la marca auditiva y sonora, la cual no pueda relacionarse con la determinación del objeto claro y preciso de la protección amparada o que se busca amparar con la marca.

En cuanto a las marcas olfativas, debemos considerar que el ser humano no tiene completamente desarrollado su sentido de olfato, lo cual podrá generar una problemática para el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, la Ley de la Propiedad Industrial no exige ningún requisito técnico para representar el signo olfativo, sino que las modificadas *Reglas para la presentación de solicitudes ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial* simplemente exigen que se describa la marca y que, en caso de duda, se requerirá por la exhibición del producto al que se le aplicará la marca.

Finalmente, tenemos la incorporación del *Trade dress* o *Imagen comercial*, lo cual viene a establecer una opción atractiva para los productores, comercializadores y prestadores de servicios, al poder imprimir una distintividad a los empaques o envases de sus productos, o bien, en cuanto a establecer una imagen particular y única que quede marcada en la mente del público consumidor.

Uno de los beneficios de este nuevo tipo de registros marcarios es evitar la competencia desleal entre comerciantes que ofrezcan bienes o servicios de la misma naturaleza, lo anterior no solo para evitar que se genere confusión en el público consumidor, sino también para proteger la inversión económica en temas de diseño, publicidad, marketing o incluso propiedad intelectual. De ahí entonces, que marcas importantes y reconocidas tendrán la opción de proteger los elementos figurativos de sus productos y negociaciones, tales como *Banamex*, *Superama*, *Crocs*, *Apple*, por mencionar algunos ejemplos.

En el caso del *Trade dress* o *Imagen comercial*, debemos también considerar que no podrán registrarse marcas que sean funcionales y meramente ornamentales, pues las primeras corresponden a las patentes o incluso modelos de utilidad, mientras que las segundas serían materia de diseños industriales o incluso de obras de arte aplicado cuyo conocimiento sería del Instituto Nacional del Derecho de Autor, razón por la cual el IMPI deberá tener un especial cuidado al momento de analizar las solicitudes de registro de marca que se le presenten en estos términos. Igualmente, el IMPI tendrá que observar debidamente que la representación del signo de *Imagen comercial* o *Trade dress* permita determinar el objeto claro y preciso de la protección, lo

anterior a fin de que no se le otorgue al titular del registro de marca un derecho de uso exclusivo frente a otros que si se pueden distinguir en el mercado, por ejemplo, el barril de cerveza de marca *Heineken* que puedes encontrar en tiendas de autoservicio es llamativo y peculiar, sin embargo, su diseño no es único, toda vez que existen otras marcas como *Bitburger*, *Newcastle* y *Kuntsmann*, por mencionar algunas, que son similares, que ofrecen el mismo producto y que sí podrían generar confusión en el público consumidor al momento de decidir entre una cerveza y la otra, considerando incluso que se tratan de distintos tipos de sabores y fermentación, aunado al hecho de que el tipo de envase sería más propio de ser protegido a través de un diseño industrial.

IV] Conclusiones

Se pueden observar bondades en la reforma a la LPI. Es positivo que nuestro sistema jurídico no de la espalda a la evolución del mercado, así como a los nuevos esquemas de comercialización, marketing y publicidad de los bienes y servicios, protegiendo las inversiones económicas que han realizado los comercializadores a fin de ofrecer opciones originales, atractivas y llamativas, así como diferentes conductos de venta para atraer la atención del público consumidor, razón por la cual resulta positiva la idea de reconocerles el derecho de uso exclusivo emanando de la capacidad creativa. Existen otros tipos de marcas no tradicionales que aún están en espera de ser incorporadas a nuestra legislación, tales como las marcas gustativas, táctiles, de posición o en movimiento que seguramente en los próximos años formaran parte de las opciones de protección que garantizará el IMPI.

Sin embargo, surgen dudas debido a la falta de criterios de resolución de fondo que asumirá el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial a partir de la entrada en vigor de la reformada *Ley de la Propiedad Industrial*, pues incluso el propio licenciado Eliseo Montiel Cuevas, actual Director Divisional de Marcas del IMPI, con motivo de la conferencia denominada *Reformas a la Ley de la Propiedad Industrial en materia de signos distintivos y en materia de invenciones* celebrada el pasado lunes 30 de julio de 2018 en el Centro de Congresos del Tecnológico de Monterrey Campus Guadalajara, manifestó que sobre la marcha irán asumiendo estos criterios. El funcionario reconoció que no tienen aún contemplada la manera en que darán trámite y resolverán este tipo de solicitudes de registro de marcas no tradicionales, lo cual puede implicar diversas violaciones a principios constitucionales

imprescindibles como los de legalidad, equidad y seguridad jurídica.

Bibliografía

Base de datos eSearch plus, de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea,

<https://euipo.europa.eu/eSearch/#advanced/trademarks/1/100/n1=MarkFeature&v1=Sound&o1=AND&n2=MarkCurrentStatusCode&v2=%22Registered%22&o2=AND&sf=ApplicationNumber&so=asc> (6 de agosto de 2018)

DOOLEY, Roger, *Brainfluence: 100 ways to persuade and convince consumers with neuromarketing*, John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey, 2011, p. 36

FARKAS, Thomas, *Trademark protection for store designs. One trademark a day keeps Apple's competitors away*, en Revista de la Propiedad Inmaterial Número 18, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014 pp 323-346

FERNÁNDEZ, Cristina, *Marcas Olfativas, Sensory Branding y Reglamento UE 2015/2424*, en Consejo General del Notariado (ed.), *Cuadernos de derecho y comercio. No. 67*, Dykinson, Madrid, 2017 p 149

Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), *Directrices relativas al examen de las marcas de la Unión Europea, Parte B, Sección 4, Motivos de denegación absolutos, Capítulo 2, Definición de Marca de la Unión Europea (Artículo 7, apartado 1, letra a), del Reglamento sobre Marca de la Unión Europea*, publicada en el sitio web de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) el 01 de octubre de 2017,

https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/trade_marks/draft-guidelines-2017-wp-lr2/

[15_part_b_examination_section_4_AG_chap_2_Article_7\(1\)\(a\)_clean_lr2_es.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/trade_marks/draft-guidelines-2017-wp-lr2/15_part_b_examination_section_4_AG_chap_2_Article_7(1)(a)_clean_lr2_es.pdf) (7 de agosto de 2018)

Reglamento (UE) 2015/2424, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 24 de diciembre de 2015, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.341.01.0021.01.S

[PA&toc=OJ:L:2015:341:TOC](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.341.01.0021.01.S) (7 de agosto de 2018)

Reglas de Práctica y Estatutos Federales de la Ley de Marcas de los Estados Unidos de América inciso e, *Tipos de dibujos y formato para dibujos*, emitidas por la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América el 01 de enero de 2018, https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/trademark_rules_statutes_2018-1-1.pdf (6 de agosto 2018)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 10 de julio de 2014, en el asunto C-421/13, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 *Treaty on the Functioning of the European Union*, por el *Bundespatentgericht* (Alemania), mediante resolución de 8 de mayo de 2013, recibida en el Tribunal de Justicia el 24 de julio de 2013, en el

procedimiento entre *Apple Inc.* y *Deutsches Patent- und Markenamt*,
punto número 11,
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=154829&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=322266> (7 de agosto 2018)

Solorio Pérez, Oscar, *Derecho de la Propiedad Intelectual*, Oxford University Press, México, 2010, p 8

Tratado de Asociación Transpacífico, firmado el 04 de febrero de 2016, ratificación publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2018,
https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/86469/1._Disposiciones_Iniciales_y_Definiciones_Generales.pdf (23 de agosto de 2018)

Vida en la facultad

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
11 SEMESTRE II
2018

La Universidad Panamericana campus Guadalajara en el Holloran Center for Ethical Leadership in the Professions at the University of St. Thomas School of Law (verano 2018)

ROXANA PAOLA MIRANDA TORRES¹

El hombre es un animal político que se agrupa para satisfacer sus necesidades²; así lo más trascendente lo agrupa en valores, principios e intereses que preserva hacia el futuro, a través de las normas³. Por lo anterior, requerimos formar seres humanos que protejan y resguarden dichos valores; personas con vocación de justicia, que tengan conciencia de la teleología de las normas, de servir a los demás con ética, profesionalismo y especialización; de esta manera seguir en el constante proceso de perfeccionarnos como entes racionales que debemos vivir en armonía con los demás, en interrelación con el planeta y el cosmos⁴.

Es una gran tarea influir en los alumnos para que se desenvuelvan como profesionistas que cuenten con las competencias, capacidades, habilidades para el desarrollo de su potencial humano en la protección de los sagrados, inalienables, imprescriptibles e indivisibles derechos de las personas con respeto, tolerancia, paz y demás principios que se requieran para la salvaguarda de la vida y el orden en el mundo.

Hasta ahora, solo hemos creado una ciencia, una profesión que se encarga de la axiología y en particular, de la justicia, la carrera del abogado es maravillosa, relevante y trascendente, es el defensor de los derechos, de la igualdad, la libertad y la justicia. No cualquier persona tiene sentido del humanismo, del respeto, tolerancia y capacidad de convivir con sus congéneres y los que es

¹ Profesora Investigadora de la Universidad Panamericana *campus* Guadalajara.

² ARISTÓTELES, *La Política*, libros I, III.

³ COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Planetología, Normplanet*, Porrúa, México, 2015.

⁴ *Idem*.

todavía más complejo, poder conocer, comprender, tener la sensibilidad de apreciar lo justo e intentar serlo.

En este orden de ideas, los abogados tenemos un papel importantísimo en nuestra sociedad porque además influimos en muchos ámbitos: política, gobierno, educación, economía, impartición de justicia y otros más.

Cada año miles de jóvenes se gradúan de esta carrera en las diferentes universidades públicas y privadas de nuestro país y del mundo, y desafortunadamente nuestra profesión es fuertemente criticada por el comportamiento inadecuado y alejado de la ética de algunos.

Esta preocupación no solo la vivimos en México, en los Estados Unidos de Norteamérica existe todo un movimiento importante para fortalecer la educación legal. Así en 2001 surgió el *Holloran Center for Ethical Leadership in the Professions* en la escuela de Derecho de la Universidad *St. Tomas*, en Minneapolis, Minnesota, su misión es proporcionar investigación interdisciplinaria, currícula, desarrollo de programas enfocándose holísticamente en la formación de estudiantes y profesionales como líderes éticos en sus comunidades. Neil Hamilton y Jerry Organ junto con una serie de catedráticos han trabajado incansablemente en este proyecto.

Una de las funciones de este centro es compartir sus investigaciones y experiencias para que trasciendan en el mundo legal; así del 21 al 24 de junio de 2018 se llevó a cabo por sexto año consecutivo *Summer Workshops on Professional Identity Formation*, en Chaska, Minnesota, con la participación de más de treinta académicos de diversas escuelas de derecho de las diferentes universidades de aquel país, como: Santa Clara en California; Regent University de Virginia; Georgetown en Washington; St. Tomas en Minnesota; Tennessee; Illinois, entre otras; la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana *campus* Guadalajara, también fue invitada por tercera ocasión; sin duda una grata y enriquecedora experiencia.

Los temas en los que trabajamos en dicho taller fueron principalmente los siguientes: 1. Comprender los datos empíricos sobre la importancia de la formación profesional de cada estudiante de la facultad de derecho, incluyendo los modelos de competencia que los empleadores utilizan para evaluar a los nuevos abogados; 2. Entender el papel y trascendencia del *currículum oculto*; 3. Aprender la pedagogía más adecuada enfocada a la formación profesional; 4. Identificar los factores positivos o negativos que pueden influir en la formación de un estudiante; 5. Preparar un plan de acción individual para mejorar la formación

profesional en nuestros cursos; 6. Preparar un plan de acción como universidad para influir en un cambio positivo en la formación profesional de nuestros estudiantes; 7. Considerar los mecanismos para evaluar nuestros avances; 8. Discutir en un plan que sea paradigmático y de influencia en la educación legal.

La labor fue ardua durante los cuatro días de largas jornadas. Estuvimos en mesas de trabajo con diferentes universidades, discutiendo y aportando nuestras experiencias en relación al objetivo planteado: *La formación en una identidad ética profesional para los abogados* con el análisis de diferentes documentos entre los que se encuentran: *Professional Formation as Social Movement*. *Ordinary Religion of the Law School Classroom*. *First-Year Courses/Programs Focused on Professional Development and Professional Identity Formation: Many Flowers are Blooming*. *Is There Sufficient Human Resource Capacity to Support Robust Professional Identity Formation Outcomes? Competition and The Curve*. *Empirical Research on the Core Competencies Needed to Practice Law: What Do Clients, New Lawyers, and Legal Employers Tell Us? Self-Directedness and Professional Formation: Connecting Two Critical Concepts in Legal Education*. Tuvimos una interesante exposición con Neil Hamilton sobre su libro *Roadmap*,⁵ que traza esa ruta que deben seguir los estudiantes de Derecho durante su carrera, tomando en cuenta sus fortalezas y debilidades, con la ayuda de profesores, coaches y mentores para desarrollar todas aquellas competencias que los lleven a destacar en su vida no solo profesional sino también personal; una planeación específica para estar mejor preparados, más persuasivos y competitivos en el campo laboral, todo lo anterior con base en estudios realizados en las universidades, firmas o despachos de abogados (empleadores), clientes y la Barra Americana. De igual forma algunos profesores nos compartieron las técnicas y competencias a desarrollar en sus cursos mediante clases modelo.

Después de compartir formas de trabajo, vivencias, preocupaciones, logros, evaluaciones, metas por alcanzar, nutridas y amenas charlas, para concluir dicho taller cada universidad expuso su plan de acción. Cabe resaltar que nuestra universidad siempre ha trabajado en el orden, la ética y en la formación de valores en sus estudiantes, no solo de derecho sino de todas las áreas de estudio, pero el escuchar otras reflexiones y experiencias

⁵ HAMILTON, Neil, *Roadmap: the law student's guide to meaningful employment*, second edition, American Bar Association, United States, 2018.

fue realmente bueno, tomar todos los detalles positivos para enriquecer nuestro trabajo.

La educación con sentido ético y responsabilidad es un campo fértil para reivindicar nuestra profesión, un buen abogado siempre será indispensable, todos debemos trabajar en equipo, se requiere también un proceso de enseñanza aprendizaje en virtudes como la templanza, la fortaleza y probidad entre otras. Aplaudimos la iniciativa de la Universidad Panamericana de invitarnos a participar en este taller como el tercer equipo; agradecemos todas las gestiones a través de la Dra. Yurixhi Gallardo quien ha tenido un papel fundamental en este proyecto y esperamos también sea un parteaguas para las universidades mexicanas.

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA