

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

NÚMERO
04 SEMESTRE I
2015
AÑO 2

PERSPECTIVA JURÍDICA

Año 2 - Número 4 - Semestre I 2015
Publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad
Panamericana Campus Guadalajara
Calzada Circunvalación Poniente No. 49
Ciudad Granja, Zapopan, Jalisco C.P. 45010, México
Coordinador Editorial: Mtro. Manuel Tovar Hernández
Correo electrónico: mtovarh@up.edu.mx

La revista Perspectiva Jurídica UP y sus contenidos
son propiedad de la Universidad Panamericana
Campus Guadalajara.

Todos los derechos reservados. © Copyright 2015.
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 escrita por parte de la Universidad
Panamericana Campus Guadalajara.

Diseño editorial e impresión *EDIKREA*
Editorial y Servicios Creativos, S. de R.L. de C.V.
Guadalajara, Jalisco, México

Impreso en México / *Printed in Mexico*

Consejo Editorial

DR. ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ

Director de la Facultad de Derecho

MTRA. MARÍA ISABEL ÁLVAREZ PEÑA

Directora de la Licenciatura en Derecho

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS

Editor General

MTRO. MANUEL TOVAR HERNÁNDEZ

Coordinador Editorial

LIC. MARÍA CRISTINA PÉREZ VENEGAS

Coordinadora del Comité Editorial

Comité Editorial

ERIC COUFAL LEAÑO

GABRIELA GARCÍA ESCOBAR

MARÍA DOLORES GUTIÉRREZ RÁBAGO

KARLA SOFÍA LLAMAS BELTRÁN

JOSÉ FRANCISCO MACÍAS CALLEJA

JULIETA ARIADNA MÉNDEZ ANGULO

MARÍA ANDREA ORNELAS PADILLA

Mensaje del director

Estimada comunidad jurídica:

Es un gusto compartirles que el presente número de nuestra revista ha sido dedicado especialmente al Congreso Internacional de Derecho Mercantil que tuvo como sede el campus Guadalajara de la propia Universidad Panamericana; el nivel y talento de los expositores no puede quedar solo en la instantánea de sus participaciones, puesto que las aportaciones fueron extraordinarias, de suerte tal que el Consejo Editorial recomendó ampliamente su difusión.

Cabe mencionarles que la calidad de la segunda edición de éste congreso ha logrado que el mismo quede institucionalizado, con la intención de una calendarización bianual, formando una plataforma constante de desarrollo en el ámbito del derecho mercantil, y que seguirá aportando conocimientos y experiencias para nuestra revista.

Nuevamente, nuestro reconocimiento al equipo que hace posible este medio de divulgación jurídica.

Afectuosamente,

DR. ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ
Director de la Facultad de Derecho

Editorial

El derecho mercantil ha sido un motor importantísimo en el avance de la ciencia del derecho desde tiempos inmemoriales. Hoy más que nunca se nota su influencia pues vivimos en un mundo *globalizado* en donde el comercio internacional ha marcado nuevas directrices que necesariamente inciden en el derecho. El planeta se ha convertido en la *aldea global* pregonada por McLuhan y en esa nueva realidad, los abogados debemos operar con un derecho también globalizado.

Por ello nos parece oportuno dedicar este cuarto ejemplar de la revista *Perspectiva Jurídica UP* a los trabajos presentados en el *Segundo Congreso Internacional de Derecho Mercantil* organizado por la Universidad Panamericana campus Guadalajara, el cual se llevó a cabo los días 26 al 28 de noviembre de 2014.

El congreso fue todo un éxito dada la calidad de los expositores y del nutrido público asistente, formado no solo por abogados del foro, sino por alumnos de diversas universidades. Se contó con las ponencias de grandes mercantilistas de talla mundial, como los españoles Alberto Bercovitz y Eduardo Valpuesta Gastaminza, cuyas ponencias acerca del nuevo código mercantil español y de la página web corporativa de las sociedades mercantiles en derecho español, respectivamente, se publican en esta revista.

Destacan también los artículos de autores mexicanos muy connotados, como Javier Arce Gargollo, Cecilia Azar Manzur, Miguel Ángel Cárdenas Rodríguez, Hugo González García, Soyla H. León Tovar, Luis Manuel Méjan y Víctor Manuel Peña Briseño, trabajos de gran calidad e interés académico.

Así pues, la revista continúa con gran impulso, destaca la participación en el comité editorial de alumnos de 9º y 10º semestre de la carrera de derecho, coordinados a su vez por una ex alumna, Cristina Pérez Venegas.

Es importante que la revista siga teniendo esa doble función para la que fue concebida: difundir las investigaciones jurídicas de los profesores de la universidad y de los demás miembros de la comunidad jurídica y al mismo tiempo formar a los estudiantes en la investigación y en los procesos de edición de una revista académica.

El éxito de la revista se percibe también en el número de colaboraciones que se han recibido. Apenas terminada la edición de este número, podemos anunciar que tenemos artículos suficientes para una nueva edición, en la que el equipo editorial ya se encuentra trabajando.

Seguiremos esforzándonos para posicionar a *Perspectiva Jurídica UP* como una de las mejores revistas académicas del país.

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS
Editor General

Contenido

Mensaje del director..... p. 5

Editorial..... p. 7

Estudios jurídicos

Los contratos de agencia y distribución mercantil
por JAVIER ARCE GARGOLLO p. 13

El arbitraje comercial
por CECILIA AZAR MANZUR..... p. 35

El nuevo Código Mercantil Español
por ALBERTO BERCOVITZ..... p. 77

Daño moral a las sociedades mercantiles o comerciantes
por MIGUEL ÁNGEL CÁRDENAS RODRÍGUEZ..... p. 95

La responsabilidad individual limitada
por HUGO GONZÁLEZ GARCÍA..... p. 111

Los pactos estatutarios y parasociales con la reforma a la Ley
General de Sociedades Mercantiles
por SOYLA H. LEÓN TOVAR..... p. 133

La responsabilidad de los administradores de empresas en
insolvencia
por LUIS MANUEL C. MÉJAN..... p. 157

La subordinación de créditos en el Derecho Concursal
Comparado. El caso mexicano.
por VÍCTOR MANUEL PEÑA BRISEÑO..... p. 173

El fideicomiso y la inversión extranjera
por DIEGO ROBLES FARÍAS.....p. 181

La página web corporativa de las sociedades mercantiles en el
Derecho Español.
por EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA..... p. 209

Vida en la facultad

Congreso Internacional de Derecho Mercantil
por ERIC COUFAL LEAÑO..... p. 233

Estudios jurídicos

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
04 SEMESTRE I
2015
AÑO 2

Los contratos de agencia y distribución mercantil

JAVIER ARCE GARGOLLO¹

SUMARIO: I. *La contratación mercantil.* II. *Los contratos de agencia y distribución.* III. *El contrato de agencia. Concepto y características.* IV. *Obligaciones de las partes.* V. *Terminación del contrato.* VI. *El contrato de distribución. Concepto y características.* VII. *Obligaciones de las partes.* VIII. *Terminación del contrato.*

Resumen. La normativa sobre contratación mercantil mexicana no contempla la aparición de nuevas figuras contractuales propias de una economía moderna, de contratos de duración propios para la gran empresa. Los contratos de agencia y distribución mercantil no están regulados actualmente y son, por tanto, atípicos. Estos contratos tienen en común ser contratos de colaboración, de duración, con posibilidades de incluir pactos de exclusividad y subcontratos. El de agencia tiene por objeto que una de las partes, -el agente-, promueva la venta de productos del principal, sin ser, en la mayoría de los casos su representante, sino sólo un intermediario. En el de distribución, que se aplica a los productos que se producen en masa y que generalmente están amparados con una marca, el distribuidor adquiere del fabricante o mayorista los productos para comercializarlos y revenderlos con las condiciones que le impone el fabricante. Las obligaciones de las partes y las causas de terminación tienen algunas complejidades que se analizan con detalle en este trabajo.

Palabras clave: Contratos, agencia, distribución, atípico, colaboración, fabricante.

Abstract: Mexican regulations on commercial contracts, do not provide contemporary legal figures of a modern economy; such as period agreements used in large companies. Until now, agency and commercial distribution agreements are not regulated, and therefore, are atypical. Both contracts share the features of being agreements on collaboration, of length-periods, and they both can include exclusivity and sub-contractual agreements. The agency contract's purpose is that one of the parties -the agent- promotes the principal's products, without being most of the times it's representative, but only a broker. When manufacturing products by

¹ Notario Público número 74 del Distrito Federal, profesor de Contratos Mercantiles en la Universidad Panamericana, profesor del Seminario de Derecho Mercantil en la Escuela Libre de Derecho.

large quantities, and when they are often protected by a brand, the distributor will acquire wholesale products in order to set them into the market and re-sell them with the manufacturer's conditions, this is called a distribution contract. Complexities arising from the parties' duties and termination causes will be discussed in detail in this article.

Keywords: *Contracts, agency, distribution, atypical contracts, collaboration, manufacturer.*

I] La contratación mercantil

Pérez-Serrabona ha dicho: *El Derecho Mercantil es -y ha sido siempre- un derecho de contratos, un derecho contractual en evolución y cambio constante, que hace surgir, necesariamente, por las exigencias de cada momento y cada situación económica, nuevas figuras previstas o no por el ordenamiento jurídico.*²

La normativa sobre la contratación mercantil como aparece reglamentada en el Código de Comercio Mexicano promulgado en 1889, que es el ordenamiento vigente más antiguo que tenemos en la República Mexicana, ha sido rebasada desde hace muchos años por las necesidades actuales de la moderna economía.

El Código de Comercio es un ordenamiento que se ha reformado con cierta regularidad, por ejemplo en lo que se refiere al arbitraje comercial en que incorporó la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) (arts. 1415 a 1480) el 22 de abril de 1993; las reformas relativas a procedimientos de ejecución de la prenda sin transmisión de posesión y del fideicomiso de garantía (arts. 1414 bis a 1414 bis 20) de 23 de mayo de 2000; del juicio oral mercantil (arts. 1390 bis a 1390 bis 50) de 9 de enero de 2011; la creación del moderno Registro Único de Garantías Mobiliarias (RUG) (arts. 32 bis 1 a 32 bis 9); o la inclusión del artículo 6° bis que obliga a todos los comerciantes a realizar su actividad de acuerdo a los usos honestos en materia industrial o comercial, disposición que está tomada del artículo 10 bis del Convenio de París para la Propiedad Industrial del que México es parte.

La economía que tenían México y el mundo a finales del siglo XIX, de pequeñas y medianas empresas, dista mucho de la actividad económica actual. Las leyes mercantiles regían contratos de corto plazo, de tracto único, de prestaciones que, en casi todos los casos, se cumplían inmediatamente. No se contemplaban en estas leyes contratos de duración, que son los propios de la gran empresa que tiene una programación para la distribución de sus productos y servicios, y para el aprovisionamiento de materias primas de forma estable que busca eludir las

² Pérez-Serrabona González, José Luis, *Contratos atípicos en el ámbito mercantil*, parte de la obra *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados (Derecho Privado)*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pág. 278.

dificultades que la aplicación de los esquemas legales relativos a contratos aislados y prestaciones de una economía distinta a la actual puede crear en su gestión empresarial.³

Uno de los factores que dan origen a los contratos atípicos, es precisamente el que las necesidades de contratación a largo plazo no se cubren satisfactoriamente con las figuras contractuales típicas, nacidas para resolver unas diferentes necesidades económicas.

Como dice Puig Brutau, *los hechos y circunstancias que las normas pretenden regir siempre evolucionan con una rapidez superior a la marcha que puede imprimirse al Derecho Civil (o Mercantil) por actividad legislativa.*⁴

En el año de 1987, la Secretaría de Gobernación preparó un anteproyecto de Código de Comercio que incluía un Título Quinto en el que se regulaban los contratos de compraventa mercantil, suministro, distribución, préstamo, estimatorio, mediación, comisión y transporte. La Comisión redactora la encabezó el licenciado Salvador Rocha Díaz y en el proyecto participaron activamente los juristas Jorge Barrera Gráf y José María Abascal Zamora. Este anteproyecto, al parecer, no se presentó a las Cámaras del Congreso de la Unión. La regulación de estos contratos se contenía en pocas disposiciones, siguiendo la temática del Código de Comercio, con normas supletorias de la voluntad de las partes.⁵

II | Los contratos de agencia y distribución

A juicio de Philip Kotler, *en la economía de hoy la mayoría de los productores no venden sus artículos directamente a los usuarios finales. Entre unos y otros se alza una legión de intermediarios de mercadotecnia que desempeñan gran variedad de funciones y ostentan gran variedad de nombres: corredores, representantes, mayoristas, agentes, distribuidores, cooperativistas, comerciantes al detalle, etc.*⁶ Es en este contexto en el que se originan, en la economía de fabricación y distribución de productos en masa, estos dos contratos de agencia y de distribución.

¿Qué tienen en común estos contratos? Los contratos de agencia y distribución son figuras atípicas en el derecho mexicano actual y se utilizan con mucha frecuencia en la práctica de los negocios nacionales e internacionales. Su atipicidad obedece, entre otras razones, a que los contratos de comisión y de compraventa mercantiles, como los convenios más análogos que disciplina nuestro vigente Código de Comercio, tienen

³ Cfr. Vicent Chulía, Francisco, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 2ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, España 1986, tomo II, pág. 44.

⁴ Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1953, pág. 19.

⁵ El texto completo de este anteproyecto, con una explicación de Salvador Rocha Díaz puede consultarse en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/645/20.pdf>

⁶ Kotler, Philip, *Dirección de mercadotecnia. Análisis, planeación y control*, traducción de Ramón Palazón Bertrand, Editorial Diana, México 1973, pág. 449.

disposiciones que no resuelven la problemática de estos negocios.

Los dos contratos, el de agencia y el de distribución, que son contratos modernos de empresa, tienen tres características comunes: son atípicos, de colaboración y de duración, lo que les imprime ciertas peculiaridades.

En los modelos de contratos de agencia y distribución de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), se establece que *las partes actuarán siempre de buena fe y con total honradez* (Artículo 2.1). Son, pues, contratos de colaboración que se celebran entre comerciantes.

1. Son socialmente atípicos; como dice De Castro y Bravo *la tipicidad social se predica de convenios que han venido cuajando en tipos socialmente bien definidos, de significación conocida y firme, que han logrado escapar de la nebulosa de los negocios atípicos, gracias a su utilización continuada, a su importancia social o a una especial elaboración doctrinal; creaciones que logran, a veces, ser recogidas por las leyes.*⁷

Tienen una configuración propia en su celebración cotidiana. No se confunde un contrato de agencia con uno de comisión, de corretaje, de distribución, de franquicia o con alguna otra figura contractual.

La agencia y la distribución están reconocidos por algunas resoluciones del Poder judicial federal en tesis y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales Colegiados.⁸

2. La Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París, ha elaborado y publicado textos modelo del contrato de agencia y del de distribución, con diversas variantes en su clausulado que pueden aplicarse a multitud de operaciones de esta naturaleza. En cuanto a la *función económica* que persiguen, los dos son *contratos de colaboración en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica (empresa) de la otra.*⁹ No son contratos de cambio, como la compraventa, la permuta o el arrendamiento, en que se da un bien por otro (*do ut des*), cosa, o uso y precio, por ejemplo.

3. Los contratos de agencia y distribución pueden contener, como elemento accesorio, un *pacto de exclusiva* a favor del empresario o principal, del agente o del distribuidor o a favor de las dos partes del contrato. La *esencia* de este acuerdo de exclusiva se encuentra en no recibir, en no realizar ciertas prestaciones, en no concluir determinados contratos, sino solamente con aquellas personas a quienes se les reconoce

⁷ De Castro y Bravo, Federico, *El negocio jurídico*, Instituto nacional de estudios jurídicos, Madrid 1967, Núm. 267.

⁸ Esto puede constatarse, por ejemplo, en estas tesis: “Compraventa de distribución exclusiva, contrato mercantil de. Rescisión”. “Agentes de comercio. Cuando son sujetos de Derecho del trabajo”.

⁹ Uría, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, 22ª edición, Marcial Pons, Ediciones jurídicas, S.A., Madrid 1995, Núm. 665.

la exclusiva. El modelo de contrato de agencia y de distribución de la CCI¹⁰ señalan: *Durante el periodo de vigencia de este contrato, el Mandante (Proveedor) no otorgará a ninguna otra persona o empresa el derecho de representar o vender los productos dentro del territorio.* (Artículo 13.1 y 15.1, respectivamente).

4. El agente y el distribuidor pueden celebrar otros *subcontratos* de agencia o de distribución, siempre que no excedan los límites del contrato base y cumplan con los requisitos que estos nuevos contratos suponen para su celebración. Estos subcontratos de agencia y distribución suelen estar restringidos a una zona geográfica exclusiva donde el agente o el distribuidor tiene derecho a promover los productos o servicios, si el subagente; o a revender las mercancías bajo las condiciones de reventa pactadas, si es subdistribuidor.

En los modelos de contrato de agencia y distribución de la CCI, se establece esta posibilidad en una cláusula con dos opciones: A) *El Agente (o Distribuidor) podrá contratar subagentes siempre que le informe al Mandante (o Proveedor) con una antelación mínima de un mes. El Agente (o Distribuidor) será responsable de la actividad de los subagentes; y, B) El Agente (o Distribuidor) llevará a cabo sus actividades sin recurrir a subagentes (o subdistribuidores)* (Artículo 8º y 9º, respectivamente).

5. Son contratos de *duración de largo plazo*, en los que el término se establece en beneficio de las dos partes (art. 1958 del Código Civil Federal -C.c.-). Es usual que algunos de estos contratos incluya la posibilidad de que prorrogue sus efectos después de llegado el plazo, ya sea porque lo pida una parte a la otra, en términos de lo pactado en el contrato, o que se prorrogue tácitamente. *Una tácita continuación en la ejecución de las prestaciones previstas puede considerarse como una prórroga tácita.*¹¹ Los arts. 2486 y 2487 del C.c. previenen esta "tácita reconducción" para el contrato de arrendamiento, principio que puede aplicarse, por analogía, a otros contratos de duración.

6. La *denuncia unilateral* se puede dar en estos contratos. El artículo 1797 el C.c. establece el principio general de que: *la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.* La *denuncia unilateral* del contrato, es una facultad excepcional en nuestro derecho que sólo es válida en determinados contratos, por ejemplo en el mandato (art. 2595 II y III del C.c.).

Cuando el contrato de agencia o de distribución se pacta por un *plazo indeterminado*, o no tiene plazo, pueden darse varios supuestos.

¹⁰ *Modelo de la CCI de contrato de agencia comercial*, Publicación No. 496, ICC Publishing, S.A. (Paris), 1991. *The ICC model Distributorship contract*, Publicacion No. 518, ICC Publishing S.A. (Paris), 1993. En adelante se citarán como "modelo contrato CCI".

¹¹ Diez Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 2ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 1983, tomo I, pág. 528.

a. Que las partes expresamente señalen que la terminación se da mediante un *preaviso* dado a la contraparte en un plazo prudente.

b. Que el contrato termine por que exista una "justa causa", generalmente prevista en el propio contrato. A este respecto, los *Principios sobre los contratos mercantiles internacionales* de UNIDROIT establecen lo siguiente: *Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con suficiente anticipación* (art. 5.1.8).

7. Derivado de las características de contrato de colaboración y duración, tanto el agente como el distribuidor, al actuar en interés del empresario, *realizan una labor de promoción que contribuye a la creación de una clientela que, durante la vigencia del contrato, constituye un activo común que beneficia a ambas partes, pero una vez extinguido el mismo, es susceptible de generar una ventaja patrimonial en beneficio del empresario principal, ya que en la mayoría de las ocasiones, los clientes tenderán a seguir al fabricante y no al distribuidor*¹² (o al agente).

III] El contrato de agencia. Concepto y características

¿El contrato de agencia requiere de una regulación legislativa diferente a la que existe para el contrato de comisión mercantil en el Código de Comercio? En algunas legislaciones se ha optado por incluir una normativa especial para el contrato de agencia diferente a las disposiciones que rigen al contrato de comisión.

Como ejemplos: está regulado en el Código Civil Italiano (1942), en España existe la Ley sobre el contrato de agencia (1992) con normas inspiradas en la Directiva de la Comunidad Económica Europea y se contempla en el Código de comercio de Colombia y en la legislación de Bolivia, se regula con otras figuras como la comisión, la representación y la distribución.¹³

Concepto. El Código Civil Italiano que regula este contrato establece que: *por el contrato de agencia una parte asume de manera estable el encargo de promover, por cuenta de la otra, mediante retribución, la conclusión de contratos en una zona determinada* (art. 1742).

En la Ley Española sobre el Contrato de Agencia se contiene un concepto descriptivo y más elaborado: *Por el contrato de agencia, una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada y estable, a cambio de una remuneración, bien a*

¹² Vázquez Albert, Daniel, *La terminación de los contratos de distribución*, parte de la obra *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Barcelona 2010, pág. 182.

¹³ Cfr. Aguinis, Ana María de, *Contrato de agencia comercial*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina 1991, págs. 33 a 39.

promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones (art. 1º).

El anteproyecto de Código de Comercio Mexicano de 1987 no incluye una regulación para el contrato de agencia.

Las características de esta figura contractual son:

a. El agente es un comerciante *independiente*, no es un trabajador del empresario o mandante. *La independencia consiste en la posibilidad de organizar la actividad profesional y el tiempo dedicado a la misma conforme a criterios propios.*¹⁴

b. Es un contrato de duración que generalmente se celebra por plazos largos o por término indeterminado. Se busca una *relación permanente y estable*, pues el agente no es un colaborador ocasional. *Se distingue del contrato de comisión que tiene carácter ocasional, y respecto de cuya figura, si bien en su día constituyó una subespecie, en la actualidad (en España) adquirió una sustantividad propia.*¹⁵

c. El *objeto* del contrato es promover y, en su caso, concluir contratos por cuenta o en interés del principal o mandante. El contrato no se agota en actos concretos, como los contratos de comisión o corretaje.

d. El agente obra *por cuenta* del empresario y puede o no ser su representante. Hay, así, dos clases de agencia: representativa y sin representación. El modelo de contrato CCI señala lo siguiente: *mientras no se estipule lo contrario, el Agente no está facultado para firmar contratos en nombre del Mandante o a comprometer al Mandante frente a terceros (Artículo 3.2).*

e. La *remuneración* del agente depende, en prácticamente todos los casos, de los resultados.

f. Es común que se pacte en algunos de estos contratos la *exclusiva* para determinada zona o territorio, en beneficio del agente, del principal o de ambos.

IV] Obligaciones de las partes

Las principales obligaciones que derivan para las partes de este

¹⁴ Llobregat Hurtado, María Luisa, *El contrato de agencia mercantil*, J.M. Bosch editor, Barcelona, España 1994, pág. 63.

¹⁵ Mercadal Vidal, Francisco, *El contrato de agencia*, parte de la obra *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales, op. cit.*, pág. 49.

contrato son:

1. Del Agente.

a. *Promover o concluir negocios en interés del empresario.* Esto implica que: el Agente no tiene que esperar a recibir encargos concretos del empresario en cuyo nombre actúa, sino que tiene la obligación positiva de esforzarse en promover o concluir todos los contratos posibles en nombre y por cuenta de aquél, buscando cuantas ocasiones propicias se presenten mediante la adecuada vigilancia del mercado.¹⁶

El modelo de contrato CCI dice: *El Agente se compromete a esforzarse por aumentar las ventas de los productos en el territorio de acuerdo con las instrucciones razonables del Mandante (Artículo 3.1).*

Normalmente el agente se limita a promover los contratos que le han sido encomendados, recibiendo pedidos u ofertas de terceras personas que el se encarga de transmitir a su principal. Y, será el principal el que concluya el contrato que el agente le propone –aceptando la oferta o pedido– o lo rechace.¹⁷ El agente no realiza actos jurídicos, sino que procura negocios, salvo el caso de que se trate de agente con representación.¹⁸

b. *Cooperar para la conclusión y cumplimiento de negocios con terceros.* Son ejemplo de estas obligaciones adicionales: la entrega de la mercancía al cliente, la recepción del precio o la labor de cobranza que hace el agente y que debe pactarse expresamente, el servicio de postventa, la recepción de reclamaciones de los clientes y otras.

c. *Seguir las instrucciones del principal.* Lo característico es que pocas veces se den instrucciones al agente, dejando a juicio de éste decidir como va a realizar sus actividades.

d. *Informar al Mandante.* El agente está obligado a proporcionar información sobre las condiciones del mercado en la zona asignada y cualquier otra información útil para valorar la conveniencia de los negocios del principal. Este deber de información debe cumplirse periódicamente durante la vigencia del contrato. Establece el modelo de contrato CCI: *El Agente mantendrá al Mandante informado sobre sus actividades, las condiciones del mercado y el estado de la competencia dentro del Territorio y deberá atender cualquier solicitud razonable de información del*

¹⁶ Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 7ª edición española, 1ª en Editorial Porrúa, México 1979, tomo II, pág. 120.

¹⁷ Berkovitz Alvarez, *El contrato de agencia*, parte de la obra *Contratos mercantiles*, Editorial Aranzadi, Navarra 2011, pág. 235.

¹⁸ Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina 1979, tomo VI, pág. 60.

Mandante (Artículo 9.1).

e. *Cumplir por sí mismo el contrato.* Para la celebración de contratos de subagencia requiere el agente de la autorización expresa del empresario. A esta obligación debe aplicarse, por analogía, la norma relativa del contrato comisión y del mandato, de no delegar o subcontratar sin autorización expresa del principal.

2. Del principal o Mandante.

a. *Informar al Agente sobre la aceptación o rechazo de los pedidos.* Establece el modelo de contrato CCI: *El Mandante informará al Agente, sin retraso injustificado, de la aceptación o rechazo de los pedidos transmitidos por éste último* (Artículo 4.1).

b. *Pagar la retribución o comisión en los términos pactados.* La cuantía a pagar debe ser acordada por las partes. El modelo de contrato CCI señala: *El Agente tendrá derecho a la comisión prevista en el Anexo X, sobre todas las ventas de Productos realizadas durante el periodo de vigencia de este contrato a los clientes establecidos en el Territorio* (Artículo 15.1). En este sentido, el contrato de agencia es de resultado, no de medio.

La comisión se calculará sobre el importe neto de las facturas, es decir, sobre el precio efectivo de venta (deducido cualquier descuento que no sea descuento por pronto pago) sin gastos adicionales (como empaquetado, transporte, seguro) y libre de cualquier tasa o impuesto (IVA incluido), siempre que dichos pagos adicionales, impuestos y tasas, se detallen por separado en la factura (Artículo 16.1).

El agente no tiene derecho al reembolso de los gastos de la agencia, pues es un comerciante independiente, salvo pacto de excepción. En este aspecto, el contrato de agencia se distingue del contrato de comisión.

c. *Auxiliar al Agente en el desarrollo de su actividad.* Esta amplia obligación comprende actos tales como suministrar al agente catálogos, listas de precios, descuentos, asistencia para el conocimiento del producto o de técnicas de venta, los servicios de postventa, proporcionar ayuda publicitaria y dar asesoría comercial en general.

Dice el modelo de contrato CCI: *El Mandante proporcionará al Agente toda la información escrita necesaria relacionada con los Productos (como lista de precios, catálogos, etc.) así como la información necesaria para que el Agente pueda cumplir con las obligaciones dimanantes de este contrato* (artículo 14.1).

d. *Derecho de las partes de revisar contabilidad.* El empresario o principal tiene la facultad de inspeccionar y conocer la contabilidad y administración del agente, con el objeto de comprobar que las comisiones que paga provienen de operaciones efectivamente concluidas y que éstas

se han calculado de acuerdo con la base y el porcentaje acordados. Este derecho tiene como limitación natural el no interferir en las operaciones del agente, ni en su administración. Igual derecho asiste al agente para inspeccionar la contabilidad del principal.

V] Terminación del contrato

Un aspecto importante del contrato de agencia que lo distingue del contrato de comisión, es el relativo a la terminación del contrato, especialmente por lo que hace a la denuncia unilateral del principal.

Las causas generales de terminación más importantes son:

a. Llegada del plazo. El contrato de agencia, que pretende una relación estable y permanente entre las partes, suele pactarse por *plazos largos* que pueden ser prorrogables.

El contrato puede ser por tiempo determinado o indeterminado. Si tiene plazo, la llegada del término extingue la relación contractual sin necesidad de preaviso y ninguno de los contratantes tiene derecho a ser indemnizado.

Si llegado el plazo las partes continúan ejecutando el contrato, es decir el agente promoviendo negocios y el empresario pagando las comisiones correspondientes, se considera *tácitamente* prorrogado el contrato y el contrato se convierte en un contrato de tiempo indeterminado.

El modelo de contrato CCI establece estas posibilidades: A) *El presente contrato se establece por periodo indefinido y entrará en vigor el [...].; y, B) El presente contrato entra en vigor el día [...] y terminará el día [...].* (artículo 18). En éste mismo artículo se establece que en el primer caso puede ser resuelto por cualquiera de las partes mediante notificación por escrito. En el segundo caso se señala que el contrato se renovará por períodos sucesivos de un año, a no ser que alguna de las partes lo resuelva mediante notificación.

b. La denuncia unilateral. *La denuncia del contrato por voluntad de cualquiera de las partes representa la forma más frecuente de extinción del contrato por tiempo indeterminado.*¹⁹

En principio, el principal no puede revocar libremente el contrato de agencia y darlo por terminado unilateralmente si no se pactó este medio de terminación del contrato. En la comisión y en el mandato se establece legislativamente, como causa de terminación expresa, la revocación del comitente o mandante; pero esta causa no se aplica de forma tan simple al contrato de agencia.

¹⁹ Llobregat Hurtado, *op. cit.*, pág. 233.

El permitir la revocación libre por parte del principal como solución peligrosa, porque puede dar lugar a arbitrarias revocaciones en perjuicio del agente, que habiendo cumplido fielmente sus obligaciones creando una organización de gran valor a disposición del empresario representado mediante cuantiosas inversiones, puede verse desposeído del fruto de su trabajo a consecuencia de la revocación libérrima, y por ende, posiblemente arbitraria de su mandante. Para el caso de que así ocurra, debe postularse una compensación económica en favor del agente y a cargo del empresario representado, si éste obtiene ventajas económicas del trabajo de aquél, si el agente sufre perjuicios y si el contrato de agencia se extingue por hecho no imputable al agente.²⁰

Si el contrato de agencia es por tiempo indeterminado, su terminación se debe hacer mediante un preaviso de una parte a la otra. Si no se consideró el preaviso, cualquiera de las partes puede darlo por terminado unilateralmente notificando con una "anticipación razonable" (señalan los principios de UNIDROIT en el art. 5.8), a la otra parte.

Las partes pueden establecer contractualmente las bases de indemnización para el caso de que una de ellas revoque o renuncie al contrato antes de la llegada del plazo establecido. En Derecho Mexicano, el fundamento al reclamo de indemnización puede ser la norma del mandato que indica que *la parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause* (art. 2596 del C.c.).

c. La renuncia del Agente. En algunos contratos de agencia suele pactarse que el agente puede *renunciar* en cualquier tiempo y dar por terminado el contrato, sin obligación de indemnizar al principal por esa renuncia que puede ser inesperada o inoportuna. La razón de este tipo de cláusula es que si el agente no desea seguir realizando una actividad de promoción de negocios para el empresario (obligación positiva), está renunciado tácitamente a la relación contractual. Sin embargo, es conveniente señalar algunos requisitos para esta renuncia del agente, por ejemplo, un plazo para el preaviso y las obligaciones post contractuales como la de rendición de cuentas.

d. La resolución por incumplimiento. La resolución o rescisión por incumplimiento grave de alguna de las partes está prevista en la ley (art. 1949 del C.c.), pero debe decidirla un juez (pacto comisorio tácito), a menos que las partes lo acuerden expresamente (pacto comisorio expreso), en cuyo caso, no es necesaria la intervención judicial.

Puede incluirse en el contrato alguna cláusula como la que se encuentra en el modelo de contrato CCI que dice: *Cualquiera de las partes podrá resolver este contrato con efectos inmediatos mediante notificación por escrito que garantice confirmación de recepción con fecha (carta*

²⁰ Broseta Pont, Manuel, *Manual de Derecho mercantil*, 7ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 1987, pág. 450.

certificada con acuse de recibo, mensajería especial, Telmex), en caso de incumplimiento grave por la otra parte de sus obligaciones contractuales o en caso de circunstancias excepcionales que justifiquen una resolución anticipada (artículo 20.1).

e. *La muerte o inhabilitación del Agente.* Como el contrato de agencia se produce por una relación de confianza, la muerte del agente es causa de terminación de la relación contractual. En cambio, *la muerte del empresario no es causa de extinción del contrato si subsiste la empresa a la que el agente presta sus servicios.*²¹ Si el agente es una persona moral, la transformación de la sociedad, el cambio de socios mayoritarios o el cambio de administradores no son causa de terminación, porque subsiste la personalidad moral. Para que la relación de agencia terminara por estas causas, tendrían que pactarse en el propio contrato.

f. *El concurso mercantil.* El concurso mercantil de cualquiera de las partes no es causa de terminación del contrato de agencia, salvo que lo determine el conciliador. La Ley de Concursos Mercantiles (LCM) así lo señala para los contratos de comisión y de mandato (art. 100).

g. *Otras causas convencionales.* La denuncia unilateral del contrato antes del vencimiento de ese plazo solo puede hallar fundamento en alguna causa justa.²²

Algunas de las más usuales son:

- i. La violación del pacto de exclusiva.
- ii. No cumplir con una cuota de ventas pactada.
- iii. La contratación de subagentes sin autorización del empresario.
- iv. La fusión de la sociedad, tanto del empresario como del agente, el cambio de socios o accionistas o de administradores.
- v. La huelga por un plazo importante, el embargo de la negociación o la intervención judicial a alguna de las partes.

Aún terminado el contrato, existen efectos que sobrepasan este momento o que se producen a raíz de la terminación del contrato. Por ejemplo: la rendición de cuentas, el pago de comisiones pendientes, la devolución de mercancías en poder del agente, la revocación de la representación, la obligación de guardar secreto o confidencialidad y la obligación de no competir durante cierto tiempo.

h. *Indemnización por causa de rescisión.* Las partes pueden pactar en el contrato una indemnización para el caso de que el principal rescinda

²¹ Garrigues, *op. cit.*, tomo II, págs. 121 y 122.

²² Sánchez Calero Fernando, *Instituciones de Derecho mercantil*, 15ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1991, pág. 464.

el contrato al agente antes del plazo pactado o sin una causa justa.

El modelo de contrato CCI sugiere como una cláusula tipo la siguiente:

El agente tendrá derecho a una indemnización en la medida en que:

- i. Haya aportado clientes al Mandante o haya aumentado significativamente el volumen de negocio con clientes existentes y el Mandante continúe recabando beneficios sustanciales en el trato con tales clientes; y,
- ii. El pago de esta indemnización sea justo teniendo en cuenta todas las circunstancias y, en particular, la comisión que el Agente pierde sobre las operaciones realizadas con tales clientes.

VI] El contrato de distribución. Concepto y características

Este contrato de reciente auge no tiene antecedentes claros anteriores al siglo XX. El fabricante o productor de bienes, utiliza a comerciantes independientes que compran sus productos para revenderlos en una plaza determinada y, como característica propia de éste contrato, bajo las condiciones de reventa que el mismo productor impone.

En el *Derecho Mexicano* no está regulado legislativamente el contrato de distribución. En el proyecto de Código de Comercio Mexicano de 1987 se le define como: *Por el contrato de distribución, un empresario mercantil se obliga adquirir de manera periódica, mercancías de un fabricante productor o importador, para revenderlas conforme las modalidades que se pacten* (art. 148).

La Cámara de Comercio Internacional ha preparado un modelo de contrato de distribución aplicable, sobre todo, a los convenios internacionales de distribución.

El contrato ha sido denominado de *distribución o de concesión mercantil*, a pesar de que *hay incertidumbre terminológica en la práctica que, para referirse al mismo fenómeno se sirve unas veces del término concesión y otras de los de representante, distribuidor e incluso agente.*²³

El *contrato de distribución* es aquel por el que el distribuidor (concesionario) se obliga a adquirir, comercializar y revender, a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante, productor o principal (concedente) en los términos y condiciones de reventa que éste señale. El empresario tendrá la facultad de imponer al distribuidor determinadas obligaciones sobre la organización del negocio para la comercialización y reventa de los productos. Eventualmente, y siempre que las partes lo acuerden, el contrato de distribución podrá contener el *pacto de exclusiva* limitado a cierto territorio y plazo.

²³ Iglesias Prada, José Luis, *Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil*, en *Estudios en homenaje a Rodrigo Uría*, Editorial Civitas, Madrid 1978, pág. 253.

La proposición de la Ley de Contratos de Distribución de España (2008) da esta definición: *Se entiende por contratos de distribución, y quedarán sometidos a la presente ley, aquellos contratos, cualquiera que sea su denominación, que tengan por objeto establecer las condiciones en las que una de las partes, denominada distribuidor, se obliga a adquirir de otra, denominada proveedor, bienes o servicios para comercializarlos de manera duradera y estable. Bajo esta denominación se comprenden, tanto los contratos celebrados por proveedores con mayoristas o minoristas, como los concertados por mayoristas con minoristas (art. 1º).*²⁴

Las características de este contrato son:

a. El distribuidor es un comerciante *independiente* y entidad distinta del empresario.

b. El distribuidor adquiere los productos del principal (fabricante o distribuidor mayorista) y los comercializa y *revende* por cuenta y en nombre propios.

c. Es un contrato mercantil, bilateral, oneroso, conmutativo, consensual, traslativo de dominio, de tracto sucesivo, de colaboración e *intuitu personae*.

d. El concedente *impone* al distribuidor los términos y condiciones para la comercialización y reventa de los productos.

e. El fabricante (o mayorista) tiene, generalmente, facultades para *marcar directrices* y supervisar la labor del distribuidor.

f. El contrato de distribución puede contener, como un elemento *accesorio*, el *pacto de exclusiva* en favor del distribuidor, del fabricante o de ambos.

VII] Obligaciones de las partes

1. Obligaciones del distribuidor

a. *Comercialización de los productos.* La obligación fundamental del concesionario -obligación positiva- es la comercialización de los productos, pero no es suficiente una comercialización cualquiera. La comercialización, en efecto, se encuentra cualitativa y cuantitativamente predeterminada en el contrato.²⁵

b. *Adquirir los productos.* La primera obligación del distribuidor es

²⁴Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales, *op. cit.*, pág. 280.

²⁵Iglesias Prada, *op. cit.*, pág. 262.

adquirir del fabricante o concedente los bienes o mercancías objeto del contrato, los cuales se obliga a comercializar. El contrato es traslativo de dominio y el distribuidor es *adquirente* y propietario de los productos que revende. *Hay fundamentalmente una obligación de transmisión de dominio.*²⁶

El modelo de la CCI establece: *El Distribuidor vende en su propio nombre y por su propia cuenta, en el Territorio, los productos que le provee el Proveedor* (Artículo 3.1).

El distribuidor se obliga, generalmente, a adquirir una cierta cantidad de productos, una *cuota*, durante un período de tiempo, la que puede variar durante la vigencia del contrato.

c. Pagar el precio. El distribuidor que adquiere los bienes tiene la obligación de pagar el precio al proveedor en el lugar y tiempo pactados en el contrato. A falta de pacto, suplen las normas del contrato de compraventa mercantil en primer lugar y después de la compraventa civil. Si no se señaló el *lugar de pago* éste es el de la entrega (art. 2294 del C.c.); y si se omitió el momento del pago, se entiende que debe hacerse contra la entrega de cada una de las prestaciones que recibe el distribuidor, es decir, *de contado* (arts. 380 del C. de c. y 2294 del C.c.). Si el pago no se hace a tiempo, se inicia la mora para el distribuidor, (arts. 85 del C. de c.) y estará obligado a pagar los intereses moratorios que señale el contrato (art. 380 del C. de c.). Si no se fijó la tasa de interés, entonces ésta será del 6% (art. 362 del C. de c.). Si el distribuidor es declarado en concurso mercantil antes de pagar el precio, el empresario puede pedir que se separen de la Masa las mercancías que no le han sido pagadas (art. 71 fracc. III de la LCM).

d. Respetar las condiciones de reventa. El distribuidor está sometido a una serie de condiciones de reventa fijadas en el contrato por el concedente. Esta es la obligación que caracteriza al contrato de distribución y lo distingue de otras figuras afines como el contrato de suministro. El fabricante o mayorista, *a través de una serie de imposiciones (en cuanto precio, forma de cobro, servicio de posventa, publicidad de marca, etc.) se asegura de que la distribución se hará en las condiciones que más prestigien a sus productos.*²⁷

Las *condiciones de reventa* más usuales son las siguientes:

i. Imposición del precio de reventa. Por lo general, el productor establece una lista de precios y luego señala descuentos a diversos tipos de clientes y, posiblemente, por diversas cantidades de compra.²⁸ La obligación de imposición de precio de reventa es *una obligación negativa*:

²⁶ Bauche Garciadiego, Mario, *La empresa*, Editorial Porrúa, México 1977, pág. 377.

²⁷ Broseta Pont, *op. cit.*, pág. 454.

²⁸ Kotler, *op. cit.*, pág. 467.

la de no vender aquella mercadería sino al precio que le impone el fabricante o, en su caso, el distribuidor.²⁹

ii. *Usar la marca en la forma pactada.* El distribuidor debe hacer uso de la marca en las mercancías o bienes objeto del contrato, en los términos que el fabricante le señale. Es común que los bienes objeto del contrato estén amparados por una marca. Esta es una obligación que puede llegar a ser muy amplia, pues el uso de una marca implica que el distribuidor no puede variar la marca, el nombre comercial o cualquier otro símbolo o imagen que la mercancía o el fabricante tienen en el mercado. Tales variaciones o modificaciones pueden afectar al fabricante y a otros distribuidores e intermediarios. Esta amplia obligación incluye la prohibición de que el distribuidor registre a su nombre marcas o nombres comerciales del fabricante. La violación a esta prohibición general sobre el uso estricto de las marcas es, generalmente, causa de terminación anticipada del contrato.

iii. *Otros compromisos.* En atención a lo que acuerden en cada caso particular las partes, el distribuidor puede quedar obligado a lo siguiente: seguir los sistemas de publicidad que le señale el fabricante,³⁰ contribuir a los gastos de propaganda de los productos,³¹ dar las garantías y servicio de posventa a los clientes de los productos, tener en depósito mercancías o un inventario mínimo de productos -o de refacciones o repuestos- para revender.³²

e. *Cumplir con las instrucciones sobre la organización del negocio.* Esta es una obligación distinta de la imposición de condiciones de reventa, pues no se relaciona directamente con las operaciones que realiza el distribuidor frente a los consumidores o terceros adquirentes.

Entre otras cosas incluye:

i. Aceptar los sistemas administrativos, contables y financieros establecidos por el concedente y se refuerza con frecuencia mediante la obligación de enviar información contable al concedente, al que puede reconocer incluso el derecho a una verificación más o menos amplia de la contabilidad y otros aspectos del negocio.³³

ii. Puede tener intervención, sobre todo, en la organización de las ventas, como aquellas que imponen el régimen de las instalaciones o áreas de venta, o la exhibición de los productos, la reparación y mantenimiento de los mismos, el establecimiento del servicio técnico de reparación de los

²⁹ Puente Muñoz, Teresa, *El contrato de concesión mercantil*, Editorial Montecorvo, Madrid 1976, pág. 185.

³⁰ Cfr. Iglesias Prada, *op. cit.*, pág. 262.

³¹ Cfr. Cervantes Ahumada, Raúl, *Derecho mercantil*, Editorial Herrero, México 1975, pág. 482.

³² Cfr. Puente Muñoz, *op. cit.*, págs. 195 a 198.

³³ Iglesias Prada *op. cit.*, págs. 262 y 263.

productos y servicios de posventa, la participación del concesionario en el régimen de publicidad de los bienes objeto de la concesión, el establecer un régimen de ayuda financiera del concedente al concesionario y otras más.³⁴

El modelo de la CCI señala: *El distribuidor debe establecer y mantener una adecuada organización para las ventas y, cuando sea apropiado, para los servicios de post-venta, con todo lo que significa y el personal que sea razonablemente necesario para asegurar el completo cumplimiento de sus obligaciones de este contrato para todos los productos y a través del territorio* (Artículo 5.1).

f. *Informar al empresario.* El distribuidor debe *informar* al empresario, periódicamente, el desarrollo de su actividad en lo referente a la comercialización de los productos en la forma pactada contractualmente.

g. *Respetar el pacto de exclusiva.* Cuando se pacta, el distribuidor debe respetar el *pacto de exclusiva*, no hacer competencia o adquirir productos iguales o con características similares a los que son materia del contrato. Esta prohibición incluye el no actuar como agente, representante o de alguna forma ser intermediario, no necesariamente con el carácter específico de distribuidor.

2. Obligaciones del fabricante, empresario o proveedor

a. *Entregar la mercancía.* Las obligaciones del fabricante se resumen en las que son propias de un suministrador o vendedor.³⁵ La obligación principal es *entregar* las mercancías al distribuidor y *transmitir la propiedad* de las mismas, a efecto de que el distribuidor pueda revenderlas. La entrega debe hacerse en las cantidades, calidades, plazo y lugar pactados. Una tesis de la Suprema Corte considera que: *[...]si se ha pactado la entrega de las mercancías en cantidad y plazo determinados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 375 y 376 del mismo ordenamiento el comprador no está obligado a recibirlas fuera de ellos; pero si aceptare entregas parciales, quedará consumada la venta en lo que a estas se refiere.*³⁶

³⁴ Cfr. Puente Muñoz *op. cit.*, págs. 196 a 200.

³⁵ Cfr. Iglesias Prada, *op. cit.* pág. 266. *Compraventa de distribución exclusiva, contrato mercantil de. Rescisión.* 3º Sala. Séptima época, Volumen Semestral 151-156. Cuarta parte, pág. 75.A.D. 7569/80.- Química Hoechst de México, S.A.- 25 de septiembre de 1981.- Mayoría de 3 votos.- Disidentes: Gloria León Orantes y Jorge Olivera Toro.

³⁶ *Compraventa de distribución exclusiva, contrato mercantil de. Rescisión.* Tercera Sala. Séptima Época, Volumen Semestral 151-156. Cuarta parte, pág. 75.A.D. 7569/80.- Química Hoechst de México, S.A.- 25 de septiembre de 1981.- Mayoría de 3 votos.- Disidentes: Gloria León Orantes y Jorge Olivera Toro.

b. *Garantizar las calidades de los productos.* El proveedor debe garantizar al distribuidor la *calidad y cantidad* de la mercancía objeto de la distribución. El distribuidor tiene las acciones propias por vicios ocultos que señala el C. de c. (art. 383) y completa el C.c. (arts. 2142 a 2149).

Por lo que hace a la responsabilidad frente a los terceros adquirentes, la Ley Federal de Protección al Consumidor (LPC), señala que los consumidores tendrán derecho a la reposición del producto, a la bonificación, compensación o devolución de la cantidad pagada por faltas de cantidad, calidad, marca o especificaciones ofrecidas. Este derecho lo puede ejercer el consumidor ante el distribuidor o ante el fabricante (arts. 92 y 93).

c. *Otras obligaciones del empresario.* Las obligaciones para el empresario que se pactan en un contrato de distribución pueden ser, entre otras: respetar los descuentos pactados; colaborar en campañas de publicidad que benefician a todos los distribuidores y al mismo empresario; proporcionar ayuda técnica, administrativa y de ventas para la comercialización de los productos.

d. En este contrato no hay comisión, premio u honorarios para el distribuidor, pues es un contrato diferente a la comisión o a la agencia. *El concesionario cifra su posibilidad de ganancia en el margen comercial que pueda quedarle entre el precio de compra al concedente y el de reventa a su clientela, margen que incluye un porcentaje de descuento en el precio que le hace el concedente, y no en la comisión o porcentaje que éste deba pagarle: se trata pues de un beneficio aleatorio.*³⁷

VIII] Terminación

a. La llegada del *término* es causa normal de conclusión del contrato de distribución, aunque existen ciertos efectos que se producen precisamente a raíz de la extinción. Por ejemplo, el derecho que -si se pacta- asiste al distribuidor para devolver la mercancía y que le sea pagada por el empresario al precio que el pagó.

Puede establecerse en el contrato que a la llegada del plazo el contrato se *prórroga* automáticamente por períodos anuales, salvo que alguna de las partes de un preaviso a la otra para dar por terminado el contrato. *Después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, si las partes continúan realizando las contraprestaciones el contrato se considera transformado en la modalidad de duración indefinida.*³⁸

b. El contrato puede ser por *plazo indeterminado*; es decir, que la relación entre las partes es indefinida en el tiempo.

³⁷ Vicent Chulía, *op. cit.*, tomo II, pág. 173.

³⁸ Calavia Molinero, José Manuel, *El contrato de distribución exclusiva*, parte de la obra *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, *op. cit.* pág. 82.

Esta hipótesis plantea dos casos:

- i. Que las partes estipulen expresamente un contrato de duración indeterminada.
- ii. Que *no se determine contractualmente la duración del contrato en cuyo caso ésta ha de considerarse ilimitada*.³⁹

Para el primer caso, las partes suelen estipular un *preaviso*, como medio para dar por terminado el contrato. El preaviso se hace, generalmente, por escrito y se notifica fehacientemente (por correo certificado con acuse de recibo, mediante notificación notarial) en el plazo previo razonable fijado en el contrato.

Si las partes no establecen el preaviso como medio de terminación y han sometido el contrato a los Principios de UNIDROIT, *cualquiera de las partes podrá dar por terminado un contrato de tiempo indefinido, comunicándose a la otra con una anticipación razonable* (art. 5.8).

En el caso de que el contrato no contenga plazo de terminación ni establezca el preaviso, la terminación puede producirse por denuncia unilateral de alguna de las partes.

c. No resulta aplicable la *denuncia unilateral* y no es supletoria al contrato de distribución el derecho que la ley otorga al comitente (art. 307 del C. de c.) de revocar la comisión al comisionista. El contrato de distribución tiene otros supuestos y no participa plenamente de las características de la comisión.

- i. Las partes pueden concederse mutuamente esta facultad de denunciar el contrato, o establecerla sólo como facultad de una de ellas.
- ii. Pueden también pactarse justos motivos -causas justas- para la denuncia unilateral del contrato.⁴⁰

Si la ruptura del contrato es consecuencia del ejercicio abusivo del derecho de denuncia, de una denuncia improcedente, el concesionario tiene derecho a ser indemnizado.⁴¹

d. El contrato de concesión basado en la confianza del concedente en el concesionario es *intuitu personae*. En principio, la muerte o inhabilitación del distribuidor es causa de terminación de la relación, pero el contrato no se extingue con la muerte o inhabilitación del fabricante o empresario.

³⁹ Iglesias Prada, *op. cit.*, pág. 268.

⁴⁰ Cfr. Iglesias Prada, *op. cit.*, pág. 268.

⁴¹ Cfr. Puente Muñoz, *op. cit.*, pág. 178.

e. Las partes suelen incluir diversas causas de terminación anticipada que se refieren a *incumplimientos sustanciales* de la relación contractual. Las más usuales son:

- i. Que el distribuidor no adquiriera la cuota mínima de las mercancías que debe comercializar.
- ii. El retraso en los pagos del precio de las mercancías.
- iii. La no recepción de los productos por parte del distribuidor.
- iv. No cumplir periódicamente con las condiciones de reventa.
- v. La violación al pacto de exclusiva.
- vi. Contratar subdistribuidores sin la autorización del empresario.
- vii. El concurso mercantil de alguna de las partes.
- viii. La huelga por un período importante.
- ix. El embargo de activos "sustanciales" de la empresa o la intervención judicial.
- x. En ciertos contratos puede establecerse como causas de extinción el cambio de accionistas de la sociedad distribuidora o del fabricante, el cambio de administración, la fusión o la escisión de la sociedad.

Un problema de relevancia es el determinar como se indemnizan los daños y perjuicios a un distribuidor por un incumplimiento del empresario o por una terminación anticipada sin causa justificada. Un criterio muy general que puede plantearse es con base en los años de duración del contrato, lo que falta para la llegada de terminación y las ventas y margen de utilidades que durante la vigencia ha obtenido el distribuidor. Esta solución tan general no puede aplicarse fácilmente a contratos por tiempo indeterminado.

La indemnización o compensación al distribuidor es por clientela, inversiones no amortizadas y productos que conserva en su poder a la terminación del contrato.

*La indemnización por clientela es, sin duda, la más relevante de las indemnizaciones que pueden reclamarse en caso de extinción de los contratos de distribución, porque, desde la perspectiva económica, es la que justifica la reclamación de importes más elevados y, desde la perspectiva jurídica, la que plantea los interrogantes más complejos.*⁴²

*Se trata más bien de una compensación, de una retribución, motivada por la generación de un activo, de un fondo de comercio, en definitiva de una clientela, a cuya generación han contribuido las dos partes, tanto el fabricante con su marca, como el distribuidor con su labor de comercialización. Finalizada la relación, solo una de las partes, el fabricante, va a poder apropiarse de los beneficios que tal activo común genera.*⁴³

El modelo de la CCI establece, entre otras, ésta fórmula: *En caso*

⁴² Vázquez Albert, *op. cit.* pág. 174.

⁴³ Vázquez Albert, *op. cit.* pág. 175.

de terminación del contrato por el Proveedor por razones distintas al incumplimiento del Distribuidor, este último tendrá derecho a ser indemnizado igual al 50% de la ganancia bruta anual por los clientes que consiguió el Distribuidor o de clientes en los que el Distribuidor haya incrementado significativamente el volumen de negocio, calculado sobre el promedio de los últimos cinco años (o, si el contrato tiene menos de cinco años, en el promedio de duración) (Anexo XI).

El arbitraje comercial

CECILIA AZAR MANZUR¹

SUMARIO: I. *Introducción: El Conflicto y sus mecanismos de solución.* II. *Concepto y elementos.* III. *Fuentes del Derecho Arbitral.* IV. *El Tribunal Arbitral.* V. *El Procedimiento Arbitral.*

Resumen. El crecimiento de las relaciones comerciales internacionales a partir de la segunda mitad del siglo XX y la globalización de los mercados representan razones de peso para el desarrollo de mecanismos alternativos de solución de controversias como lo son la mediación y el arbitraje, cuyos beneficios incluyen, entre otros, la neutralidad, la flexibilidad, el reconocimiento en el extranjero y la especialización. En este sentido se presenta un panorama general del arbitraje comercial y de su desarrollo en México, revisando sus elementos esenciales, sus fuentes y sus modalidades. Además, se exponen los temas relativos al procedimiento arbitral y al laudo.

Palabras clave: Arbitraje comercial, solución de controversias, mediación, laudo arbitral.

Abstract. *The growth of international trade relations from the second half of the twentieth century and the globalization of markets, represent reasons for the development of alternative dispute resolution mechanisms such as mediation and arbitration, whose benefits include, among others, neutrality, flexibility, recognition abroad and specialization. In this regard, this article presents an overview of commercial arbitration and its development in Mexico, reviewing its essential elements, sources and modalities. Also the arbitration procedure and award.*

Keywords: Commercial arbitration, dispute, resolution mechanisms, negotiation, mediation, arbitral award.

I] Introducción: el conflicto y sus mecanismos de solución

La solución de controversias es un tema que ha ocupado al derecho y a otras disciplinas encargadas de estudiar el comportamiento humano. El desarrollo del hombre supone también una evolución de los sistemas de convivencia social dentro de los que se han creado

¹ Profesora de la materia Arbitraje y Resolución Alternativa de Controversias en la UNAM, ITAM y el CIDE. Ex-Secretario General y Consejero del Centro de Arbitraje de México (CAM).

mecanismos para la solución de conflictos. Así, hemos pasado, desde la justicia privada o autotutela hasta el proceso jurisdiccional, calificado por Fernando Flores García como la *fórmula mejor y más utilizada* de resolución de conflictos². En un sistema donde impera el estado de derecho, el juicio ante tribunales estatales surge como solución a la prohibición constitucional de la justicia por propia mano. Así, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala en su artículo 17 que: *Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. [...]*.

Esta disposición prohíbe a todo gobernado hacer uso de la fuerza para resolver un conflicto. A dicha prohibición, naturalmente, procede una alternativa que se traduce en una garantía individual. La Constitución, al impedir que los particulares se hagan justicia por su propia mano, ofrece una vía para someter las controversias a la solución de un órgano supremo conformado por el Estado: el Poder Judicial. Por ello, el segundo párrafo del mismo precepto constitucional complementa:

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

La garantía reflejada en estos párrafos del precepto constitucional comentado significa que cuando los particulares decidan ejercer el derecho de acción que la ley les concede, los tribunales del estado deberán impartir justicia de la manera que la propia ley establece. Es decir, los tribunales resuelven un conflicto únicamente cuando el particular así lo solicita, y en ese caso, deben hacerlo de manera gratuita, pronta y expedita.

Consecuentemente, la disposición constitucional no significa que la vía judicial sea la única opción para resolver conflictos; el artículo 17 constitucional, como todos los correspondientes a las garantías individuales, representa un derecho del gobernado frente a la autoridad, no una obligación. Si los particulares acuden al proceso jurisdiccional, éste deberá desarrollarse con base en los principios y frente a las autoridades señalados por la Constitución y las leyes secundarias. De ahí la creación del Derecho Procesal y de la Teoría General del Proceso.

² FLORES GARCIA, Fernando, *Arbitraje, Conciliación, Amigable Composición* en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XL #201-202, México 1995.

Sin embargo, el gobernado tiene otras alternativas para la solución de sus conflictos, como son: negociar, mediar o someter a un arbitraje la cuestión. Cada una de estas alternativas con resultados legales como son la celebración de un convenio o transacción o el dictado de un laudo. Incluso, debemos mencionar que a mediados de 2008, se llevó a cabo una reforma importante al artículo 17 constitucional en la cual se añadió la siguiente frase: *Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.*

No podemos negar que el crecimiento de las relaciones comerciales internacionales a partir de la segunda mitad del siglo XX y la globalización de los mercados representan razones de peso para el desarrollo de estos sistemas alternativos. En ellas, la mediación y el arbitraje encuentran un campo fértil de aplicación ya que ambos ofrecen el beneficio de la neutralidad, la flexibilidad, el reconocimiento extranjero y la especialización. Sin embargo, en las últimas décadas, los mecanismos alternativos han ganado un lugar importante también en el arreglo de conflictos de carácter nacional ya que aumentan las posibilidades de arreglo y la preservación de las relaciones. Así hemos visto consolidarse procesos como la negociación, la mediación y el arbitraje³. Más interesante resulta cuando observamos al Estado mismo sometiéndose a estos sistemas con todos los retos y transformaciones que ello implica.

Es importante revisar la pluralidad de términos que el fortalecimiento de estos mecanismos ha generado en México y que en diversos escenarios legislativos y prácticos se traducen con gran confusión.

1. *Autocomposición y heterocomposición.* En regímenes jurídicos de tradición civilista, una clasificación de naturaleza procesal señala que hay vías autocompositivas y vías heterocompositivas de resolución de conflictos.

Las primeras suponen que la solución del conflicto está a cargo de las partes involucradas en él. La autocomposición, afirma Carnelutti, *es la composición del litigio que efectúan las partes*⁴, unilateral o bilateralmente, y que pueden surgir durante el desarrollo de un juicio o fuera de él. La mediación y la conciliación son entonces caminos bilaterales que idealmente desembocan en alguna de estas figuras. Esto es, un proceso de mediación o conciliación no sólo tiene como resultado la redacción de un acuerdo transaccional sino que puede también

³ En Estados Unidos, se han desarrollado un número mayor de figuras alternativas que hace más complejo el panorama: podemos mencionar por ejemplo el oyente neutral, evaluación neutral, renta de un juez, mini-juicio, entre otros.

⁴ GOMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, Harla, Octava Edición, México 1990, p. 26.

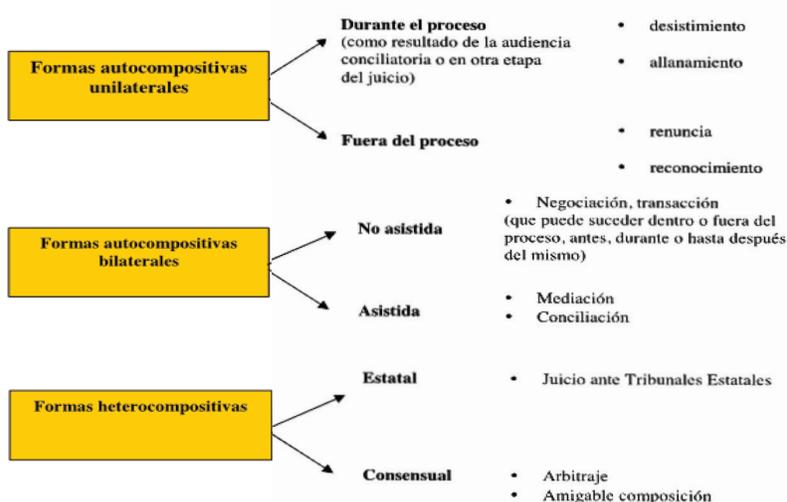
generar un desistimiento (dentro del proceso), una renuncia (fuera del proceso) o bien un allanamiento (dentro del proceso) o un reconocimiento (fuera del proceso). La intervención del mediador o del conciliador no modifica la naturaleza autocompositiva de estas figuras ya que los terceros no tienen facultad de imponer una decisión; su función se limita a ayudar a las partes en su esfuerzo.

Ante la imposibilidad de llegar al arreglo del problema por sí mismas, las partes pueden acudir a la intervención imparcial y vinculadora de un tercero que puede ser el juez o un árbitro. Es decir, la heterocomposición se caracteriza por el sometimiento de las partes a la decisión de un tercero ajeno a ellas que pone fin a la controversia. La heterocomposición consiste pues en la intervención de un tercero al cual se somete una controversia que impone una solución después de un proceso donde las partes han podido exponer sus pretensiones y hacer valer sus derechos.

Cabe mencionar que existen opiniones distintas con relación a esta clasificación; se trata de consideraciones que califican de formas heterocompositivas a la mediación y a la conciliación por la mera presencia del tercero, es decir, quien sostiene esta postura argumenta que la sola intervención del tercero determina el carácter heterocompositivo del mecanismo en cuestión no la naturaleza de su intervención.

La mediación y la conciliación suponen, sí, la intervención de un tercero, pero que únicamente facilita el diálogo, la comunicación y el entendimiento entre las partes. Existen diversas tendencias en torno al papel activo o pasivo del mediador o conciliador, sin embargo, lo cierto es que en ninguno de estos casos se impone una solución. A pesar de la presencia del tercero neutral, las partes siguen conservando el control en la resolución del asunto. Por ello, desde nuestro punto de vista, la mediación y la conciliación son mecanismos autocompositivos.

La siguiente tabla resume nuestra postura respecto a la clasificación de mecanismos de solución de conflictos:



En caso de éxito, ambas dan lugar a un acuerdo transaccional o convenio judicial

2. *Los equivalentes jurisdiccionales.* El origen de la expresión *equivalentes jurisdiccionales* o *equivalentes procesales* se atribuye al procesalista Francesco Carnelutti y abarca un número mayor de figuras relacionadas con la solución de conflictos tales como el proceso extranjero, el proceso eclesiástico, el reconocimiento de un laudo en países distintos a aquél donde fue dictado, la transacción, la renuncia, la composición procesal, los compromisos entre otros⁵. Algunos autores como Alcalá Zamora difieren de esta amplia clasificación argumentando que los dos primeros no son equivalentes jurisdiccionales sino jurisdicciones de otro nivel o estado y que los procesos autocompositivos más que ser llamados equivalentes de la jurisdicción deben ser considerados "excluyentes" de la misma⁶. Sin embargo, los autores que tratan este tema coinciden en decir que la característica esencial de lo que podemos llamar *equivalentes jurisdiccionales* es justamente que no hay ejercicio de la actividad jurisdiccional que, según nuestra Constitución, es propia de los órganos del Estado Mexicano e indelegable.

3. *Los mecanismos alternativos de solución de controversias.* Las expresiones MASC (mecanismos alternativos de solución de controversias), SAC (Solución Alternativa de Controversias), RAC (Resolución Alternativa de Controversias) o Justicia Alternativa son traducciones o adaptaciones del término utilizado sobre todo en los Estados Unidos de América ADR o *Alternative Dispute Resolution*. Esta corriente calificó de *alternativo* todo medio permitido por la ley distinto al juicio ante Tribunales Judiciales, es decir, son medios alternativos al proceso jurisdiccional. Esta expresión engloba tanto sistemas autocompositivos como heterocompositivos, siempre y cuando sean distintos al garantizado por el Poder Judicial. Una característica adicional de las figuras que conforman la solución alternativa de controversias es que requieren de la expresión de la voluntad de todas las partes involucradas; son consensuales, su fundamento descansa en la autonomía de la voluntad.

Desde la perspectiva que plantea esta corriente, considero que es recomendable evitar en la medida de lo posible el uso de terminología propia del Poder Judicial. Así, los asuntos se desahogan en procesos y no en juicios; se resuelven conflictos no se imparte justicia; se trata de sistemas de solución de controversias no del ejercicio de una actividad jurisdiccional, etc.⁷

⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Procesale Civile*, Antonio Milani Padova, Cedam-casa Editrice Dott. T.I p. 40

⁶ GOMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, Harla, Octava Edición, México 1990, p. 16.

⁷ En este tenor, me parece inadecuado (aunque es cada vez más frecuente) el uso de la

Entre estas vías alternas podemos distinguir tres clases:

- Mecanismos bilaterales, en los que sólo las partes o sus representantes buscan resolver el conflicto (v.gr. negociación);
- Mecanismos trilaterales, en los que el tercero facilita la comunicación entre las partes, pero ellas son las que toman la decisión acerca de su conflicto (v.gr. mediación y conciliación); y
- Mecanismos trilaterales vinculatorios, en los que el tercero impone la solución, de manera similar al juez, pero con ciertas limitantes en su ejecución (v.gr. arbitraje y amigable composición).

4. *Conceptos.* De lo comentado hasta ahora, se desprenden los siguientes conceptos:

a. *Negociación.* La negociación es un sistema utilizado por las partes de una controversia y/o en ocasiones por sus representantes legales para solucionar conflictos presentes y evitar futuros. Es un medio autocompositivo bilateral no asistido; es decir no implica la intervención de ningún tercero neutral.

b. *Mediación y conciliación.* En la mediación y en la conciliación, las partes son asistidas por un tercero que facilita la comunicación entre ellas y las apoya en la construcción de un arreglo. Existe numerosa doctrina con relación a ambas figuras y grandes discursos en torno a la diferencia entre una y la otra.⁸

Por ejemplo, una tendencia muy fuerte es considerar que la labor

expresión *Justicia Alternativa* como referencia a los sistemas distintos al jurisdiccional que hoy algunos Poderes Judiciales locales de la República Mexicana están difundiendo con gran entusiasmo. Reconozco que puede generar una mayor y más fácil recepción del movimiento por la sociedad, pero a la larga puede generar grandes confusiones y discusiones dogmáticas. Justicia hay una sola, y su ejercicio no es una facultad delegable por el Estado. La actividad jurisdiccional es propia del Estado y la práctica de los mediadores, los árbitros y los conciliadores generalmente es una actividad profesional de carácter privado con todas las características de una prestación de servicios profesionales.

⁸ Para mayor detalle acerca del uso de la terminología *conciliación y mediación* ver: DUPUIS, J. C., *Mediación y Conciliación*, Edit. Abeledo-Perrot, Argentina 1997; ESTAVILLO CASTRO, F, *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, Jurídica Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana, no. 26, México, 1996; MARTÍNEZ DE MURGUÍA, B. *Mediación y Resolución de Conflictos*, Edit. Piados, 1999; *Diccionario Jurídico Mexicano*, UNAM, México 1994; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Valadez, C. *México ante el Arbitraje Comercial Internacional*, Edit. Porrúa 1999; Calcaterra, R. *Mediación Estratégica*, Edit. Gedisa, Barcelona, 2002; GOMEZ LARA, C. *Derecho Procesal Civil*, Edit. Harla, México 1991.

del mediador es sólo facilitar la comunicación entre las partes, hacer que lo que hasta entonces no era posible lo sea, esto es, dialogar. El mediador permite que las partes encuentren un punto de comunicación, las asiste escuchándolas, rephraseando sus planteamientos, validando la expresión de sentimientos y ayudándolas a llegar a un acuerdo. Esta tendencia prohíbe rotundamente al mediador proponer soluciones que él considere aplicables o dar puntos de vista personales de cómo alcanzar el arreglo. Para ello, existe el conciliador, opinan quienes defienden esta postura. El conciliador sí puede asumir un papel más activo y hacer propuestas concretas a las partes.

Aunque existen estilos distintos de diferenciar estas dos figuras, la tendencia comentada en el párrafo anterior es la más comúnmente aceptada. Más que centrar la distinción en la labor del tercero, considero que la diferencia corresponde a los siguientes criterios:

Tradición jurídica: Conciliación es un término más cercano a la tradición civilista. En regímenes jurídicos civilistas, comúnmente se habla de *conciliación*, como un sistema para avenir a las partes de un conflicto. Así, nuestras leyes sustantivas y procesales, tradicionalmente se han referido a audiencias conciliatorias, a juntas de avenencia, no a mediaciones. La mediación había sido hasta ahora, según el Código Comercio (artículo 75, fracción XIII), un acto de comercio en el que una parte realiza labores de intermediación mercantil, en ningún momento encaminadas a avenir ni resolver conflictos. *Mediación*, como sistema de solución de conflictos, es un término más utilizado en países de derecho anglosajón y particularmente en Estados Unidos; su desarrollo ha sido tanto a nivel privado como público (programas multi-puertas en tribunales judiciales) y su difusión ha rebasado las fronteras norteamericanas, por ello en las últimas décadas hemos escuchado más frecuentemente el uso de este término.

Foro de utilización: con el fortalecimiento en México de la mediación en el contexto privado y más recientemente en los programas anexos a tribunales (leyes de justicia alternativa), nos encontramos frente a la interacción de ambos términos. Constantemente hablamos o escuchamos hablar de conciliación y de mediación en diferentes escenarios, privados y públicos, ambos como caminos de solución de controversias que implican la asistencia de un tercero. Aparentemente la tendencia es a identificar a la conciliación como una etapa del juicio o de un procedimiento administrativo encaminada a intentar avenir a las partes que se lleva a cabo ante el juez o ante un funcionario de la comisión administrativa en cuestión, mientras que la mediación comienza a ser identificada como un procedimiento independiente que por lo general se inicia ante un mediador privado o ante uno asignado o reconocido por el tribunal si se trata de un programa anexo al Poder Judicial.

La Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la UNCITRAL (siglas en inglés de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional): En junio de 2002, durante su 35ta sesión en la ciudad de Nueva York, la Comisión aprobó el texto final de esta Ley Modelo la cual aporta claras ideas respecto a los dos términos comentados en este apartado.

Desde 1980, UNCITRAL contaba con un Reglamento de Conciliación. Los reglamentos, a diferencia de las leyes modelo, son generalmente referidos en los contratos privados como conjunto de reglas procesales que determinarán de qué manera se conducirá un procedimiento de conciliación o de arbitraje. En estos casos, UNCITRAL no actúa como centro administrador del proceso pero puede ser nombrada como autoridad encargada de designar al conciliador o al árbitro.

Frente a la importancia que las instancias de solución amigable de conflictos han adquirido, UNCITRAL consideró necesario proveer a la comunidad internacional de un documento que fungiera como modelo para legislar en materia de conciliación. El grupo de trabajo encargado de esta labor, consiente de la discusión en torno a la conveniencia o inconveniencia de regular esta materia, decidió construir un cuerpo normativo breve, conciso y general que no incluyera disposiciones rígidas sobre el procedimiento de conciliación sino principios fundamentales encaminados a resguardar los derechos de las partes y la flexibilidad del mecanismo utilizado.

Desde nuestro punto de vista, una de las aportaciones más importante de este modelo de ley fue proponer la uniformidad de los términos que se emplean en el mundo para designar este tipo de mecanismo de solución de conflictos. El tercer párrafo del artículo 1 de la Ley señala:

A los efectos de la presente Ley, se entenderá por conciliación todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (el conciliador), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.

Consecuentemente, la Ley establece como características principales de este mecanismo, por una parte, la asistencia del tercero a las partes en su intento por llegar a un arreglo amistoso y por la otra, la imposibilidad de imponer una solución. Sin duda recomendamos optar por la uniformidad que la Ley propone de todos los términos que se utilizan con relación a este mecanismo autocompositivo.

c. *Arbitraje y amigable composición.* Finalmente, los mecanismos alternativos trilaterales en los que el tercero tiene poder de vincular a las

partes con una decisión definitiva son el arbitraje y la amigable composición. Se trata de un procedimiento de solución de conflictos en los que las partes, por medio de un acuerdo de voluntades, expresan su deseo de someter una controversia presente, u otras que puedan surgir, a la decisión de un tercero llamado árbitro. Este no tiene la tarea de avenir a las partes, ni de proponer soluciones; al igual que un juez, debe valorar el caso, conocer los hechos y argumentos y decidir el fondo del asunto emitiendo un laudo definitivo. Todo ello en estricto apego a los acuerdos de las partes relacionados con el procedimiento y a lo dispuesto por las normas imperativas arbitrales del lugar del arbitraje. La diferencia entre el árbitro y el amigable componedor estriba en que el primero decide la controversia conforme a disposiciones jurídicas determinadas por las partes (Derecho mexicano, Derecho neoyorquino, leyes aplicables en Francia, lo dispuesto en determinada convención internacional, etc...) mientras que el segundo tiene la facultad conferida expresamente por las partes de desprenderse de las leyes y decidir conforme a equidad y principios de buena fe. El resultado de un arbitraje de derecho y el resultado de una amigable composición tienen el mismo efecto jurídico: es un laudo definitivo con fuerza vinculatoria para las partes. A pesar de su expresión, el amigable componedor no tiene la función de avenir a las partes; su tarea es decidir e imponer una solución según su criterio de equidad y buena fe. Tampoco debemos pensar que la amigable composición es un arbitraje menos formal desde el punto de vista procesal⁹; las reglas aplicables en un arbitraje de derecho y en una amigable composición pueden ser las mismas, lo único que cambia es el fundamento que el árbitro tendrá para decidir la controversia: en el primero leyes sustantivas, en el segundo criterios de equidad.

En la primera parte de este trabajo, presentaré un panorama general del arbitraje comercial y de su desarrollo en México, revisando sus elementos esenciales (tribunal arbitral, partes, procedimiento, laudo), sus fuentes y sus modalidades. Más adelante, se expondrán temas relativos al procedimiento arbitral y a laudo.

II] Concepto y elementos

1. *Naturaleza jurídica.* De los mecanismos comentados, el arbitraje es el medio que ha dado lugar a un mayor número de corrientes en torno a su naturaleza jurídica. Su estudio ha transcurrido desde el extremo de considerarlo un proceso de carácter jurisdiccional debido a la similitud que existe entre la actividad del árbitro y la del juez, hasta el

⁹ Como equivocadamente se maneja en leyes como la Ley de Protección al Consumidor, cuyo artículo 119 establece: *En la amigable composición se fijarán las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje y el árbitro tendrá libertad para resolver en conciencia y a buena fe guardada, sin sujeción a reglas legales, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento. El árbitro tendrá la facultad de allegarse todos los elementos que juzgue necesarios para resolver las cuestiones que se le hayan planteado. No habrá términos ni incidentes.*

extremo opuesto de calificarlo como un contrato.

a. *Corriente jurisdiccionalista*. Si consideramos que Carnelutti introdujo el tema de los equivalentes jurisdiccionales y entre ellos incluyó al arbitraje, podemos afirmar que él fue uno de los precursores de esta postura. Tito Carnacci por su parte sigue esta idea al definir al arbitraje como *instituto en que se concede al particular, (...), que contribuya con su obra al ejercicio de aquella función que, en atención al fin que persigue y al resultado a que lleva, no puede menos de llamarse jurisdiccional*¹⁰. Los autores que defienden esta postura comentan que en el arbitraje la facultad del Estado es delegada a los árbitros quienes actúan como *sustitutos* del juez por virtud de la facultad que la ley, al regular el arbitraje, les concede. Otros autores, como Umberto Rocco, igualmente consideran que *las partes no confieren a los árbitros un poder jurisdiccional que ellas mismas no tienen y que, por lo tanto, no podrían en ningún caso transmitir a otros*.¹¹

Desde este punto de vista, la voluntad de las partes representa únicamente el medio para el nombramiento del tercero que actuará como árbitro pero no el fundamento del arbitraje. Si bastara con el nombramiento de las partes, opinan estos autores, los terceros sólo podrían actuar como mediadores; es la autorización legal la que les permite fungir como árbitros y por lo tanto dictar una resolución con fuerza similar a la de la sentencia.¹²

b. *Corriente contractualista*. En oposición a la corriente anterior, autores, como José Chiovenda¹³, defienden el papel de la expresión de la voluntad de las partes como piedra angular y fundamental del arbitraje. Sin voluntad de las partes involucradas no hay arbitraje. La facultad del árbitro emana de la voluntad de las partes; él actúa con fundamento en el acuerdo de los contratantes manifestados a través de una cláusula o en un compromiso arbitral. La emisión de su laudo es también un acto de carácter privado.

Aquí, el árbitro no realiza una actividad jurisdiccional, si entendemos ésta como el conjunto de las facultades de conocer del caso (*notio*), de juzgar el asunto (*juditio*) y de hacer cumplir una determinada decisión al respecto (*imperium*). Claramente el árbitro carece de la última, el árbitro no cuenta con el poder para ejecutar sus decisiones como lo hace el juez. Su decisión es final en cuanto a su fondo y tiene

¹⁰ FLORES GARCIA, Fernando. CARNACCI, Tito. *Arbitraje* Traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, EJE 1961 p. 34.

¹¹ FLORES GARCIA, Fernando. ROCCO, Humberto. *Derecho Procesal Civil*, Traducción de Felipe de J. Tena, México, Porrúa 1944, p. 83.

¹² Como representantes mexicanos de la posición jurisdiccionalista podemos mencionar a Niceto Alacalá Zamora, Rafael de Pina, Eduardo Pallares, Toral Moreno entre otros.

¹³ CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil* Traducción de José Casais Santaló, Cárdenas editor y distribuidor, México 1980 T.I

coercitividad en potencia, es por ello necesaria la intervención judicial, a falta de cumplimiento voluntario de las partes, para ordenar su ejecución.

Couture, por ejemplo, explica que el *arbitraje es una forma jurídica de contener la acción directa de las partes y el ejercicio de sus poderes de coacción propia, declinándolas en órganos de decisión presumiblemente idóneas para resolver el conflicto en vista de la justicia de las respectivas pretensiones*.¹⁴

El árbitro no es, según esta corriente, un funcionario del Estado, no tiene jurisdicción ni propia ni delegada, sus facultades derivan de la voluntad de las partes que sí, en efecto, debe estar expresada según lo dispuesto en la ley. El papel de la ley aquí no es como fuente que fundamenta el arbitraje sino como marco jurídico dentro del cual la voluntad de las partes y la actuación del árbitro deben circunscribirse.

Esto significa que el arbitraje es un procedimiento de solución de controversias de carácter privado contemplado en la ley. Es decir, en el arbitraje hay libertad más no libertinaje. Las partes pueden acordarlo, diseñarlo, modificarlo en cierto momento, pero siempre con sujeción a lo dispuesto por la propia ley y dentro de sus límites. Por ello, el laudo únicamente afecta a las partes involucradas, no a terceros, no crea precedentes obligatorios, porque sólo ellas han manifestado su deseo de someter determinadas controversias a dicho mecanismo.

c. *Comentario*. Claro es que de estas posturas han surgido otras de naturaleza ecléctica que reconocen tanto el origen contractual del arbitraje como la similitud que guarda con un juicio tradicional. No negamos, como señala el Ministro Carlos de Silva Nava, que si bien el arbitraje surge de un acuerdo de voluntades, *su naturaleza no puede limitarse a un contrato ya que no se agota con el pacto en sí ni se perfecciona en un momento determinado, si no que supone un procedimiento, a pesar de su origen estrictamente consensual*¹⁵. En efecto, sus efectos rebasan los de un contrato y eso es precisamente lo que genera mayor discusión.

Sin embargo, consideramos que la polémica de la naturaleza jurídica del arbitraje debe hacerse a la luz no sólo de reflexiones doctrinales sino de criterios legales y jurisprudenciales. La legislación vigente en México en materia de arbitraje es una copia muy afortunada de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL contenida en el Título IV del Libro Quinto del Código de Comercio, aplicable tanto a arbitrajes nacionales como a internacionales, siempre y cuando se conduzcan en territorio nacional. La tendencia de esta legislación es privatista, digamos de corte más bien contractualista,

¹⁴ COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil* Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1989 T. III.

¹⁵ DE SILVA, Carlos *El Arbitraje: Consideraciones Constitucionales*, transcripción de conferencia impartida en el Seminario de Arbitraje Comercial ITAM/CAM 1998, Biblioteca privada del Centro de Arbitraje de México (CAM).

si queremos verlo en términos de la discusión doctrinal comentada anteriormente. El arbitraje en México se ejerce hoy como un alcance de la autonomía de la voluntad de las partes no como un equivalente jurisdiccional y por ello, en gran medida, ayudó a superar la polémica en torno a su constitucionalidad que en años pasados surgió.

La posición contractualista resuelve y evita muchas interrogantes que surgen cuando se habla de la constitucionalidad del arbitraje y sobre todo, nos permite ubicarnos en una plataforma uniforme y adaptada a la tendencia internacional¹⁶. En la medida en que asemejemos más al arbitraje a un acto de particulares, esas preguntas se verán disipadas. Un contrato, como acto de carácter privado, no tiene por qué analizarse con lupa constitucional, no es materia de regulación por la constitución, excepto en lo que se refiere a su ejecución ante la autoridad judicial o a su normatividad en las leyes secundarias. Una ley que regula determinado contrato o su ejecución pueden ser inconstitucionales pero no el contrato *per se*. La prohibición del artículo 17 constitucional citada anteriormente prohíbe la autotutela, mas no los convenios, mediaciones, conciliaciones o cualquier otro medio tendiente a resolver conflictos.

2. *Características*. El arbitraje es entonces un mecanismo heterocompositivo de solución de controversias, que únicamente procede por acuerdo de las partes y por el cual uno o más especialistas designados por ellas resuelven un conflicto de manera definitiva, aplicando reglas *ad hoc*, o haciendo referencia a un reglamento redactado por una institución.

En el arbitraje, uno o más terceros denominados árbitros y facultados por las propias partes, resuelven de manera obligatoria y definitiva una controversia con sujeción al marco legal aplicable. Los árbitros pueden resolver.

La figura del arbitraje se ha distinguido por contar con características que muchos exponen como *ventajas del arbitraje* pero que lo son únicamente si su uso es adecuado:

a. *Flexibilidad del proceso*. El procedimiento arbitral, ya sea el diseñado directamente por las partes o el redactado por una institución presupone ser flexible, es decir, que mientras exista acuerdo de todas las

¹⁶ En estos comentarios únicamente nos referimos al arbitraje comercial entre particulares. El análisis de este tema en relación a paneles binacionales y arbitrajes o procedimientos alternativos de carácter administrativo adquieren un tenor distinto. Sobre este tema ver: El arbitraje como Medio de Controversias en materia de Inversiones en el TLC de Víctor Carlos García Moreno, Mecanismos de Solución de Controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte de Francisco González de Cossío, Disposiciones Institucionales y Procedimientos para la Solución de Controversias en el TLC de José Luis Siqueiros publicado en Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio II, Universidad Iberoamericana México D.F. 1993.

partes involucradas en el procedimiento, se pueden adoptar cambios en los plazos, las etapas procesales, las pruebas a entregar, etcétera. Sin bien en la mayoría de los casos, esta característica se presenta como una ventaja, en algunos casos su mal uso se ha criticado debido a que alarga el procedimiento y, si el árbitro no conserva un adecuado control del mismo, el arbitraje puede complicarse y perder su propósito: alcanzar una solución legal y en poco tiempo.

b. *Celeridad.* Por su flexibilidad y ausencia de formalismos, generalmente, los arbitrajes suelen ser más rápidos que un juicio. Los reglamentos institucionales prevén plazos razonables en etapas ágiles que buscan centrar la discusión en aspectos de fondo y superar rápidamente diferencias en torno a la formalidad del proceso. Sin embargo en ocasiones las partes tienden a abusar de la flexibilidad solicitando demasiadas prórrogas, modificando las fechas de las audiencias constantemente, etcétera. Por ello, en gran medida, la rapidez y eficacia de un procedimiento arbitral dependerá de un buen conjunto de reglas y de un árbitro diligente que mantenga control del caso. Por otra parte, la definitividad del laudo (las partes renuncian al recurso de apelación) y la improcedencia del juicio de amparo contra los actos arbitrales favorece también la duración del proceso.

c. *Elección de los árbitros.* La injerencia de las partes en el diseño del procedimiento arbitral incluye también la posibilidad de designar al o a los árbitros que decidirán la cuestión. Estudios han demostrado que esta participación de los involucrados favorece en gran medida el cumplimiento voluntario no sólo del laudo, sino de las actuaciones arbitrales en general. El reconocimiento de las partes de que se encuentran ventilando su caso ante especialistas de la materia, profesionales, independientes e imparciales (considerando que esas son las características que una parte debe tomar en cuenta al nombrar a un árbitro) genera mayor creencia en la calidad del laudo y por lo tanto mejora las tasas de cumplimiento espontáneo.

d. *Confidencialidad.* La privacidad del arbitraje es, en ocasiones, una de las razones de mayor peso para elegir este mecanismo de solución de conflictos. Para determinadas empresas o en determinado tipo de conflictos mantener el asunto en el conocimiento sólo de las partes y de los árbitros representa un valor aún mayor al monto reclamado. En ese entendido, sólo las partes involucradas en una controversia pueden tener acceso a los documentos generados en el proceso, participar en las audiencias y conocer el laudo que resuelva su controversia. Sin embargo, cabe aclarar que se trata de una característica propia de la doctrina y la práctica profesional; la ley en México y las convenciones internacionales no establecen una obligación de confidencialidad *vis a vis* las partes y los árbitros. Son generalmente los reglamentos institucionales los que establecen dicha obligación hacia su personal administrativo y en ocasiones hacia el árbitro. Si las partes

desean asegurar el uso confidencial de su caso, deben celebrar un compromiso de confidencialidad entre ellas con relación a su asunto.

e. *Costo*. Si bien el arbitraje implica el pago de los honorarios de los árbitros y en su caso, los de una institución arbitral, lo cierto es que si las partes y el árbitro trabajan conjuntamente a favor de una solución pronta, el costo será razonable y en una relación costo- beneficio, las partes habrán ganado.

f. *Eficacia del laudo*. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958 (en adelante, la Convención de Nueva York) y otros instrumentos convencionales¹⁷ reconocen plena eficacia al laudo lo que permite a la parte favorecida poder solicitar su ejecución en cualquier país en el que su deudor tenga activos. Estos documentos han tenido como consecuencia principal que en la actualidad sea más sencillo solicitar la ejecución extraterritorial de un laudo que la de una sentencia judicial.

Insistimos que estas características pueden reflejarse en beneficios para las partes sólo si se trata de un procedimiento arbitral que cuente con elementos como: buena fe y participación de las partes, control y correcta conducción del proceso por el árbitro y buena elección de reglas arbitrales.

3. *Arbitrabilidad*. El concepto de *arbitrabilidad* representa uno de los temas de mayor relevancia en derecho arbitral ya que determina el alcance de la materia y marca la tendencia del foro, es decir su inclinación a favor o en contra de la solución de controversias por métodos no judiciales.

Arbitrabilidad de la materia significa que ésta sea susceptible de someterse a arbitraje. Por supuesto, se trata de un tema íntimamente relacionado con el orden público. El concepto de arbitrabilidad se amplía según se restringe el de orden público. En la medida en que más materias sean consideradas *de orden público* menos controversias podrán ser sometidas al arbitraje. Por ello, nos adelantamos a concluir que la arbitrabilidad de las controversias es una cuestión legal y de política legislativa nacional, es decir si bien existen varios criterios que nos ayudan a determinar qué es arbitrable, en realidad es un tema de derecho positivo, es decir: es arbitrable lo que la ley diga que así es.

Estamos entonces frente a un tema de derecho positivo, es decir, la ley nacional debe determinar los límites del ámbito arbitral, en oposición a aquél de los tribunales judiciales. Como afirman Redfern & Hunter *cada Estado decide qué temas pueden o no pueden resolverse*

¹⁷ *v.gr.* Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá (1975).

por arbitraje según su propia estrategia política, social y económica.¹⁸ Para ello, es necesario establecer un equilibrio entre la importancia interna de reservar ciertos temas de interés público al Poder Judicial y la voluntad de promover el comercio y el arreglo de controversias. No cabe duda que el interés de ciertos países de promover sus relaciones internacionales en materia comercial ha sido determinante en la decisión de qué materias deben reservarse al conocimiento del Estado y qué otras pueden resolverse por vías alternativas. Es por ello que, frecuentemente, el desarrollo del arbitraje y de los medios alternos de solución de controversias en general, coincide con la apertura comercial del país en cuestión y el aumento de sus relaciones internacionales. Por ello decíamos en la introducción de esta sección que la arbitrabilidad es un tema de orden público. Sin embargo este concepto no es estático, varía de país a país, y de tiempo en tiempo. Tiene un ámbito territorial y temporal. Es por esto que estamos frente a un tema movedido, inquieto, que varía según las decisiones que el Estado tome al respecto. De ahí la importancia de estudiarlo y revisarlo cotidianamente.

En este apartado se busca resaltar los aspectos más interesantes de este concepto y la manera en que en México se ha asimilado ya que, como he dicho, su tratamiento refleja la percepción legislativa y la tendencia que se tiene de los mecanismos alternativos de solución de controversias. Para ello, se revisará su concepto y regulación vigente, mencionando algunas experiencias prácticas y criterios de derecho comparado y posteriormente se expondrá el caso de México y algunos comentarios recientes que se han suscitado en torno al tema, particularmente cuando existe la participación de un organismo público como parte del acuerdo arbitral.

a. Demarcación del tema y regulación vigente internacional

i. *Clases.* En un arbitraje podemos enfrentarnos a dos tipos de arbitrabilidad; aquella que es determinada por las partes mismas en su acuerdo arbitral, conocida como *arbitrabilidad privada* y la determinada por la ley aplicable y que está vinculada al orden público (que personalmente llamaría *arbitrabilidad legal*) misma que puede analizarse desde dos perspectivas distintas, la subjetiva y la objetiva. En esta nota nos referiremos únicamente a la arbitrabilidad legal en sus dos perspectivas.

ii. *Perspectivas de su estudio.* Siguiendo la propuesta didáctica de Francisco González de Cossío, la arbitrabilidad puede ser estudiada desde dos perspectivas: arbitrabilidad subjetiva y arbitrabilidad objetiva.

¹⁸ REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, *Law and Practice of Internacional Comercial Arbitration*, Sweet and Maxwell, Londres 1999 p. 148.

Arbitrabilidad subjetiva. La arbitrabilidad subjetiva se refiere a la capacidad de las partes para someter determinada(s) controversia(s) a arbitraje, es decir, que las partes cuenten con la legitimidad, la autorización o la facultad de ventilar sus controversias en arbitraje. Un tema por demás interesante relacionado con este punto es la posibilidad de que los organismos públicos celebren pactos arbitrales. Al respecto existen diversas tendencias que por supuesto también son reflejo de la política del país en materia de mecanismos alternativos: prohibición absoluta de pactar arbitraje¹⁹; permisión de pactar arbitraje irrestricta²⁰; posibilidad de pactar arbitraje sujeta a determinados requisitos establecidos en ley²¹; o posibilidad de pactar arbitraje sujeta a autorización²².

A la arbitrabilidad subjetiva le interesa principalmente la persona que celebra el contrato. Personalmente, al tratar este tema nos referiríamos a capacidad en el arbitraje, no necesariamente a arbitrabilidad, aunque en la doctrina es común encontrar esta referencia.

Arbitrabilidad objetiva. La arbitrabilidad objetiva se refiere estrictamente a la materia que puede ser sometida a arbitraje, sin dar importancia a quien lo acuerde sino sobre qué se acuerde.

Es difícil separar estas nociones la una de la otra ya que generalmente las limitaciones al sujeto de la relación jurídica están íntimamente ligadas con su actividad. Por ejemplo, si consideramos que PEMEX es un sujeto regulado por criterios de arbitrabilidad subjetiva, ello se debe a la actividad que realiza y a la regulación de ésta, por lo que en realidad en ese caso tendríamos que referirnos a ambas perspectivas de la arbitrabilidad. En otros casos como en el derecho penal, la división es más clara ya que el estudio se centra en la materia y no en los sujetos. Aun así, por razones didácticas y metodológicas, es importante mencionar ambas visiones del concepto materia de esta sección.

iii. *El acuerdo arbitral desde la teoría del acto jurídico.* Analizar al acuerdo arbitral desde el punto de vista de la teoría del acto jurídico²³,

¹⁹ Caso de Francia (artículo 2060 del Código Civil Francés) y Bélgica antes de la reforma de sus respectivas *Lex arbitri*. En ambos era necesario notificar al Ministerio Público cuando un organismo público sometía una controversia a arbitraje.

²⁰ Caso de países como Suiza, Inglaterra, Italia y Alemania.

²¹ Aunque el caso de México se tratará con más detalle, en este momento podemos afirmar que en nuestro país los organismos públicos pueden celebrar acuerdos arbitrables cuando su legislación así lo prevé (ver por ejemplo, Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados artículo 15 o Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio).

²² Caso de Irán cuya Constitución establece que dicho sometimiento por organismos públicos está sujeto a la aprobación del Parlamento.

²³ Cabe señalar que en las decisiones judiciales relacionadas con la ejecución de acuerdos y de laudos arbitrales en México, existe una fuerte tendencia a resolver el asunto desde la

nos permite determinar sus elementos de existencia y validez, a saber: consentimiento de las partes que deciden someter sus controversias a arbitraje exento de vicios; un objeto lícito y cumplir con las formalidades establecidas en el 1423 del Código de Comercio mexicano. La licitud del objeto consiste en que la materia de la controversia sea susceptible de ser resuelta por arbitraje, de lo contrario, el acuerdo arbitral será inválido. La Convención de Nueva York regula no sólo la validez de los laudos sino además la de la cláusula arbitral. En su artículo II.1 por ejemplo establece:

Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

Por otra parte, el artículo V de la Convención, al enumerar las causales por las cuales se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral, incluye la inarbitrabilidad como uno de los exámenes que, de oficio, el juez que conoce de la ejecución puede realizar aunque no sea un aspecto aludido por las partes.

iv. *Derecho aplicable a la arbitrabilidad.* En un caso de derecho interno o comúnmente llamado *doméstico*, en el que todos los elementos recaen en un mismo régimen jurídico, incluso la ejecución de laudo, la arbitrabilidad se determinará indudablemente según ese derecho.

Ahora, si nos enfrentamos a un caso en el que convergen distintas jurisdicciones, por la nacionalidad de las partes, el lugar de celebración o de ejecución del contrato etcétera, y en el que por lo tanto es posible enfrentarse a una interacción de legislaciones nacionales, la problemática es distinta. En ese supuesto, será necesario determinar cuál de esas leyes será aplicable para resolver la arbitrabilidad de la materia.

perspectiva del acto jurídico, lo cual hace que los jueces mexicanos dejen de lado la regulación arbitral contenida en el Código de Comercio mexicano, la cual debe ser considerada como la *lex arbitri* mexicana para cualquier sentido y estudio que se haga del tema. Es decir, si bien el Código Civil establece los principios de la teoría del acto jurídico, en casos de arbitraje la validez del acuerdo debe estudiarse con fundamento en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio. Así por ejemplo, el artículo 1423 del Código comercial establece la forma del acuerdo arbitral, por lo que su validez debe ser estudiada bajo esta perspectiva y no por legislación civil. Asimismo, el consentimiento y el objeto están contempladas en el artículo 1416 del mismo Código. En ocasiones, resulta poco alentador leer sentencias judiciales en materia arbitral, sobre asuntos comerciales además, que no hacen ni la más mínima referencia a la *lex Arbitri* mexicana.

Habrá que tomar en cuenta tal vez, la legislación de una de las partes o el derecho aplicable al acuerdo arbitral o el derecho arbitral (*lex arbitri*) del lugar del arbitraje o la ley del lugar de ejecución.

Existen diferentes tendencias al respecto. Sin embargo, cualquier análisis del tema debe primeramente responder a la pregunta: ¿quién debe decidir si cierta controversia es o no arbitrable? Es decir, ¿ante quién se está discutiendo la arbitrabilidad?

Si el arbitraje ha iniciado y es el árbitro quien conoce de la impugnación que una de las partes realiza de la cláusula arbitral argumentando que ésta no es válida debido a que la materia que se pretende ventilar en el arbitraje es inarbitrable y que por lo tanto el árbitro no es competente, éste deberá resolver la cuestión utilizando una de las siguientes alternativas:

Definir la arbitrabilidad de la materia según: el derecho arbitral del lugar del arbitraje (*lex fori*); el derecho que rige a la cláusula arbitral si éste fue pactado por las partes expresamente; el derecho aplicable al fondo de la controversia; criterios internacionales de orden público y arbitrabilidad generalmente aceptados excusándose en que el árbitro no está sujeto a foro alguno (afirmación que no comparto).

Ahora, si la pretensión de la parte interesada en que la materia ventilada sea considerada inarbitrable no prospera, o simplemente no es un tema discutido en el arbitraje, pero surge al momento de impugnar el laudo, el juez que conoce de dicha impugnación se enfrentará a dos escenarios:

- Si la causal invocada por la parte interesada en impugnar el laudo consiste en que el acuerdo arbitral sea declarado nulo por referirse a una materia no arbitrable, el análisis, según el artículo V.(1)(a) de La Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (la Convención de Nueva York)²⁴ deberá hacerse de conformidad con la ley aplicable al acuerdo arbitral o en ausencia de determinación de las partes al respecto, con la ley del lugar en que se dictó el laudo.
- Si la parte interesada en impugnar el laudo invoca una causal que nada tiene que ver con la arbitrabilidad, el juez siempre cuenta con la facultad de hacer dicho análisis *de oficio* con base en el artículo V(2)(a) de la Convención, pero en este caso, podrá resolver la cuestión aplicando su ley, es decir, la *lex fori*. La razón de esto es que justamente se pretende que en ese lugar el laudo tenga efectos y para ello, éste debe versar sobre una materia que en dicho foro sea susceptible de resolverse por vía arbitral.

²⁴ Convención celebrada en 1958 en la Ciudad de Nueva York y ratificada por México en 1970, considerada la convención más importante en materia arbitral por el número de países que la han ratificado y por su aportación: la posibilidad de que el acreedor de un laudo arbitral pueda solicitar su ejecución en cualquier país en que el deudor tenga activos.

v. *Reglas y criterios para determinar la arbitrabilidad.* Se dice comúnmente que *todo lo transigible es arbitrable*. Sin embargo este principio nos regresa al problema de determinar qué es transigible.

Otros criterios más claros y completos indican que las controversias que versen sobre materia de interés público (casos en los que generalmente es necesaria la intervención de una autoridad judicial o administrativa para la solución de la controversia)²⁵, que perjudiquen derechos de terceros (consumidor, casos de competencia económica, derecho societario, derecho familiar) o que por otra razón, estén expresamente excluidas por ley (estado civil de las personas, derecho a recibir alimentos, controversias surgidas de un acto de autoridad): no son arbitrables. En general, las controversias que involucren derechos pecuniarios son arbitrables. También se afirma que las controversias que se relacionen con los derechos de los que las partes puedan disponer libremente son arbitrales²⁶.

Todo ello parece tener cierta lógica, sin embargo a pesar de su claridad, existen temas en que la determinación no es tan sencilla o en los que la regla se rompe casi totalmente.

b. *Arbitrabilidad en México: regulación y reacciones recientes*

i. *La Lex Arbitri mexicana.* La Ley Arbitral Mexicana es el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, la cual reúne fielmente las disposiciones propuestas por UNCITRAL en su Ley Modelo para Arbitraje Comercial Internacional. Es importante mencionar que dicho título es aplicable tanto a arbitrajes nacionales como internacionales cuando el lugar del arbitraje señalado por las partes (o por el árbitro o por la institución arbitral) sea territorio mexicano.

La arbitrabilidad no está expresamente regulada por esta ley ya que intencionalmente UNCITRAL dejó el tema fuera de su ley modelo por considerar que no podía proponerse una norma uniforme al respecto y que sería un tema a determinar por el derecho nacional, sustantivo o adjetivo. Sin embargo en algunos artículos del Título Cuarto podemos destacar su relevancia y los efectos que su inobservancia tendría:

- Al obligar al juez que conozca de un asunto sometido a arbitraje

²⁵ Es importante mencionar que la recurrente disposición de las leyes mexicanas en el sentido de que determinada ley “es de interés público” no quiere decir que todos los asuntos regulados por ésta deban considerarse competencia exclusiva del Estado. En muchas de las leyes que inician con esta declaración se incluyen aspectos que pueden ser pactados y resueltos por las partes de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

²⁶ VON WOBESER, Claus, *La arbitrabilidad en México*, Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, Abril 2004 México.

a remitir a las partes al arbitraje a menos que el acuerdo sea nulo. Una de las causas de nulidad es la inarbitrabilidad de la materia.

- Artículo 1424. El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es *nulo*, ineficaz o de ejecución imposible.
- Al regular la nulidad del laudo ante tribunales mexicanos:
 - Artículo 1457. Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando. I. La parte que intente la acción pruebe que: a. Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo *no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto en virtud de la legislación mexicana*; [...] II. El juez compruebe que según la legislación mexicana, el objeto de la controversia *no es susceptible de arbitraje*, o que el laudo es contrario al orden público.
- Al regular el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero en México
 - Artículo 1462. Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando: I. La parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente del país en que se pide en reconocimiento o la ejecución que: a. Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo *no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere iniciado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo*; [...] II. El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público.

III] Fuentes del derecho arbitral

1. *Sometimiento al arbitraje: el acuerdo arbitral.* El acuerdo arbitral representa el fundamento del arbitraje. No hay procedimiento arbitral sin acuerdo de voluntades de las partes interesadas en someter sus controversias a un arbitraje; por lo tanto es la fuente principal del derecho arbitral.

Sin embargo, esto no quiere decir que el acuerdo arbitral esté exento de un marco jurídico que determine su forma, su validez y sus

elementos de existencia. Sólo celebrando un acuerdo arbitral legalmente válido podemos asegurar un laudo arbitral igualmente válido.

En gran medida, el éxito de un procedimiento arbitral (en términos de tiempo, eficiencia, ahorro y calidad) depende de un buen inicio, es decir, de un acuerdo arbitral sano. En este apartado revisaremos el tema del derecho aplicable en el arbitraje, cuáles son los elementos de existencia y requisitos de validez del pacto arbitral, la teoría que establece su autonomía y los efectos que se generan al celebrarlo.

a. *Derecho aplicable.* En el arbitraje convergen una serie de ordenamientos jurídicos a saber: el derecho arbitral y el reglamento del procedimiento arbitral (*lex arbitri*); el derecho aplicable a la validez del acuerdo arbitral; el derecho aplicable a la capacidad para comprometer en árbitros; el derecho aplicable al fondo de la controversia y el derecho aplicable al reconocimiento y la ejecución del laudo.

De los cinco regímenes jurídicos mencionados, los tres primeros se determinan, generalmente, por el lugar del arbitraje señalado en la cláusula arbitral, sin embargo, las partes pueden optar por elegir un derecho aplicable a la cláusula y a la capacidad de las partes distinto a la *lex arbitri*. El cuarto coincide con el derecho aplicable al contrato y el quinto es determinado por el lugar en el que se solicita la ejecución del laudo.

Consecuentemente, el acuerdo arbitral celebrado en un contrato determina los ordenamientos jurídicos aplicables a cada caso. Tomemos como ejemplo el siguiente pacto arbitral: *Todas las controversias derivadas del presente contrato se resolverán mediante un arbitraje conducido por tres árbitros conforme a las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM). El arbitraje se sustanciará en París, Francia y el idioma será inglés. El derecho aplicable será el derecho de Nueva York.*

En este caso, según voluntad de las partes, el derecho arbitral serán las normas francesas aplicables a la materia arbitral (o las de París, si la materia es de regulación local) y el reglamento institucional del Centro de Arbitraje de México. El derecho aplicable al fondo de la controversia será el neoyorkino. Debido a que las partes no señalaron un régimen jurídico distinto aplicable a la validez del acuerdo y a la capacidad de las partes, estos temas se determinarán también por el Derecho Arbitral Francés.

b. *Elementos de existencia y requisitos de validez del acuerdo arbitral.* El estudio del acuerdo arbitral puede realizarse desde la perspectiva de acto jurídico y/o según derecho arbitral. El derecho arbitral no regula los elementos de existencia, por ello utilizaremos la teoría del acto jurídico para determinarlos, la *lex arbitri*, en cambio, nos permitirá revisar la forma en que el consentimiento debe manifestarse para ser considerado como un acuerdo arbitral válido.

i. Elementos de existencia.

Consentimiento. Las partes que deseen someter sus pretensiones o determinada controversia a un procedimiento arbitral deben manifestarlo en la forma que establece la ley arbitral aplicable, en el caso de México los artículos 1423 del Código de Comercio y II.2 de la Convención de Nueva York. Sin consentimiento no hay arbitraje.

De la forma de manifestar dicho consentimiento dependerá la validez del acuerdo y la efectividad del procedimiento arbitral. Lo que podemos afirmar este momento es que, según la legislación mexicana en materia de arbitraje, sólo existe acuerdo arbitral si es celebrado por escrito.

Objeto. El objeto del acuerdo arbitral es la controversia que se somete a resolución; ésta debe ser determinada o determinable. Es decir, los contratantes no pueden acordar arbitraje en abstracto. Una persona física o moral no puede establecer que todas las controversias a las que se enfrente en sus relaciones jurídicas serán resueltas por arbitraje. El acuerdo arbitral debe pactarse en un marco contractual o extracontractual determinado, es decir, de manera concreta, con definición clara de las partes involucradas y de la relación jurídica que las vincula.

Lo anterior no quiere decir que sólo pueda pactarse arbitraje cuando la controversia haya surgido y se tenga conocimiento de ella. Las partes pueden celebrar el acuerdo arbitral al momento de firmar el contrato, para controversias futuras. Así, el texto común de las cláusulas arbitrales incluidas en contratos mercantiles señala: *todas las controversias que surjan con motivo del cumplimiento y ejecución de este contrato o que guarden relación con él, serán resueltas mediante arbitraje de acuerdo con las reglas [...].*

ii. *Requisitos de validez: capacidad, forma y licitud en el acuerdo arbitral.* Una vez comprobado que existe consentimiento y objeto, hay acuerdo arbitral, sin embargo para surtir plenos efectos, el pacto debe además ser válido. En ese orden de ideas, el consentimiento es válido si reviste la forma prevista por el derecho arbitral del lugar del arbitraje y el objeto si versa sobre una materia arbitrable.

Capacidad. Para pactar arbitraje debe contarse como persona física con capacidad de ejercicio y como persona moral con representantes y apoderados que cuenten con poderes suficientes. La tendencia general es establecer como cláusula especial la facultad de comprometer en árbitros y de transigir.

Forma del acuerdo arbitral. La forma del acuerdo arbitral está igualmente regulada por el derecho arbitral del lugar del arbitraje. Por

ejemplo, si el lugar del arbitraje se encuentra en territorio mexicano, la legislación aplicable es el Título IV del Libro Quinto del Código de Comercio. El artículo 1423 del Código, equivalente al artículo 7 de la Ley Modelo de la UNCITRAL establece:

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Del precepto anterior se desprende lo siguiente:

El consentimiento debe manifestarse por escrito y se entiende por "escrito" las siguientes alternativas:

Documento firmado por las partes; Intercambio de comunicaciones sin necesidad de firma autógrafa (cartas, télex, telegramas, facsímil, otro medio de comunicación) siempre y cuando el medio utilizado deje constancia del acuerdo; Intercambio de escritos de demanda y contestación de los cuales se desprenda que hay acuerdo de las partes de someter su controversia al foro arbitral; o. Referencia a un documento que contenga el pacto arbitral siempre y cuando pueda desprenderse que dicho documento forma parte del contrato principal y éste se haya celebrado por escrito.

Cualquiera de estas formalidades cumple con el requisito de validez establecido por el artículo 1423 del Código de Comercio. Por supuesto, la alternativa que mayor certidumbre ofrece es un contrato celebrado por las partes que incluya una cláusula arbitral y que cumpla con las formalidades propias de dicho acto jurídico. Las alternativas restantes son las más controvertidas o las que mayor problemática presentan al momento de surgir la disputa. En esos casos, frecuentemente el primer asunto a resolver por el árbitro es justamente la validez del acuerdo arbitral y por lo tanto su competencia.

Licitud del objeto del acuerdo arbitral. Por otra parte, el objeto debe lícito. En este caso, la licitud del objeto consiste en que el asunto que se desea someter a arbitraje verse sobre una materia arbitrable. El tema a discutir aquí es la arbitrabilidad de la materia.

Autonomía de la cláusula arbitral. El acuerdo arbitral es considerado por la mayoría de las leyes en materia de arbitraje²⁷, los

²⁷ Principalmente las que siguen el diseño de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial de

reglamentos institucionales y un alto número de decisiones judiciales de distintos países como un acuerdo autónomo del contrato en el cual está incluido: es decir que el acuerdo arbitral no sigue, necesariamente, la suerte del contrato principal.

La teoría de la autonomía de la cláusula arbitral se crea para evitar que la parte que desea evadir el compromiso arbitral asumido intente hacerlo simplemente argumentando que el contrato que lo contiene es nulo. Si se tomara ello por cierto en todos los casos, bastaría con presentar ese argumento para evadir la obligación adquirida y terminar ventilando la controversia en otro foro: seguramente el judicial.

Sobra decir que lo anterior no debe interpretarse en el sentido que todo acuerdo arbitral es válido. Lo que intenta establecer esta teoría es que si bien puede existir algún vicio en el contrato principal, ello no acarrea la invalidez de la cláusula arbitral y debe constituirse un tribunal arbitral que, dentro de los aspectos que decidirá, tenga que pronunciarse sobre la validez del contrato y en todo caso la de la cláusula arbitral.

Los efectos de la autonomía de la cláusula arbitral son: la invalidez o nulidad del contrato no acarrea por ese solo hecho la nulidad de la cláusula arbitral; el árbitro es competente para decidir sobre su propia competencia y sobre la posible nulidad de la cláusula arbitral; la cláusula arbitral puede someterse a un derecho aplicable distinto a aquél que rige el contrato principal que la contiene. Según la legislación mexicana, el árbitro es libre de decidir los aspectos relativos a la validez de la cláusula en un laudo interlocutorio al inicio de la instrucción o bien al final del proceso en la decisión sobre el fondo. Los criterios para tomar una u otra postura varían según el caso, la situación litigiosa entre las partes, la fuerza o debilidad del argumento sobre la invalidez, entre otros.

Efectos del acuerdo arbitral. La celebración de un acuerdo arbitral genera principalmente los siguientes efectos:

Las partes están obligadas a acudir a dicho mecanismo de solución de controversias; es decir que una vez celebrado y por su carácter heterocompositivo, las partes no podrán renunciar a él unilateralmente. La parte que sea notificada de acuerdo a lo establecido en el reglamento arbitral aplicable o en la *lex arbitri* del lugar del arbitraje y no comparezca será considerada rebelde y el procedimiento seguirá en rebeldía hasta la posible rendición del laudo.²⁸

El juez que conozca de un caso cuyo contrato base de la acción, según es demostrado por una de las partes, contiene una cláusula de

la UNCITRAL: Tal es el caso de la ley arbitral mexicana, como lo demuestra el artículo 1432 del Código de Comercio.

²⁸ Distinto sucede con la mediación y la conciliación: en esos casos basta con la voluntad de una parte de no continuar con el procedimiento para que éste deje de existir.

arbitraje, debe remitir a las partes al arbitraje, es decir, declarar que la vía judicial no es procedente en dicho caso. Es común que el asunto llegue a manos del juez justamente porque una de las partes argumenta que el acuerdo arbitral invocado por la otra es nulo, y por lo tanto que el competente para conocer de la controversia es el juez. La legislación no es clara respecto a quién debe decidir sobre la validez del acuerdo, si el juez o el árbitro²⁹ y por lo tanto, dicha aclaración se ha dejado en manos de la jurisprudencia. La gran mayoría de la doctrina arbitral establece que el juez debe dar -en palabras de Gerold Herrmann- el derecho al *primer disparo* al árbitro, justamente en respeto a la teoría de la autonomía de la cláusula arbitral. Sin embargo, hasta ahora en México se ha determinado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que el juez es quien debe pronunciarse primeramente sobre la validez de la cláusula y en caso de decidir que la cláusula es válida, entonces remitir el asunto a arbitraje.³⁰

2. *La Convención de Nueva York.* La regulación arbitral que prevalece actualmente tiene su origen en la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York en 1958 y por ello mejor conocida como la Convención de Nueva York (expresión con la cual nos referiremos a ella en adelante).

3. *El derecho nacional y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL.*

a. *Redacción de la Ley Modelo de la UNCITRAL.* En respuesta a la buena recepción de la Convención de Nueva York, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL) decidió el 1975 establecer un Grupo de Trabajo encaminado a redactar una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional que la Comisión pudiera ofrecer a la comunidad internacional para reformar su legislación interna en materia de arbitraje y asegurar mayor uniformidad en el ejercicio de esta materia.

La Ley Modelo propone una regulación moderna sobre la totalidad de los temas relacionados con el arbitraje: la cláusula, el procedimiento y el laudo arbitrales. Su redacción permite ser adoptada por países con regímenes jurídicos y económicos distintos, prueba de ello es que ha sido adoptada tanto por países del mundo occidental (v.gr. México, Nicaragua) y oriental (v.gr. Egipto, Turquía).³¹

²⁹ Ver redacción de artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio.

³⁰ Ver resolución de la Contradicción de Tesis 51/2005-Ps. entre los Criterios Sustentados por el Sexto y Décimo Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito.

³¹ Detalles sobre la Ley Modelo, ver http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

b. *Naturaleza de la Ley Modelo*. Es de gran importancia distinguir la naturaleza de los documentos que Naciones Unidas emite a través de sus Comisiones, ya que de ello depende una clara comprensión de las fuentes del derecho arbitral y de los sistemas de interpretación jurídica.

Las leyes modelo no son convenciones, ni tratados, ni convenios internacionales. Las leyes modelo no se ratifican, ni se celebran. Son documentos que, en el seno de la comisión de Naciones Unidas relativa al tema, se redactan con el fin de ofrecer a los países un texto legal que contenga el consenso general sobre la regulación de dicho tema. El texto de las leyes modelo se encuentran en las bibliotecas virtuales o tradicionales de Naciones Unidas, y sin previa notificación ni formalidades, el país interesado en ella puede consultarla, estudiarla y en su caso adoptarla a través de sus órganos legislativos internos.

Consiguientemente, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional no representa *per se* el fundamento legal del arbitraje ni forma parte del derecho nacional o internacional del país que la adopta. La Ley es utilizada para ser incorporada al derecho interno o como modelo para reformas internas. Por ejemplo, en México, se reformó el Código de Comercio en 1993 incorporando la Ley Modelo al Título IV del Libro Quinto, por lo tanto el fundamento legal del arbitraje en México no es la Ley Modelo de la UNCITRAL, es el Título IV del Libro Quinto del Código de Comercio.

c. *Otros documentos de la UNCITRAL en materia de arbitraje*. Además de contar con la Ley Modelo que hemos comentado, UNCITRAL también se dio a la tarea de redactar dos documentos adicionales sobre la materia: el Reglamento Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1976 y las Notas sobre la Organización de Procedimientos Arbitrales redactadas en 1996. Es importante distinguir cada uno de éstos con la Ley Modelo.

i. *El Reglamento Modelo*. Mientras que la Ley Modelo es un documento que se ofrece a los países para ser utilizado como base o como ejemplo para reformas de derecho nacional, el Reglamento Modelo es un instrumento dirigido a los particulares para ser utilizado en sus contrataciones privadas.

Cuando en un contrato mercantil, las partes deciden someter las controversias que surjan de él a un procedimiento arbitral, cuentan con la alternativa de hacer referencia a este grupo de reglas procesales según las cuales se conducirá su procedimiento. No estamos aquí en presencia de un arbitraje institucional ya que UNCITRAL no presta los servicios de administración de procedimientos arbitrales como lo hace la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o el Centro de Arbitraje de México (CAM).

UNCITRAL únicamente redactó este reglamento para ofrecer a los particulares un modelo de reglas aplicables a un procedimiento arbitral pero si una vez surgido el conflicto una de ellas envía su demanda a las oficinas de la UNCITRAL esperando que ésta realice las labores de notificación, recibirá por el contrario una carta explicando que haber hecho referencia al Reglamento Modelo de la UNCITRAL en su contrato no convierte su arbitraje en un procedimiento institucional y que las encargadas de administrar y conducir el asunto serán las propias partes y el tribunal arbitral (arbitraje *ad hoc*).

Consecuentemente, el Reglamento Modelo de la UNCITRAL únicamente ofrece a las partes un grupo de reglas que han sido estudiadas y probadas a nivel internacional, mas no una asistencia administrativa.

ii. *Notas sobre la Organización de Procedimientos Arbitrales.* Siguiendo su sistema de trabajo, para la elaboración de este documento, además de convocar a su grupo de 36 Estados Miembros, la UNCITRAL consultó a distintos expertos de varios sistemas legales, a instituciones arbitrales y a asociaciones profesionales de juristas.

El objetivo de estas notas es apoyar a los profesionistas del arbitraje en la organización y sustanciación de procedimientos arbitrales. Su texto contiene recomendaciones que pueden ser aplicables tanto en arbitrajes institucionales como en arbitrajes *ad hoc*. Algunos aspectos considerados por estas notas son: Elección por las partes del reglamento procesal; elección del lugar del arbitraje; manejo de la información confidencial relativa al arbitraje; ofrecimiento y desahogo de pruebas; testigos; audiencias; y arbitrajes multipartes.

Es importante resaltar que estas notas no suelen ser utilizadas como reglamento procesal, ni se recomienda obligar a las partes ni al árbitro a utilizarlas. Son sólo lineamientos que la UNCITRAL ofrece para servir de guía a las partes y a los árbitros en la conducción del procedimiento arbitral.

4. *Los usos y costumbres comerciales.* Los usos y costumbres comerciales ocupan un lugar importante en el arbitraje, tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo. Las regulaciones procesales fueron creadas en gran medida recogiendo los usos comerciales. Así también, cámaras de comercio y gremiales suelen contar con reglamentos arbitrales que contemplan los requerimientos de determinado sector o industria. Así también, en su análisis del fondo del asunto, el árbitro debe tomar en cuenta los usos y costumbres aunque se trate de un arbitraje de estricto derecho. Ello está claramente señalado en el artículo 1445 del Código de Comercio.

IV] El Tribunal Arbitral

Se conoce como Tribunal Arbitral al cuerpo unitario (un árbitro) o colegiado (3 árbitros) que conoce de la controversia, conduce el

procedimiento y emite un laudo definitivo. Como uno de los principales beneficios del arbitraje, las partes cuentan con la prerrogativa de elegir al o a los integrantes del Tribunal Arbitral o bien, determinar el procedimiento que se seguirá para su nombramiento. Se ha comprobado que la participación de las partes en la elección del árbitro aumenta la tasa de cumplimiento voluntario de sus decisiones. Es decir, en la medida en que las partes tienen la percepción de ser diseñadoras de su proceso, incluido en ello la selección del tercero que resolverá el conflicto, su disponibilidad para participar en el arbitraje y para acatar las resoluciones del árbitro incrementa considerablemente.

1. *La designación del árbitro.*

La calidad del arbitraje depende, en gran medida, del árbitro. Por ello su nombramiento debe ser tan cuidado. Las partes son libres de designar al árbitro o árbitros que resolverán su controversia o bien, de elegir el procedimiento mediante el cual se realizará la designación.

Frecuentemente, el nombramiento del árbitro es un paso en el que la organización del procedimiento se ve truncada ya que la parte, una vez en controversia, suele rechazar cualquier propuesta de la otra, sobre todo en el caso de árbitro único. En ese entendido, resulta de gran utilidad la asistencia de una institución administradora que pueda hacer la designación cuando se ha vencido sin éxito el plazo de las partes para realizarla.

En los arbitrajes con una parte estatal, es decir, en los que el Estado participa como parte del arbitraje, la designación del árbitro es particularmente delicada ya que en ocasiones su nombre debe estar integrado a una lista formal o bien sus honorarios estar sujetos a determinadas reglas.

2. *Funciones, facultades y obligaciones del árbitro.*

El árbitro es tal para el caso concreto. Es decir, el arbitraje no es una profesión ni una especialidad. El profesionalista es nombrado árbitro por que destaca en el desempeño de su disciplina; por ejemplo, un abogado especialista en Derecho Financiero puede ser nombrado árbitro en un caso concreto porque las partes reconocen su experiencia y por ello lo eligen para desempeñar tal función. Lo mismo sucedería con un ingeniero, un contador o un economista si la materia en controversia versara sobre ese tipo de asuntos.

Consecuentemente, la función del árbitro inicia con el nombramiento de las partes y termina al rendir su laudo. Su deber se centra en conocer del caso y rendir un laudo que ponga fin al conflicto. Sus facultades son: aceptar o rechazar su nombramiento;

En caso de aceptación: conocer del asunto; conducir el procedimiento arbitral; y dictar el laudo.

Sus obligaciones se centran, principalmente, en: revelar las

circunstancias que pongan en duda su independencia e imparcialidad; dar plena libertad a las partes de hacer valer sus derechos y tratarlas con igualdad; conducir el procedimiento según el acuerdo de las partes y la *lex arbitri*; rendir uno o varios laudos y las resoluciones necesarias para conducir el caso y resolver el fondo del asunto.

3. La relación entre el árbitro y las partes.

a. *Naturaleza jurídica de la relación árbitro-partes.* La relación entre el o los miembros del Tribunal Arbitral y las partes es peculiar porque se trata de la prestación de un servicio profesional remunerado cuyo objeto consiste en la conducción de un procedimiento arbitral y la rendición de un documento que ponga fin a la controversia. Consecuentemente, la naturaleza del servicio que presta el árbitro engloba una serie muy amplia de información, datos e intereses poco común en el ámbito del servicio profesional. El árbitro conoce aspectos confidenciales de las partes, maneja información de las partes, decide sobre derechos y obligaciones de las partes, conduce un procedimiento a través de una serie de actos concatenados, por ello su función resulta un tanto polémica, al grado de generar discusión acerca de su semejanza con la función de un juez y por lo tanto la procedencia o improcedencia del amparo en contra de sus actos, duda que no existiría en el caso de un servicio profesional tradicional.

b. *Independencia e imparcialidad.* El árbitro no es representante legal de la parte que lo nombra. Es un tercero neutral que conduce el procedimiento arbitral y toma decisiones acerca de la controversia que se le ha sometido. El árbitro debe revelar antes de su nombramiento, todas las circunstancias que puedan poner en duda su independencia e imparcialidad a fin de dar a las partes la libertad de opinar acerca de esas circunstancias y finalmente confirmar o no su nombramiento.

Aunque actualmente estos términos tienen un tratamiento muy similar, la doctrina los ha distinguido señalando que la independencia se refiere a la ausencia de lazos (familiares, profesionales, de amistad) entre el árbitro y las partes o la ausencia de interés especial por el caso, mientras que la imparcialidad es una calidad que se refiere a que el árbitro no haya expresado abiertamente una postura respecto a la controversia en la cual está siendo nombrado (publicación de un artículo, exposición pública de ideas al respecto...).

Es importante comprender que la obligación del árbitro consiste en revelar las circunstancias que puedan poner en entredicho su independencia e imparcialidad, es decir, la recomendación es no adelantarse a lo que las partes puedan pensar, excepto si se trata de una circunstancia muy clara, sino declarar lo procedente y esperar la opinión de las partes al respecto. Ante la duda de qué puede entenderse como una circunstancia suficiente para declinar el nombramiento, la *International Bar Association* redactó en 2004 los Lineamientos sobre

Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional (*Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*)³². El documento aporta criterios aplicables a la revelación que deben hacer los árbitros de las circunstancias que pueden poner en duda su independencia e imparcialidad, y así ayudarlos a determinar cuándo están ante una situación que definitivamente impide su nombramiento, cuando se trata de una circunstancia que basta con ser revelada pero que no necesariamente debe implicar un rechazo automático del nombramiento y cuándo es un aspecto que ni siquiera necesita declararse.

Si bien estos lineamientos únicamente son una guía que refleja recomendaciones de la comunidad internacional, son muy útiles para asegurar un procedimiento de designación de árbitros más transparente.

Definitivamente, el tema de la obligación de independencia e imparcialidad de los árbitros adquiere un matiz especial en arbitrajes en los que una de las partes es el Estado ya que, frecuentemente, es difícil encontrar árbitros que en materias muy especializadas no hayan tenido alguna relación con la parte del Estado involucrada en el arbitraje. Tal es el caso de los asuntos relacionados con Derecho Energético en México en los que los abogados conocedores del tema han tenido comúnmente alguna relación con las paraestatales encargadas del tema (PEMEX, CFE...).

La obligación de independencia e imparcialidad de los árbitros debe asumirse al aceptar el nombramiento, cumplirse durante todo el procedimiento arbitral y reflejarse en el sentido del laudo.

Ser independiente e imparcial incluye: comportarse y mantener una actitud independiente e imparcial durante (y algunos autores dicen que posteriormente) el procedimiento arbitral; no sostener ni recibir comunicaciones *ex parte*; respetar la confidencialidad del asunto.

4. Recusación, remoción y renuncia de los árbitros.

La función del árbitro puede terminar por recusación de una de las partes (por motivos, por ejemplo de parcialidad, dependencia o falta de neutralidad o diligencia) o bien por remoción de ambas.

Cuando el árbitro desea terminar con el cargo por razones que tendrá que exponer a las partes, al resto del tribunal y a la Institución administradora estaríamos frente a una renuncia. El Código de Comercio y los reglamentos institucionales prevén los procedimientos a seguir para estos casos y la sustitución del árbitro en cuestión.

V] El procedimiento arbitral

Después de un acuerdo arbitral celebrado conforme a las disposiciones legales comentadas anteriormente, el segundo elemento necesario para asegurar un laudo válido es un procedimiento arbitral

³² Ver <http://www.ibanet.org/legalpractice/Arbitration.cfm#Guides>

conducido de conformidad con lo establecido por el acuerdo de las partes y con las disposiciones imperativas que *lex arbitri* contenga al respecto. Distintos aspectos del procedimiento arbitral merecen estudio: el marco legal aplicable (A), sus principios rectores (B), su organización (C) y la sustanciación de las actuaciones arbitrales (D).

1. *Marco legal del procedimiento arbitral.* Equivocado es pensar que el arbitraje obedece a la regulación adjetiva aplicable a los juicios ante autoridades judiciales. El ejercicio del arbitraje exige aceptar y comprender que su regulación es distinta y que los ordenamientos a consultar no son los Códigos de Procedimientos Civiles³³. El arbitraje es regulado por el acuerdo de las partes y por la *lex arbitri* del lugar del arbitraje.

a. *Acuerdo de las partes y reglamento procesal.* Al elegir arbitraje, las partes son responsables de determinar qué reglas deberán regir su procedimiento. Para ello, cuentan con la opción de diseñar un reglamento, es decir optar por un arbitraje *ad hoc* diseñado por ellas mismas o bien hacer referencia a un reglamento previamente diseñado que puede ser un arbitraje *ad hoc* con reglamento modelo o un arbitraje institucional. En ocasiones, cuando una de las partes o ambas enfrentan límites legales en la elección del procedimiento (v.gr. por pertenecer a la administración pública o a cualquier otro poder estatal o por tratarse de un arbitraje especialmente regulado), deberán aplicarse reglas arbitrales específicamente redactadas para esos casos.

i. *Arbitraje ad hoc diseñado por las partes.* Una de las opciones que tienen las partes de un contrato que deciden elegir arbitraje como mecanismo de solución de controversias es diseñar su procedimiento desde la presentación de la demanda hasta el dictamen del laudo.

Dentro de la misma cláusula compromisoria o bien en un anexo del contrato (que debe estar claramente referido para entenderse como parte del acuerdo arbitral) los contratantes redactan una serie de reglas según las cuales se sustanciará su procedimiento arbitral. Es difícil confeccionar un reglamento *ad hoc* que contemple los posibles escenarios y cumpla con las exigencias de un arbitraje, por esta razón y otras surgieron las instituciones administradoras de arbitrajes. Sin embargo si las partes o sus representantes legales consideran a toda costa que su mejor opción es diseñar un reglamento aplicable a su caso concreto, los temas que deberán contemplar, entre otros, son: alcance del acuerdo arbitral; Constitución del Tribunal Arbitral; poderes del Tribunal Arbitral; elección del lugar del arbitraje; elección del idioma del arbitraje; determinación del derecho aplicable al fondo del asunto; reglas

³³ Aunque en algunos países la ley arbitral está dentro de códigos procesales (v.gr. Francia), lo que queremos decir aquí es que las normas aplicables a los procesos judiciales no las que rigen el arbitraje.

aplicables a la administración del asunto; reglas aplicables a escritos y comunicaciones; reglas aplicables a audiencias; reglas aplicables a presentación y desahogo de pruebas; cierre de la instrucción; reglas aplicables al dictamen del laudo.

En los arbitrajes *ad hoc*, puramente hablando, todo depende del árbitro y de las partes, es decir, el diseño, la administración y la organización del procedimiento están a cargo de ellos, lo cual exige un alto conocimiento de la materia arbitral por parte de los árbitros y de los representantes de las partes, y alta disposición de los contratantes de participar y colaborar con el desarrollo del proceso.

ii. *Arbitraje ad hoc con reglamento modelo*. Ante la complicación que implica el diseño de un arbitraje *ad hoc*, las partes cuentan hoy con la posibilidad de hacer referencia a un reglamento arbitral modelo que ha sido redactado por la propia UNCITRAL en el que se ofrecen una serie de reglas que reflejan la experiencia internacional pero que no incluyen la intervención de una institución.

Es común confundir el Reglamento de Arbitraje con la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, ambos de UNCITRAL. Debe precisarse, el primero es una propuesta de la Comisión para los particulares interesados en un arbitraje *ad hoc*, pero que en lugar de enfrentar la ardua tarea de redactar un reglamento, prefieren hacer referencia a este modelo. La segunda en cambio es la propuesta de la Comisión a los Estados interesados en legislar en materia de arbitraje.

Las partes que opten por hacer referencia a este modelo de reglamento deben saber que la UNCITRAL no tendrá funciones administrativas en su procedimiento ni necesitan notificarla del inicio del arbitraje.

iii. *Arbitraje institucional o administrado*. Un escalón más en el desarrollo del arbitraje ha representado el desarrollo del arbitraje institucional, hoy por hoy protagonista de los asuntos más complejos y relevantes pero también de propuestas aplicables a casos de cuantía menor.

En este caso, las partes hacen referencia a un reglamento previamente redactado por una institución que además ofrece el servicio de administración del procedimiento arbitral, y así lo indica el propio texto de su reglamento. Nos referimos a ejemplos como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la *American Arbitration Association* (AAA), la *London Court of International Arbitration* (LCIA), la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO), el Centro de Arbitraje de México (CAM) entre muchas otras.

La institución, en una actuación totalmente neutral (no es representante de ninguna parte ni de los árbitros), ofrece el servicio de administración del procedimiento arbitral, actividad que entre otras cosas incluye: redacción de una cláusula modelo; fijación de un Arancel para gastos del procedimiento; notificación de la demanda arbitral; apoyo en la constitución del Tribunal Arbitral; análisis *prima facie* del acuerdo

arbitral; solicitud y administración de los depósitos de las partes que aseguran los honorarios del Tribunal Arbitral y la Tasa Administrativa de la institución; apoyo en el desarrollo del procedimiento y cómputo de plazos; vigilancia de la diligencia y celeridad de la labor del árbitro; en su caso, revisión del laudo antes de ser notificado a las partes.

La diferencia entre cada una de las instituciones depende del tipo de reglamento que propongan, del arancel fijado y del grado de intervención que tengan en el procedimiento.

iv. *Arbitraje regulado o administrativo*. En ciertas materias y/o por la intervención de entidades involucradas con el Estado, si bien se permite pactar arbitraje, las partes en ocasiones deben respetar ciertas reglas aplicables a su procedimiento arbitral porque han sido previamente pactadas (en tratados internacionales por ejemplo, v.gr. arbitraje en materia de inversión) o porque la ley así lo indica (v.gr. en México, arbitrajes antes Comisiones Administrativas como la CONDUSEF, la PROFECO, entre otras, o el arbitraje en materia de obra pública).

En estos casos, el acuerdo de las partes enfrenta límites que dan lugar a lo que personalmente llamaría arbitraje híbridos, ya que no son ni privados ni públicos y escapan la esfera del arbitraje comercial, sin embargo son arbitrajes por que emanan de un acuerdo arbitral (aunque limitado) y desencadenan en un laudo.

b. *Lex arbitri*. Tanto el acuerdo arbitral como el reglamento al que éste haga referencia deben *existir* dentro de un marco legal. El acuerdo debe cumplir con ciertos requisitos de validez y el reglamento debe respetar principios rectores del procedimiento arbitral. Estas disposiciones imperativas que rigen el arbitraje, y otros aspectos aplicables a falta de acuerdo entre las partes, se encuentran tanto en leyes nacionales como en convenciones internacionales que juntas conforman la *lex arbitri*.

La gran mayoría de los países que favorecen la práctica del arbitraje contienen una legislación arbitral adaptada a los principios propuestos por la UNCITRAL en su Ley Modelo. En casos como México, de hecho, la tendencia fue integrar prácticamente sin cambios el texto completo de dicha ley.

En legislación internacional, las convenciones más relevantes por su propuesta, alcance y antigüedad son: la Convención de Naciones Unidas para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York 1958); la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá 1975); y el gran número de Acuerdos de Promoción y Protección Recíprocas en materia de Inversión (APPRI o BIT, el Capítulo XI del TLCAN) que se ha celebrado en los que el Estado receptor de la inversión se compromete a someterse a un arbitraje internacional en los que su contraparte es el inversionista. Con algunas excepciones que comentaremos más adelante, el lugar del arbitraje elegido por las partes o determinado por el árbitro o la

institución determina la *lex arbitri* aplicable (ver por ejemplo el artículo 1415 del Código de Comercio mexicano).

2. *Principios rectores del procedimiento arbitral.* El arbitraje es una figura que encuentra su fundamento en la voluntad de las partes pero además que está claramente regulada según lo demuestra el derecho comparado y las convenciones internacionales celebradas sobre la materia. Los países que han incorporado, en parte o en su totalidad, el contenido de la Ley Modelo a su derecho interno cuentan con un marco legal aplicable a arbitrajes nacionales e internacionales a *prueba de balas*.

La regla de oro en materia de procedimiento arbitral es que las partes tienen libertad de elegir (reglamento prediseñado *ad hoc* o institucional) o diseñar (reglamento redactado para el caso concreto y que no presupone la intervención de una institución administradora) el proceso según el cual se sustanciará su arbitraje y que tanto ellas como el tribunal arbitral deberán respetar. Sin embargo, ello no implica que las partes puedan elegir o diseñar un procedimiento fuera del marco legal, ni que el árbitro, en ausencia de la acuerdo entre las partes, conduzca el procedimiento inobservando lo dispuesto el marco legal. La libertad de las partes en la elección o diseño del procedimiento y la libertad del árbitro en la conducción del mismo están restringidas por ciertos principios que buscan garantizar la legalidad del proceso y consecuentemente la validez del laudo también conocidos con la expresión *formalidades esenciales del procedimiento arbitral*.

Existen dos perspectivas distintas pero complementarias de analizar las normas contenidas en las leyes que siguen el modelo de UNCITRAL que están encaminadas a garantizar la legalidad de un procedimiento arbitral: i) identificar los preceptos relativos al procedimiento arbitral que contienen disposiciones imperativas, i.e. no sujetas a acuerdo en contrario de las partes ni a renuncia; y ii) exponer a *contrario sensu* las disposiciones que se desprenden de las posibles causales de nulidad que un interesado en anular el laudo puede invocar. Por ambos caminos conseguimos una lista clara de cuál es el marco legal uniforme que debe respetar un procedimiento arbitral.

a. *Las disposiciones imperativas relativas al procedimiento.* Según la propuesta de UNCITRAL, un procedimiento arbitral debe garantizar a) el trato igual entre las partes y b) que cada una goce de plena oportunidad para hacer valer sus derechos. El artículo 18 de la Ley Modelo de UNCITRAL establece (1434 del Código de Comercio): *Artículo 18. Trato equitativo de las partes Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.*

Juntos, estos requerimientos legales aplicables al arbitraje se traducen en el principio de debido proceso o equivalente a la garantía

de audiencia.

Es interesante señalar que UNCITRAL intencionalmente buscó utilizar expresiones distintas a las empleadas en el lenguaje judicial universal como son garantía de audiencia, debido proceso, principio de contradicción. Ello con la intención justamente de distinguir entre la conducción de un procedimiento arbitral y un juicio ante autoridades judiciales. Los árbitros que gozan del carácter de particular³⁴ no están obligados a respetar ni hacer respetar garantías individuales procesales, están obligados a cumplir la ley relativa al arbitraje y la voluntad de las partes. Esto no quiere decir que el arbitraje presuponga un procedimiento exento de legalidad, sino que la lupa con la cual debe revisarse es la ley arbitral aplicable no la Constitución Política ni los Códigos Procesales. De ahí que generalmente la doctrina comparada haga mención a Principios Rectores del Procedimiento Arbitral conocidos en los Trabajos Preparatorios de UNCITRAL como la Carta Magna del arbitraje comercial.

A continuación comentaremos brevemente estos principios y qué debe entenderse por cada uno de ellos.

i. *Trato igual*. El reglamento elegido o diseñado por las partes y la conducción del árbitro del procedimiento debe en todo momento respetar el trato igual a las partes. Cualquier disposición o decisión del árbitro que violente este principio, aunque las partes la hayan aparentemente acordado, pone en riesgo la validez del laudo que de ese procedimiento emane.

El principio de trato igual debe permear en todas y cada una de las etapas procesales del arbitraje. Sus principales manifestaciones son las siguientes:

Igualdad en la constitución del Tribunal Arbitral. Como se mencionó anteriormente, la participación de las partes en el nombramiento de los integrantes del Tribunal Arbitral o en la selección de la institución encargada de hacer la designación representa una gran ventaja ya que aumenta el nivel de confianza de las partes en el proceso arbitral. A mayor participación en el diseño del arbitraje mayor cumplimiento voluntario del resultado (laudo).

Así, el respeto al principio de igualdad en la selección de árbitros es de vital importancia ya que ello garantiza la tranquilidad de las partes de haber contado con la oportunidad de elegir al tercero que resolverá la controversia o de participar en la elección del mecanismo para nombrarlo. Todas las partes involucradas por el acuerdo arbitral deben gozar de la misma oportunidad para intervenir en la constitución del Tribunal Arbitral. De hecho, la Convención de Nueva York en su artículo V, fracción I inciso d. señala que cualquier violación a la voluntad de las partes en lo que respecta al mecanismo de constitución del Tribunal

³⁴ Distinto es el caso de los jueces de las Juntas de Conciliación y Arbitraje cuya actuación sí está revestida del carácter de autoridad.

Arbitral, podrá representar razón suficiente para negar la ejecución del laudo.

Igualdad en los términos procesales. Gozar de plena oportunidad para presentar su caso también implica que las partes cuenten con un procedimiento arbitral que contenga plazos establecidos de manera equitativa. Los reglamentos procesales por ejemplo contemplan plazos calculados y establecidos de manera tal que aseguren la igualdad entre las partes. Asimismo, el árbitro al conducir el procedimiento debe tener muy en cuenta el principio de igualdad al momento de fijar términos y de otorgar prórrogas.

Igualdad en las decisiones relativas a la organización del procedimiento. Los aspectos de organización del procedimiento son a grandes rasgos, el lugar del arbitraje, el derecho aplicable al fondo, el idioma del arbitraje y el diseño general del procedimiento arbitral.

Cuando las partes no han hecho las elecciones relativas a estos elementos, le corresponde al árbitro o a la institución administradora hacerlos. Aunque a falta de acuerdo por las partes, el árbitro y la institución gozan de libertad para conducir el procedimiento, facultad que incluye decisiones relativas a estos elementos. A pesar de dicha libertad, es importante considerar que tanto el árbitro como la institución deben en todo momento considerar el principio de igualdad para garantizar una conducción adecuada del procedimiento que a su vez dé lugar a un laudo ejecutable.

Por ejemplo, es común que una de las partes solicite al Tribunal Arbitral cierta ampliación de determinado plazo. Antes de otorgarla, es común y recomendable solicitar el acuerdo de la contraparte y/o compensar dicha ampliación otorgándola también a esta última.

Igualdad en las formalidades aplicables a escritos y comunicaciones. Hemos constantemente comentado que una de las ventajas del arbitraje es la flexibilidad y la ausencia de formalismos. Sin embargo, el principio de igualdad representa un límite a dicha libertad. Cuando el árbitro o las partes (o el reglamento aplicable) determinen de qué manera se presentarán escritos, las formalidades deberán aplicarse a todos y cada uno de los escritos de las partes y del Tribunal Arbitral. Así por ejemplo si las partes acordaron intercambiar todos los comunicados vía correo electrónico con confirmación vía facsímil, dicho acuerdo debe aplicarse a todos los comunicados del proceso arbitral.

Igualdad en las formalidades aplicables a presentación y desahogo de pruebas y audiencias. Esta etapa procesal en el arbitraje también se beneficia de la falta de formalismos y de la flexibilidad de este mecanismo de solución de controversias. Sin embargo, muchas veces es aquí cuando surgen las principales quejas de las partes que pueden dar lugar a intentos de nulidad de laudos ante la autoridad judicial. El desarrollo de las audiencias programadas para desahogar pruebas (periciales, testimoniales) debe representar una preocupación importante para el árbitro, ya que en ellas pueden surgir momentos delicados en los que las partes sientan que no son tratadas con igualdad,

tales como: la fijación de la fecha en la cual se desarrollará la audiencia, la determinación del lugar en el que se llevará a cabo³⁵, los tiempos que cada parte tendrá para presentar sus argumentos, el tiempo que tendrán las partes para preparar la audiencia, la posibilidad de presentar pruebas y testigos, etc. De hecho es muy común que justamente al terminar la audiencia, el Tribunal Arbitral pregunte a las partes si creen y sienten que sus derechos procesales (trato basado en la igualdad y plena oportunidad de hacer valer sus derechos) han sido en todo momento respetados. La respuesta de las partes se plasma generalmente en el acta de la audiencia o en el registro audiovisual (grabación) o escrito (reproducción estenográfica) que de ella se levante.

Igualdad en el comportamiento general del árbitro. Ética del árbitro. La forma en que el árbitro se conduzca en el procedimiento es delicada justamente porque las partes pueden utilizar cualquier comportamiento del mismo como una manifestación de parcialidad o falta de independencia.

La imparcialidad e independencia del árbitro es un requisito del arbitraje justamente diseñado para garantizar que las partes recibirán un trato igual. Por ello, su confirmación por la institución administradora representa una de las principales aportaciones del arbitraje administrado. El comportamiento imparcial del árbitro desde su nombramiento hasta el dictamen del laudo (o incluso después de dictarlo, según algunos tratadistas) salvaguarda el trato igual de las partes. Un árbitro que se comporta de manera parcial favoreciendo los intereses de una de las partes pone en riesgo, por supuesto, la validez y ejecutabilidad del laudo ya que su actuación se traducirá en la violación del principio de igualdad o de la oportunidad de dicha parte de presentar su caso.

Como podemos notar, cada actuación del árbitro en el procedimiento arbitral y cada norma aplicable al mismo deben respetar el principio de igualdad. En el arbitraje, el trato igual es una norma de orden público, por lo tanto irrenunciable. Sin embargo, el respeto al trato igual no debe arriesgar la celeridad, flexibilidad y ausencia de formalismos excesivos que caracteriza al arbitraje y que aparentemente son razones que llevan a las partes a elegir este mecanismo de solución de conflictos para su contrato. Es decir, el trato igual debe coexistir con la flexibilidad y la eficiencia procesal y no representar un arma utilizada por las partes para dilatar el procedimiento y atar de manos al árbitro que busca conducir el arbitraje de forma sencilla, rápida y eficaz. Por ello, es importante contar con la base de criterios arbitrales y judiciales que den luz respecto a la extensión de este principio.

ii. *Plena oportunidad de hacer valer sus derechos.* De la mano del principio de igualdad, la ley establece el derecho que tienen las partes

³⁵ Aunque el lugar del arbitraje sea por ejemplo la ciudad de México, con el acuerdo de las partes, el tribunal arbitral puede decidir sustanciar audiencias y otras actuaciones en un lugar distinto a razón de ubicación de pruebas, conveniencia de árbitros, ahorro de recursos, etc.

de contar con plena oportunidad de presentar su caso. En terminología constitucional-judicial usaríamos en este caso el vocablo *garantía de audiencia*. Como hemos dicho, inteligentemente, UNCITRAL evitó emplear expresiones propias del derecho procesal judicial para referirse al derecho de las partes de ser oídas en juicio justamente con la intención de evitar equiparaciones poco convenientes para el desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de controversias. A aquellas personas preocupadas por el hecho de que el arbitraje no garantiza los derechos procesales salvaguardados por la mayoría de las Constituciones Políticas, habrá que explicarles que primero, el arbitraje no es una figura que deba estar regulada por la Constitución ya que se trata de una institución jurídica que pertenece al derecho privado, materia de otras legislaciones y segundo que no se trata de un procedimiento exento de formalidades, sino que sus formalidades están contempladas en la ley que lo regula, no en la Constitución. Las formalidades aplicables al proceso arbitral son entonces el trato igual y la plena oportunidad de hacer valer sus derechos, binomio indisoluble en materia procesal arbitral.

Cuando una parte ha solicitado prórrogas excesivas de un plazo, y en repetidas solicitudes no destaca una razón justificada, negar la prórroga no necesariamente representa una violación a la plena oportunidad de presentar su caso.

Las etapas del procedimiento arbitral dependen del reglamento elegido por las partes pero generalmente son: Presentación de la demanda; Contestación a la demanda y en su caso, reconvenición; Integración del expediente y constitución del tribunal arbitral; Redacción y firma del acta de misión y calendario procesal, en caso de que el reglamento lo contemple; Etapa probatoria y, en su caso, audiencias; Cierre de la instrucción y entrega del laudo.

3. *El laudo*. El laudo es el resultado final del arbitraje. Se trata de un documento redactado por el Tribunal Arbitral resolviendo la cuestión, atribuyendo derechos y obligaciones a las partes sometidas al arbitraje. El laudo es un título ejecutivo y en contra de su ejecución únicamente proceden ciertas causales que la parte desfavorecida por el laudo deberá probar, de lo contrario, el laudo es válido y debe cumplirse.

El Tribunal Arbitral como hemos dicho carece de imperio, por lo que a falta de cumplimiento voluntario, la parte interesada en hacer cumplir el laudo deberá solicitar ante el juez su reconocimiento y ejecución.

La regulación del Código de Comercio al respecto fue recientemente reformada (enero de 2011). Actualmente la sustanciación de estos procedimientos (nulidad, reconocimiento y ejecución) es más clara y por lo tanto más ágil.

Resumidamente, las causales que pueden invocarse para anular un laudo o bien para oponerse a su reconocimiento son las siguientes:

Que el acuerdo arbitral sea inválido y/o las partes carezcan de

capacidad para comprometer en árbitros.

Si la validez de la cláusula arbitral está garantizada, podemos asegurar al menos un buen inicio del arbitraje y reducir las posibilidades de intentos de nulidad. Gran parte de las demandas de nulidad en contra de un laudo se basan en la supuesta invalidez del acuerdo arbitral. Por ello es importante poner especial atención en la celebración del pacto arbitral y minimizar al máximo las posibilidades de vicios o de violaciones a los requisitos de validez formal.

Violaciones a los principios rectores del arbitraje como son trato igual y plena oportunidad de presentar su caso.

Estos principios fueron recientemente comentados en este capítulo. Vale la pena insistir en que las actuaciones del árbitro y el reglamento procesal elegido deben respetar estrictamente el requisito de trato igual a las partes y garantizar que éstas tengan plena oportunidad de presentar su caso.

Violaciones al acuerdo de las partes en materia de nombramiento de árbitros y reglas procesales aplicables.

Si las partes han elegido determinado sistema para constituir al Tribunal Arbitral que conocerá de su caso y un reglamento procesal en particular, ambas decisiones deben respetarse a toda costa. Cualquier propuesta de cambio, por así convenir al asunto, debe ser acordada por todas las partes involucradas para no ser considerada una violación a esta causal. Por ejemplo, si la cláusula arbitral indica que tres árbitros constituirán el Tribunal Arbitral, y por alguna razón se nombra a uno sólo sin el acuerdo de todas las partes, dicha decisión podrá poner en riesgo la validez del arbitraje en virtud de esta causal. Asimismo, si las partes eligieron las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM) como el cuerpo normativo que regirá su arbitraje y por considerarlo más adecuado, el árbitro decide aplicar las de la *American Arbitration Association*, dicha decisión pondrá igualmente en riesgo la validez del laudo por no respetar el acuerdo de las partes.

Los ejemplos de esta causal pueden ser más sutiles que los comentados en el párrafo anterior, como puede ser el caso del cambio de un plazo procesal sin consulta a todas las partes, la eliminación de una etapa procesal considerada en el reglamento o en la cláusula arbitral sin acuerdo de las partes, etc. Debemos recordar que si bien el arbitraje es considerado un mecanismo dotado de flexibilidad en beneficio de las partes, ello no quiere decir que las decisiones de éstas puedan modificarse sin la formalidad consistente en obtener el consentimiento de cada una de ellas al respecto. Flexibilidad no es violación a la autonomía de la voluntad de las partes.

4. *Decisiones del Tribunal Arbitral fuera del ámbito del acuerdo arbitral celebrado por las partes.* El árbitro no debe exceder el alcance de su mandato.

Como todo acto jurídico, el acuerdo arbitral tiene un determinado ámbito de aplicación que determina su alcance. Aquí vale

recordar que el árbitro, en cada una de sus actuaciones y decisiones, debe en todo momento circunscribirse a dicho ámbito de aplicación. Es decir, si las partes han decidido restringir el recurso al arbitraje a las controversias de carácter técnico que emanen de su contrato, el árbitro no podrá decidir aspecto de otro tipo o materia. Lo mismo, si la controversia planteada al árbitro supera en algunos aspectos el ámbito de aplicación del contrato que contiene la cláusula arbitral, el árbitro debe cuidar que exista una relación clara que permita enmarcar dicha controversia con el acuerdo arbitral que le dio vida a su función.

Un laudo *extra petita* o *ultra petita* puede dar lugar a la procedencia de esta causal de nulidad, con la posibilidad de que únicamente la sección del laudo que excede el alcance de la cláusula sea anulada y el resto sea considerado válido. Sin embargo, en ocasiones no es sencillo validar ciertas decisiones del árbitro y anular otras sin afectar la totalidad de la decisión ni sacrificar la calidad de la misma.

Existe una expresión utilizada por algunos doctrinarios, *arbitrabilidad privada*, que está más relacionada con este tema (alcance del acuerdo arbitral) que con el tema de la arbitrabilidad como término para referirnos a las materias que la ley considera susceptibles de resolverse por arbitraje. La expresión *arbitrabilidad privada* es utilizada en ocasiones respecto al conjunto de materias que las partes han decidido someter a arbitraje, *versus* otras que prefieren reservar para otros foros (mediación, negociación o tribunales judiciales). Personalmente prefiero utilizar la expresión *alcance del acuerdo arbitral* para tratar este tema que la de *arbitrabilidad privada* ya que puede generar confusión con la *arbitrabilidad legal*.

a. *Arbitrabilidad de la materia objeto de la controversia* (Ver sección II., punto 3.)

b. *No violaciones al orden público*. Violar el orden público en el arbitraje genera un laudo nulo, consecuencia por demás obvia. En cualquier acto jurídico, las normas de orden público deben ser respetadas. El problema está en definir el concepto y alcance del orden público, y en actos internacionales, determinar además qué orden público es el que debe respetarse y bajo qué ley.

Puede ser interminable escribir acerca de un concepto cuyo origen data de la época romana; su historia y evolución es reflejo de las tendencias y principios del Estado de Derecho. Su objetivo es limitar el alcance del actuar particular, es decir regular hasta qué punto los individuos pueden realizar actos con consecuencias jurídicas (son las normas del *Ius Publicum* vs. el Derecho Privado)³⁶, es decir, los límites a

³⁶ ANDERE MEDIOLEA, A., *El orden público nacional y el orden público internacional en México, una consideración y necesidad evolutiva para el derecho internacional privado*, Revista

la autonomía de la voluntad. Consecuentemente, el concepto de orden público no es uno ni es inamovible, lejos de ello, su alcance depende de los principios que rigen la vida social, jurídica, económica y política del Estado y por lo tanto puede variar según las prioridades y tendencias del mismo en un momento determinado. Es importante asentar que en materia de arbitraje, el concepto de orden público debe entenderse dentro de un marco definido por el ejercicio del arbitraje y de las materias arbitrables. En este sentido, estaríamos en presencia de violaciones a principios como la moral, la justicia y la seguridad pública de una nación. Laudos violatorios del orden público son laudos que obligan a las partes a hacer o dejar de hacer acciones que contravengan la moral, la seguridad pública o los principios de justicia en general en los que se ven involucrados intereses públicos y no particulares. Laudos que contengan disposiciones que afecten a la comunidad y no sólo a las partes que firmaron el acuerdo arbitral contravienen el orden público por afectar intereses de personas no involucradas con el arbitraje.

El riesgo de este tema para el arbitraje se centra en la posible ampliación del significado de la expresión *orden público* a otras materias que no deben ser calificadas dentro del concepto y considerar que cualquier actuación del árbitro o cualquier norma de derecho están controladas por el orden público. Es importante identificar la tendencia que en el foro arbitral se sigue en materia de orden público para, en la medida de lo posible, anticipar posibles anulaciones de laudos utilizando esta causal.

El nuevo Código Mercantil Español

ALBERTO BERCOVITZ¹

SUMARIO: I. Situación de partida que subyace al encargo de un Código Mercantil. II. Constitución, unidad de mercado y legislación mercantil. III. Modernización de la legislación mercantil. IV. El nuevo movimiento codificador. V. Delimitación de la legislación mercantil. VI. Competencia desleal y defensa de la libre competencia. VII. El Código Mercantil como obra colectiva. VIII. Contenido de la Propuesta de Código Mercantil. IX. Proceso de elaboración del nuevo Código. X. Seguridad jurídica y Código Mercantil.

Resumen. Ante una evidente problemática suscitada en torno a un Código de Comercio Español cuyo contenido estaba repleto de normas que habían sido derogadas para dar lugar a su regulación en leyes especiales, así como en consecuencia de la falta de evolución de las disposiciones del mismo en relación con las demandas de la realidad, se hace necesaria la redacción de un Código completamente nuevo. Este artículo pretende explicar las principales razones que justificaron la creación de este Código, su contenido, la problemática en torno a su contenido, el proceso de discusión y posterior redacción en relación con este, así como las principales ventajas que trae aparejado dicho proyecto de codificación.

Palabras clave: Código Mercantil Español, Código de Comercio.

Abstract. Given the evidently problematic situation that took place in regard to a Commercial Code of Spain which contained a number of dispositions that were derogated in order to allow their regulation in special laws, as well as several dispositions that were not in pace with reality's demands, a need to draft a Code that was completely new arose. This article aims to explain the main reasons that justified the creation of this Code, its content, the issues regarding its content, the process of discussion and subsequent drafting of it, as well as the main advantages that this codification project entails.

Keywords: Mercantile Code, Commercial Code.

¹ Catedrático emérito de Derecho Mercantil en España. Presidente de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación

I] Situación de partida que subyace al encargo de un Código Mercantil

Se está tramitando en España un texto de Código Mercantil que se espera pueda ser aprobado por el Parlamento durante esta legislatura para que llegue a ser ley formal.

Para comprender las razones que han justificado la redacción de ese texto de Código Mercantil hay que tener en cuenta las circunstancias que subyacían y justificaban el encargo que dio el Ministro de Justicia en el año 2006 a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

En primer término había que tener en cuenta que el Código de Comercio vigente, que es del año 1885, había quedado prácticamente dismantelado, puesto que muchas de las partes integradas en él habían quedado derogadas al promulgarse como leyes especiales las normas que habían de regir en esas materias. Además, el propio texto del Código de 1885, en la parte que subsiste, constituye un cuerpo normativo anticuado en sus concepciones básicas e incoherente. Obsérvese como muestra de esa incoherencia sistemática el hecho de que se regulen en el Código las cuentas anuales de los grupos de sociedades, siendo así que el Código no regula en absoluto los grupos de sociedades.

Por tanto, existían y existen en estos momentos diversas leyes especiales que regulan instituciones consideradas mercantiles; pero la regulación de estas instituciones fuera del Código de Comercio, da lugar a una gran dispersión de los criterios aplicados por las normas básicas que han surgido de las diversas leyes en vigor.

Junto a esa dispersión legislativa hay que tener en cuenta que la regulación de las obligaciones y contratos mercantiles se incluyen en parte en el propio Código de Comercio vigente, pero esos textos de leyes independientes unas de otras daba también una importante autonomía a la regulación de las obligaciones y contratos en general.

No puede ignorarse que en el ordenamiento jurídico español se incluyen las normas contenidas en el Código de Comercio de 1885 y en el Código Civil de 1889. Esto significa por tanto, que aun habiendo una dispersión legislativa importante, se procedía a completar esa regulación mercantil con las disposiciones del Código Civil; esto significa por tanto, que desde el punto de vista de la realidad las normas del Código de Comercio de 1885 debían completarse imprescindiblemente, con las disposiciones incluidas en el Código Civil. Es importante destacar que tanto las leyes sobre instituciones mercantiles como las normas incluidas en el Código Civil, tenían unas y otras el mismo ámbito de aplicación territorial. Es decir, que unos y otros regían en todo el territorio del Estado. Esa realidad hizo que en los años 80 del siglo pasado, e incluso anteriormente, se propusiera por una parte importante de la doctrina mercantilista la unificación de las normas civiles y mercantiles en materia de contratos. En efecto, dada la misma vigencia territorial, la

complementariedad entre las normas civiles y mercantiles en materia de contratos era perfectamente posible, y de esa forma complementaria se aplicaban unas y otras normas a la regulación de las obligaciones y contratos.

Este planteamiento, que integraba la regulación de las obligaciones y contratos en general, con normas civiles y mercantiles dejó de tener vigencia, como consecuencia de las normas incluidas en la Constitución Española de 1978.

Resultaba que el texto constitucional y los estatutos de autonomía tenían para los ciudadanos en general una normativa nueva, no sólo en cuanto a los conceptos básicos, sino también en cuanto a su aplicación práctica en el tráfico económico.

La regulación complementaria de los Códigos Civil y de Comercio entrañaba la necesidad de delimitar el ámbito territorial de aplicación de unas y otras. Así pues, partiendo de esa realidad, se produjo el encargo de redacción de un nuevo Código Mercantil en el año 2006 para dar cumplimiento a la aplicación de las normas comunitarias europeas y autonómicas vigentes en la realidad.

El Ministro de Justicia encarga por tanto a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, la redacción de un Código Mercantil, cuya razón de ser resulta de la distinción de las distintas partes de los Códigos en relación con las competencias legislativas que se establece entre el Código Civil y el Código Mercantil con el fin de integrar las distintas aportaciones.

Se encarga la redacción de un Código Mercantil a la Sección correspondiente de la Comisión General de Codificación. Esta Comisión fue creada por Real Decreto de 19 de agosto de 1843, y se rige en la actualidad por el Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero por el que se aprueban los estatutos de la Comisión General de Codificación. Según dispone el Real Decreto de 1997, la Comisión General de Codificación es "el órgano superior colegiado de asesoramiento en la preparación de las tareas prelegislativas propias del Ministerio de Justicia." (artículo primero).

El encargo se hizo por tanto al órgano especializado en la preparación de normas mercantiles de Derecho Privado.

II] Constitución, unidad de mercado y legislación mercantil

En cuanto a las razones que justificaban la necesidad de realizar un Código Mercantil había que tener en cuenta las siguientes.

En primer lugar, la Constitución impone el principio de la unidad del mercado español, tal como lo viene interpretando reiteradamente el Tribunal Constitucional. Es fundamental por tanto, que para que esa unidad de mercado se realice en todo el territorio español, debe tenerse en cuenta que para realizar esa unidad de mercado en el aspecto jurídico privado tienen que pactarlo las partes interesadas. Pero esa unidad de mercado no puede realizarse si en las distintas comunidades autónomas

tienen que aplicarse normas distintas emanadas del órgano legislador de cada autonomía. La legislación mercantil es competencia por ello del Estado, única forma de asegurar que las normas que rigen las relaciones jurídico-privadas en el mercado, sirven para mantener la unidad del mercado. Frente a esta unidad legislativa que se establece para la legislación mercantil, las competencias referentes al Derecho civil no tienen en la Constitución ese mismo planteamiento unitario. En efecto, al Estado se le atribuye la competencia para la regulación de las bases de las obligaciones contractuales. Obsérvese que se hace referencia a las bases no a toda la legislación sobre obligaciones y contratos. Y por otra parte, se dispone también que a las Comunidades Autónomas corresponde legislar sobre los derechos civiles, forales o especiales de cada una de ellas. Se abre así la posibilidad de que muchas de las normas civiles sean distintas en cada Comunidad Autónoma, lo cual impediría llegado el caso que pudiera hablarse de unidad de mercado.

La realidad de ese peligro de dispersión de las normas civiles aplicable a las distintas Autonomías se hizo realidad en el Código Civil creado por la Comunidad Autónoma de Cataluña. La Ley catalana 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía y sobre todo de la promulgación del Código Civil de Cataluña (Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña) puesto que con esa promulgación surge la realidad de una parcelación de los ámbitos de vigencia del Código Civil estatal y del Código Civil de Cataluña, aparte de que muy probablemente otras comunidades autónomas seguirán la vía de promulgar sus propios códigos civiles.

El Código Civil de Cataluña tiene previstos seis libros (Ley 29/2002, de 30 de diciembre) de los que el Libro primero relativo a las disposiciones generales incluye las disposiciones preliminares y la regulación de la prescripción y de la caducidad; el Libro segundo relativo a la persona y la familia; el Libro tercero relativo a la persona jurídica (Ley 4/2008, de 24 de abril), que incluye la regulación de las asociaciones y de las fundaciones; el Libro quinto relativo a los derechos reales (Ley 5/2006, de 10 de mayo), y un Libro sexto relativo a las obligaciones y los contratos, que todavía no ha sido publicado y que incluirá la regulación de estas materias, comprendidos los contratos especiales y la contratación que afecta a los consumidores, aprobada por el Parlamento.

En los Libros ya publicados del Código se contienen normas que inciden en el ámbito de la legislación mercantil. Así, por ejemplo, se regula con cierta extensión la denominación de las personas jurídicas (arts. 311-4 y ss.), es decir, una materia regulada ya ampliamente en el Reglamento del Registro Mercantil. También se regulan, por ejemplo, el usufructo de participaciones en fondos de inversión (art. 561-34); la prenda de valores cotizables (art. 561-22), la adquisición de buena fe de bienes en subasta pública o en establecimientos dedicados a la venta de objetos similares (art. 522-8), así como la prescripción y la caducidad (Título II del Libro primero, arts. 121-1 a 122-5).

Hay que destacar que en el Código Civil de Cataluña se dispone que la regulación contenida en el mismo constituye el Derecho común que rige en la Comunidad Autónoma (art. 111.4). La competencia legislativa de Cataluña en materia contractual se basa precisamente en que el Estado no tiene en esa materia una competencia legislativa exclusiva, sino solamente tiene competencia para establecer las bases de las obligaciones contractuales. Es obvio que siempre será discutible cuáles son esas “bases” reservadas a la legislación estatal. Pero de lo que no cabe duda es de que no toda la regulación de los contratos, sino solamente las bases, son competencia de la legislación del Estado, y por lo tanto queda un ámbito importante de discusión posible sobre la competencia para dictar esas normas.

Por consiguiente, solo la legislación mercantil es única y aplicable a todo el territorio del mercado español. Es por lo tanto, un factor esencial para impulsar la unidad de mercado desde el punto de vista del Derecho Privado, la legislación que se integra en el Código Mercantil.

III] Modernización de la legislación mercantil

Otro factor, fundamental para impulsar la creación del Código Mercantil, consiste en la necesidad de modernizar la regulación legal en esta materia.

Modernizar significa adaptar las normas legales a las exigencias que resultan de la evolución de la realidad.

En este sentido hay que recordar el criterio mantenido por el Maestro Garrigues en el sentido de legislar atendiendo a la mirada que debe referirse a la realidad existente en la práctica. Es la evolución de las exigencias de esa realidad la que justifica la necesidad de modernizar la legislación mercantil, que exige que se establezcan unas normas adaptadas a esa realidad teniendo en cuenta las exigencias del mercado, lo cual significa que las normas que han de regir las relaciones jurídico privadas entre operadores económicos deben comprender la modernización referida a los distintos sectores de la realidad económica.

Y por otro lado, hay que referir la modernización, no a una única institución regulada, sino en general importa que esa nueva visión tuviera una función modernizadora que surge de la Comisión de la Unión Europea y que pueda exponerse fácilmente en cualquier despacho o domicilio.

Esa vinculación de la legislación mercantil a la unidad del mercado constituye un ejemplo fundamental de cuáles son los criterios a los que ha de aplicarse la legislación mercantil.

Es preciso por tanto delimitar la materia mercantil teniendo en cuenta las exigencias constitucionales, y de ello resulta la necesidad de delimitar la materia mercantil, constituyendo así tal como se señala, el primer problema que se ha planteado que ha sido el de delimitar la materia mercantil que haya de incluirse en el Código.

Lo que importa no son las categorías puramente dogmáticas, sino que lo que procede es intentar solucionar los problemas que plantea la realidad del tráfico o del mercado de manera eficaz, huyendo de planteamientos dogmáticos. Se trata por tanto de establecer reglas adecuadas para enfrentarse con las necesidades del tráfico en cada momento histórico.

A esos efectos, la labor doctrinal y jurisprudencial es esencial puesto que los autores y los jueces tienen que detectar los cambios y las exigencias de la realidad para poder señalar el planteamiento normativo que debe adoptarse en cada momento.

IV] El nuevo movimiento codificador

Con estos antecedentes y en las circunstancias que acaban de exponerse se encargó, por Orden de 7 de noviembre de 2006 del Ministro de Justicia a la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil. Este encargo se justifica desde diversos puntos de vista.

Por un lado, es evidente que el movimiento codificador sigue teniendo una importancia notable en la evolución de la legislación en los países del Derecho Continental.

Es destacable la nueva codificación que se ha realizado en Francia, que a partir de los años 90 concretamente (*Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatif et réglementaires*) ha creado una organización dedicada a preparar los diversos códigos que han sido elaborados y publicados ya, entre ellos, el Código de Comercio, el Código del consumo y el Código de la propiedad intelectual. Se trata de una organización al más alto nivel de la Administración pública (Comisión Superior de Codificación presidida por el Primer Ministro) y su finalidad, que justifica la nueva labor codificadora, consiste en que la obligación de los ciudadanos de conocer las leyes debe facilitarse por parte de la administración pública, puesto que hay que reconocer que es difícil que el ciudadano conozca la legislación vigente cuanto ésta está incluida en múltiples textos legales que no aparecen adecuadamente coordinados. Además, la nueva codificación francesa aporta la novedad de presentarse como una codificación flexible desde el punto de vista formal, debido fundamentalmente a la manera de numerar los artículos de los nuevos códigos. En efecto, al dar una numeración independiente a los distintos libros, títulos y capítulos se pueden introducir las modificaciones legales que se vayan produciendo, sin necesidad de alterar la numeración del conjunto de los artículos del código.

Ese movimiento codificador se percibe también en la elaboración de códigos como el Código de Sociedades Portugués o el Código de la Propiedad Industrial Italiano.

Es decir, que el movimiento codificador sigue estando presente y teniendo una vitalidad indudable en el desarrollo actual de la legislación en diversos países.

V J Delimitación de la legislación mercantil

En la actualidad es obvio que la nueva codificación tiene que basarse en la modernización de las normas jurídico-mercantiles. No es aceptable que la nueva legislación que se elabore de Derecho Mercantil deba quedar anclada en los criterios calificadores de finales del siglo XIX, sino que tiene que adaptarse a la evolución de las realidades económicas, evolución que se manifiesta en los planteamientos acogidos fundamentalmente por la doctrina mercantilista.

Esta doctrina ha pasado a vincular el Derecho Mercantil con la participación en el mercado, lo cual se coordina perfectamente con la exigencia constitucional de la unidad de mercado. Por ello se ha pasado de delimitar la materia mercantil por referencia a los empresarios, a delimitarla en torno a la figura de los operadores del mercado, que comprenden a los empresarios, pero también a los profesionales, científicos y artistas que producen bienes o servicios para el mercado y se incluyen también como empresarios a quienes se dedican a actividades agrarias y artesanales.

Se delimita la materia mercantil por la participación de los operadores de mercado en actividades de producción o cambio de bienes o prestación de servicios para el mercado, sin que haya lugar a la conocida problemática de los actos mixtos. Según el Anteproyecto son mercantiles los actos en que intervienen operadores del mercado en actividades de producción o intercambio de bienes o servicios en el mercado.

Ese criterio de mercantilidad sirve para calificar como mercantiles los contratos en que intervienen los operadores de mercado con actuaciones referidas al mercado también; pero no se aplican a todos los operadores las normas referentes al estatuto de los empresarios; por ejemplo, las normas que imponen la llevanza de una contabilidad.

Es pues la realidad del tráfico con sus exigencias la que impone lo que debe ser regulado como legislación mercantil. No se trata de establecer planteamientos dogmáticos y abstractos, sino que lo que procede es delimitar las normas que permitan el desarrollo en las mejores condiciones de las actividades vinculadas al mercado.

No se han incluido, como regla general en el ámbito del Código Mercantil las normas de protección de los consumidores, por considerar que, existiendo una Ley general de Defensa de Consumidores y Usuarios, que por su amplitud podría considerarse como un código de protección de los consumidores, no parecería admisible ignorar esa realidad legal, que además ha sido puesta al día recientemente con una última modificación para incorporar diversas directivas comunitarias.

Tampoco se han incluido dentro del ámbito del Código las normas de Derecho Concursal, por entender que no son disposiciones exclusivamente mercantiles, sino que tienen una parte muy importante

de Derecho Procesal, de tal manera que puede considerarse que la legislación concursal forma una unidad legislativa con autonomía propia.

De todas formas no puede olvidarse que en el Código se declara expresamente la aplicación de las normas de protección de los consumidores en los casos en que proceda. Y en algún supuesto concreto se ha establecido alguna norma de Derecho Concursal, por razón de remisiones contenidas en la propia legislación concursal, que imponía la consideración del hecho concursal en determinados supuestos sometidos al Código.

Se constituye así una legislación mercantil, que se racionaliza y se coordina interiormente, por tratarse de normas destinadas todas ellas a la regulación del mercado. La referencia al mercado como ámbito fundamental en el que se desarrollan las actividades jurídico-privadas, permite plantear la regulación más adecuada a los vínculos privados que se incluyan en el ámbito del Código Mercantil.

La noción de operador del mercado u operador económico marca decisivamente la delimitación de lo que debe ser ahora en España el Derecho Mercantil. Por una parte, no cabe ignorar que en la nueva regulación de la legislación mercantil hay que considerar como elemento fundamental para la hacer la distinción adecuada, la referencia a los operadores de mercado, tales como los profesionales, los artesanos, o los agricultores. El hecho de que haya operadores de mercado que no deban considerarse como normas referidas al estatus de los profesionales, artesanos o agricultores no pone de manifiesto mas que una realidad que se da en el tráfico y es que esas personas, aunque no sean empresarios en sentido estricto tienen la consecuencia de que su intervención en un negocio jurídico hace que ese negocio deba considerarse como jurídico-mercantil, con lo cual se evita el posible fraccionamiento del mercado.

Por tanto, el Código Mercantil lo que hace es racionalizar y coordinar las normas jurídico privadas que deben aplicarse en el mercado. Es muy importante hacer constar que la delimitación de la materia mercantil no permite excluir del ámbito de esa legislación a los actos mixtos, puesto que si no se sometieran estos actos al Código surgiría nuevamente el problema del fraccionamiento de la legislación aplicable.

El hecho de incluir unas normas en el ámbito del Código Mercantil da lugar a una mejora extraordinaria de la seguridad jurídica, puesto que el hecho de que la norma proclame de forma evidente el carácter mercantil de la misma, conlleva la seguridad de que esa misma norma será aplicable en todo el territorio español.

Y además, tiene que manifestarse que en la regulación incluida en el Código Mercantil no se comprenden las normas protectoras de los consumidores, puesto que se trata de normas jurídico privadas que ya han tenido oportunidad de tener en cuenta a los productos que, cualquier que sea su origen están destinados a su negociación en el

mercado. Y tampoco se han incluido las normas referentes a relaciones jurídico-públicas.

Así pues, en el texto del Código que se está tramitando, su finalidad básica es asegurar la unidad del mercado en las relaciones jurídico-privadas, produciendo además la modernización en general de todas las instituciones vinculadas a la contratación en el mercado y por último, de esa manera queda claro en cada caso cuando se está ante una norma jurídico-mercantil.

Al llevarse a cabo un texto de Código con las características mencionadas, es fundamental comprender que la denominación del Código como *Código Mercantil* en lugar de *Código de Comercio* no es una cuestión puramente estética o literaria, sino que responde a la realidad profunda de quienes participan en el mercado.

VI] Competencia desleal y defensa de la libre competencia

Esa participación en el mercado no puede limitarse a las relaciones jurídico-privadas, sino que se extiende también a las que podríamos denominar reglas impuestas por el ordenamiento jurídico a la regulación del mercado de manera que las disposiciones sobre competencia desleal o sobre defensa de la competencia que nacieron totalmente separadas del Derecho Mercantil tradicional, se integran ahora en el Código, haciendo coherente el planteamiento global según el cual el Código Mercantil comprende las normas que deben regir en el mercado para las relaciones jurídico-privadas de los operadores de mercado. Por esa razón, el hecho de calificar al Código como *mercantil* tiene un significado importante, pues hace referencia a todas las participaciones en el mercado mientras que mención del *comercio* se refiere solamente a una modalidad de las actuaciones posibles en el mercado, la de interponerse entre productores y consumidores para la transmisión de los bienes que se negocian en el mercado. La noción de mercantil es mucho más amplia pues se refiere en general a todas las operaciones que puedan realizarse en el mercado.

VII] El Código Mercantil como obra colectiva

Se enfatiza de esta manera la idea de que no estamos ante una modificación del Código de Comercio vigente, sino ante un Código totalmente nuevo aunque algunas instituciones estuvieran ya reguladas.

Pero, además el anteproyecto ha sido posible por la existencia y vitalidad de la escuela mercantilista. Efectivamente, los avances doctrinales impulsados por la existencia de la escuela mercantilista se han incorporado al texto del Anteproyecto, de manera que puede decirse que la modernidad y el alto nivel del texto aprobado hay que vincularlo a la evolución doctrinal de la escuela.

El carácter colectivo de la autoría de la Propuesta significa además que ésta se ha beneficiado y ha sido posible por el esfuerzo de

muchos especialistas cualificados. Pero, como obra colectiva que es, no refleja necesariamente en todas las cuestiones el criterio de todos los participantes en el trabajo.

Hay que poner de manifiesto que, como lo reflejan las actas de las sesiones, son muchas las cuestiones que han dado lugar a discusiones intensas, a través de las cuales se trataba de llegar a planteamientos consensuados, pero en ocasiones ha sido necesario recurrir a la aprobación de los textos por medio de votaciones. Es obvio que en tales casos la Propuesta de Código recoge el criterio mayoritario de la Sección, pero existen Vocales que no estaban de acuerdo a título personal con los textos que se aprobaban.

Desde el punto de vista formal es importante el hecho de aplicar al nuevo código la numeración de los artículos siguiendo el ejemplo de la codificación francesa, esto es, numerando los artículos según el libro, título y capítulo en el que se integran. Como se ha dicho, de esta manera se facilita la introducción de nuevas normas o la modificación de las existentes sin necesidad de tener que cambiar toda la numeración de los artículos del Código.

VIII] Contenido de la propuesta de Código Mercantil

Desde el punto de vista de su contenido, la materia regulada debe ser fundamentalmente la referida a las relaciones jurídico-privadas de los operadores económicos en el mercado. Esto implica, por tanto, tener en cuenta desde el punto de vista subjetivo no sólo a los empresarios, sino también al resto de los operadores económicos que actúan en el mercado.

Por lo demás, debe incluirse como una parte importante del nuevo Código las normas reguladores del Derecho de la competencia. (Propiedad intelectual e industrial 149.1.º. Derecho de la Competencia TC 30.-XI-1982, 1-VII-1986 y 11-XI-1999).

El Proyecto de Código constituye por lo tanto una obra fundamental para asegurar la unidad de mercado en las relaciones jurídico-privadas de los empresarios y restantes operadores económicos.

Y por supuesto, se trata de un Proyecto cuidadosamente elaborado a lo largo de los siete últimos años. Es decir, que no hay en el Proyecto nada de improvisación, sino una labor continuada y sería como exige un Código que se pretende que se mantenga en vigor durante mucho tiempo.

Hay que destacar además que en la redacción de este texto legal han participado más de sesenta especialistas con prestigio en las materias en las que han colaborado.

Para poner de manifiesto la importancia del texto basta considerar que el Anteproyecto tiene ahora 1.726 artículos (el texto elaborado originariamente por la Sección, tenía más de 1.900 artículos) divididos entre siete Libros más un Título preliminar. El Título Preliminar determina el ámbito de aplicación del Código. El Libro Primero se refiere

al empresario y a la empresa; el Libro Segundo a las sociedades mercantiles, el Libro Tercero trata del Derecho de la competencia y de la propiedad industrial; el Libro Cuarto de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general; el Libro Quinto de los contratos mercantiles en particular; el Libro Sexto de los valores e instrumentos de crédito y pago y el Libro Séptimo de la prescripción y caducidad.

El nuevo Código comprende la regulación de las obligaciones y contratos mercantiles. Ciertamente las normas que se incluyen en esta materia pueden coincidir en gran medida con la regulación del Código Civil Estatal o de la "Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos" que se ha publicado por la Sección primera de la Comisión General de Codificación. Esa coincidencia es lógica teniendo en cuenta que las normas en esa materia se han tomado, tanto para la Propuesta de modernización realizada por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación como en el borrador de Código Mercantil de los Principios Unidroit, de la misma manera que la regulación de la compraventa incorpora normas tomadas del Convenio de Viena sobre la compraventa mercantil internacional. Y no está de más recordar que tanto los Principios Unidroit como el Convenio de Viena contienen una regulación pensada fundamentalmente para regir las relaciones mercantiles.

Partiendo, pues, de la coincidencia en la Propuesta de modernización por una parte y el nuevo Código Mercantil por otro, de las normas básicas de carácter general de obligaciones y contratos, es preciso incluir normas coincidentes con las normas civiles, por cuanto, como ya se ha expresado anteriormente, la regulación constitucional no garantiza que las normas que se apliquen como supletorias o complementarias del Código Mercantil sean precisamente las del Código Civil estatal.

Se incorpora al código la regulación de los distintos tipos de contratos mercantiles. Muchos de ellos están regulados ya por leyes especiales que deberán integrarse en el nuevo código con las adaptaciones oportunas y modernizándolas en la medida en que sea conveniente. También se incluirán nuevas normas sobre tipos contractuales que carezcan hasta ahora de regulación legal y que sin embargo convenga regular.

Ciertamente la nueva regulación de obligaciones y contratos que se incluye en el Código Mercantil, al ser aplicable para las relaciones jurídico-privadas de los operadores económicos en el mercado, tendrán una vigencia seguramente más amplia que la de las correspondientes normas del Código Civil. Pero es que, hay que partir de la base según la cual en la nueva organización de la legislación jurídico-privada, el hecho de que la regulación mercantil se aplique en muchos más casos que la legislación correspondiente civil no hace que deba desaparecer la regulación mercantil, sino que esta pasa a formar parte del Derecho común en las materias reguladas por la legislación mercantil.

Es preciso recordar que existiendo una distinción entre Derecho Mercantil y Derecho Civil no es admisible considerar que las normas mercantiles se conviertan en civiles por su generalización. Lo que caracteriza al Derecho mercantil no es su especialidad frente al Derecho civil, sino la realidad que regula, esto es, la materia mercantil constituida por las actividades de quienes se dedican habitualmente a ofrecer públicamente bienes o servicios para su contratación con terceros, esto es, para captar una clientela.

Otro criterio importante para la elaboración del nuevo Código Mercantil consiste en no incluir la regulación legal establecida para la protección de los consumidores. Desde un punto de vista sistemático, no parece dudoso que la regulación protectora de los consumidores forma parte importante de la regulación de las relaciones jurídico-privadas del mercado. Pero ante todo la propuesta de nuevo Código Mercantil debe ser realista, de tal manera que el anteproyecto que se redacte ofrezca los menos problemas posibles para su aprobación como texto legal. Y no parece razonable que al poco tiempo de la aprobación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que puede considerarse, por su sistemática, como un verdadero código, pueda derogarse ese texto refundido para integrar su contenido en un futuro Código Mercantil.

Así pues, la fundamentación de la necesidad del nuevo Código Mercantil resulta clara desde el punto de vista constitucional de la unidad de mercado y también es evidente que este nuevo Código Mercantil debe servir para integrar en él la regulación de las principales instituciones jurídico-mercantiles. Ello significa que no toda la regulación del nuevo código debe ser nueva, sino que junto a partes novedosas, se incluirán textos legales ya vigentes revisados en su caso en aquellos puntos en que se considere oportuno.

Si se desciende en cada uno de los Libros que constituyen el Código tenemos que en el Título Preliminar se delimita la materia mercantil en torno a la figura nueva de los *operadores de mercado*. También debe mencionarse que se incluye en la regulación del Código la figura del emprendedor, pero integrándola de forma coherente dentro de la regulación del empresario y del Registro mercantil.

En el Libro Primero hay normas que regulan por primera vez las operaciones y contratos que tienen por objeto las empresas como conjuntos.

Asimismo es importante el cambio en la regulación del Registro Mercantil, puesto que se dispone como ha de incidir en el Registro Mercantil la incorporación de medios tecnológicos, especialmente de la Plataforma electrónica central.

El Libro Segundo se refiere a las sociedades mercantiles y tiene una gran extensión. En primer término se fusionan dentro de este Libro dos textos legales vigentes y que tienen autonomía cada uno de ellos: la Ley de sociedades de capital y la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Ese Libro Segundo no solo integra las normas generales sobre sociedades mercantiles, sino que incluye una revisión con cambios importantes en todo el régimen de las sociedades mercantiles, incluyendo a las sociedades de personas.

Puede mencionarse como especialmente significativa la nueva regulación sobre impugnación de acuerdos sociales, o sobre disolución, separación o exclusión. Igualmente son novedosas las normas que integran el capítulo sobre sociedades cotizadas o las que se refieren a las uniones de empresas.

En el Libro Tercero se incluyen materias que tradicionalmente no estaban en el Código de Comercio y que se vinculan de manera indisoluble a la regulación de las actividades jurídico-privadas y de actuación en el mercado; es el caso de las normas sobre competencia desleal y sobre defensa de la competencia.

Vale la pena destacar que se regulan las acciones comunes de Derecho privado que pueden ser ejercitadas en aplicación de lo dispuesto sobre competencia desleal y sobre defensa de la competencia.

En este Libro Tercero se incluyen igualmente algunas normas básicas y comunes a todas las modalidades de propiedad industrial.

En el Libro Cuarto se incluyen las normas básicas sobre obligaciones y contratos mercantiles en general. Esas normas se han tomado fundamentalmente de textos como la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercancías, los Principios Unidroit y los elaborados por la Comisión Landó.

Se regulan, pues, en este Libro las distintas fases de la vida del contrato, incorporando normas importantes como las referentes a la morosidad o a la aplicación de las nuevas tecnologías a la contratación mercantil, contratación por medios electrónicos, incluyendo también artículos sobre la contratación en pública subasta y por máquinas automáticas.

Igualmente, son de interés las normas que regulan las cláusulas, muy frecuentes en el tráfico mercantil, sobre confidencialidad y exclusiva.

En el Libro Quinto se incluyen muchos contratos que se consideran mercantiles, siendo de destacar que el texto propuesto intenta dejar lo más claro posible qué elementos hacen que un contrato sea mercantil. Y es relevante el hacer constar que, como norma general, las disposiciones incluidas en este libro del Código tienen en general carácter dispositivo.

Tiene que ponerse claramente de manifiesto que cada tipo contractual que se regula en este Libro hay que considerarlo en el conjunto del Código; por ello, no se precisa una regulación completa de cada modalidad contractual, puesto que esa regulación completa se consigue al completarse la regulación específica del contrato con las normas generales sobre obligaciones y contratos.

Se regulan treinta y siete contratos. Mencionando ya los contratos que se regulan legalmente por primera vez, cabe señalar el suministro, el contrato de obra por empresa, y el contrato de prestación

de servicios mercantiles. También comprende el Código en este Libro, como nueva categoría importante, la de los contratos para las comunicaciones electrónicas.

Entre los contratos de servicios mercantiles figuran también los publicitarios, o los de obra por empresa y entre los publicitarios están algunos que no habían sido regulados hasta ahora como los de patrocinio, reclamo mercantil y permuta publicitaria.

Los contratos de servicios turísticos se habían regulado, dada la importancia que para la economía española tiene el turismo. Estos contratos han sido suprimidos del Anteproyecto de Código, igual que ha ocurrido con la regulación de los contratos de distribución.

Una novedad muy importante consiste en que se regulan por primera vez los contratos financieros mercantiles, que incluyen doce tipos contractuales.

En algunos contratos tradicionalmente considerados como mercantiles, se introducen también cambios en la regulación aplicable a los mismos. Así ocurre con la compraventa mercantil en cuya regulación se aplican los criterios establecidos en la Convención de Viena y en las directivas de la Unión Europea.

Novedosa es también la regulación de la cesión y licencia de bienes inmateriales, teniendo en cuenta que la noción de *bienes inmateriales* aparece por primera vez en un texto de Código Mercantil.

Significativo de la profundidad del estudio realizado para la elaboración de este Código es que se considera que el depósito mercantil es un contrato consensual, y no un contrato real como establecía la doctrina hasta ahora.

En materia de transporte se incorporaba al Borrador de Código la Ley 15/2009 de Transporte Terrestre de Mercancías; pero esa regulación ha sido suprimida del Texto del Anteproyecto. El depósito de dinero no transforma al depositante en acreedor, sino que sigue siendo el dueño del dinero depositado, lo cual es importante en el ámbito concursal, y en cuanto al depósito de valores, ya no es depósito en sentido propio, cuando el valor se expresa en anotaciones en cuenta. Y en el contrato de seguro se mantiene el planteamiento básico de la Ley de contrato de seguro, con modificaciones puntuales, pero que a veces son importantes, vinculadas a la evolución de las circunstancias en el mercado.

El Libro Sexto se dedica a los títulos-valores y demás instrumentos de pago y de crédito. Se establecen normas generales aplicables a los títulos-valores, normas que no existían hasta ahora a nivel legislativo.

Se regula la factura aceptada, y también los títulos de tradición que facilitan la circulación de las mercancías cuando momentáneamente están inmovilizadas.

Se regulan los valores mobiliarios, distinguiendo según sean mediante títulos o anotaciones en cuenta. Y se incluye asimismo una regulación mínima sobre las tarjetas de crédito.

En el Libro Séptimo se incluyen cambios profundos frente a las normas vigentes, en la regulación de la prescripción y la caducidad. Así, por ejemplo se admite la interrupción de la prescripción por requerimiento extrajudicial pero solo por una única vez, regulándose también por primera vez la suspensión de la prescripción y de la caducidad.

Se han introducido además, por disposiciones legales publicadas últimamente, artículos que tratan de la incidencia que sobre mediación o arbitraje pueden tener en relación con la prescripción y la caducidad.

En el texto del Anteproyecto se incorporan en algunas materias las leyes ya existentes con modificaciones puntuales. Pero son muchas las materias en las que se incorporan disposiciones que regulan materias que carecían hasta ahora de regulación legal. Así ocurre por ejemplo, en las normas que regulan la empresa y la transmisión de las empresas o modalidades modernas de contratación como la contratación electrónica, la contratación en pública subasta y la contratación automática. Y especialmente innovador es el Libro Quinto sobre contratos mercantiles en particular, puesto que incorpora la regulación de muchos tipos de contratos que hasta ahora carecían de una normativa a nivel de ley. Por ejemplo, los contratos para las comunicaciones electrónicas y los contratos financieros mercantiles. Para poner de manifiesto la aportación importante que se refiere a la regulación de nuevos tipos contractuales, baste decir que se regulan más de treinta y siete modalidades de contratos que hasta ahora carecían de regulación a nivel de ley.

En el proyecto no se incluyen las normas de la legislación concursal ni tampoco las de Derecho marítimo. El Derecho concursal tiene una parte importante de Derecho procesal, por lo que no parece que pueda reconducirse exclusivamente a una regulación definida como mercantil, aparte de que la extensión de la ley concursal excedería de los límites razonables del nuevo Código. Y la legislación de Derecho marítimo siempre ha sido considerada como una parte con autonomía dentro de la legislación mercantil, razón por la cual se acaba de promulgar la Ley 14/2014, de Navegación Marítima. La promulgación de esa ley tiene el importante efecto de que en las normas del Código Mercantil será posible derogar íntegramente el Código de Comercio de 1885.

IX] Proceso de elaboración del nuevo código

Para la elaboración del Borrador del Texto del Código se constituyeron dos Ponencias, una sobre el estatuto mercantil del empresario, y otra sobre sociedades mercantiles y además diecisiete grupos de trabajo. Cada grupo de trabajo estaba presidido por un vocal de la Sección e integrado por dos miembros propuestos por ese vocal. Los miembros de los grupos designados fueron nombrados vocales adscritos a la Sección. También se constituyó una Ponencia de coordinación.

La organización del trabajo ha sido la siguiente: Se asignó la regulación de una materia determinada a cada una de las Ponencias y grupos de trabajo, de acuerdo con un índice preliminar aprobado por la Sección. Las Ponencias y los grupos de trabajo elaboraron un primer borrador que fue examinado por la Ponencia de coordinación que hizo las observaciones oportunas a la vista de las cuales las Ponencias y grupos de trabajo revisaron el texto que habían propuesto. Ese texto revisado se discutió en el Pleno de la Sección y una vez aprobado, pasó nuevamente a la Ponencia de coordinación para unificar el estilo, evitar repeticiones e integrar los diversos títulos y capítulos de una forma coordinada al conjunto del Código.

Este dato del carácter colectivo de la Propuesta significa ciertamente que la Propuesta se ha beneficiado y ha sido posible por el esfuerzo de muchos especialistas cualificados. Pero, como obra colectiva que es, no refleja necesariamente en todas las cuestiones el criterio de todos los participantes en el trabajo.

X] Seguridad jurídica y Código Mercantil

En relación con esta labor codificadora se aprecian los aspectos positivos de una tarea de esta naturaleza. Al codificar se hace un trabajo fundamental de racionalidad y coordinación de las disposiciones legales que se incluyen en el texto codificado. En efecto, al incluir las normas dentro del Código es imprescindible juzgar si se trata de normas de carácter general o por el contrario de preceptos especiales por la institución que regulan. Así ocurre que muchas normas que aparecen repetidas en leyes especiales, aunque a menudo con distinto texto, al incluirse en el Código se comprueba su carácter de norma general, lo cual implica que se regulan una sola vez y se aplican a una pluralidad de instituciones con lo cual se reduce el número de preceptos y se obliga al prelegislador a juzgar si una norma de carácter especial está justificada o no dada la finalidad que se pretende cubrir con ella. Así pues, se reduce drásticamente el número de preceptos legales y se asegura la coordinación de los mismos evitando no sólo su proliferación sino además las posibles contradicciones o incoherencias que surgen cuando lo que se hace es promulgar leyes independientes para cada institución jurídica.

Pero la gran aportación de un nuevo Código Mercantil consiste en que refuerza extraordinariamente la seguridad jurídica de las operaciones en el mercado. Seguridad jurídica porque se delimita de una manera mucho más clara que cuando se dictan leyes independientes a la materia jurídico mercantil para la que rigen normas aplicables en todo el territorio del mercado español. Se evita así cualquier duda en torno a la normativa aplicable a cada operación. La seguridad jurídica se refuerza también al regular las distintas instituciones, muchas de las cuales carecían de una regulación legal. Así la inclusión de normas para muchos contratos que carecían de ese tratamiento legal favorece

también la seguridad, al establecer unos términos de referencia que pueden ser invocados por las partes para solucionar las dudas que puedan surgir en sus relaciones comerciales. Y muy especialmente, se aumenta la seguridad para las relaciones jurídicas de las Pymes, puesto que les es más fácil utilizar la regulación legal para las distintas operaciones que realizan, más fácil que tener que establecer una normativa contractual sin ningún apoyo ofrecido por el legislador.

Debe ponerse de manifiesto como la promulgación de un Código Mercantil moderno, claro en su redacción, facilita la actuación de los operadores de mercado y evita en gran medida los litigios que se producen cuando las normas son oscuras o de difícil interpretación o cuando lo que ocurre es que falta una norma aplicable al supuesto de hecho. La existencia de un cuerpo de normas claras y adaptadas a la realidad es extraordinariamente beneficiosa para la actuación de los operadores en el mercado y, por consiguiente, ofrece una base sólida para el desarrollo económico en general.

Y desde el punto de vista de las Pymes, un Código que regula expresamente muchas de las Instituciones jurídico-mercantiles, les favorece clarísimamente por cuanto la regulación legal elimina gastos de estudio de los contratos no regulados y da seguridad jurídica, al tener como referencia una regulación legal que permita evitar los litigios o defenderse con el apoyo de las normas legales aunque sean de carácter dispositivo.

En cualquier caso es evidente que si se promulga, como es de esperar, el nuevo Código Mercantil, marcará un hito fundamental para impulsar la seguridad jurídica en las operaciones que se realicen en ese mercado único que es España.

Daño moral a las sociedades mercantiles o comerciantes

MIGUEL ANGEL CÁRDENAS RODRÍGUEZ¹

SUMARIO: I. Breve reseña histórica. II. Imposición de la cultura europea. III. La codificación. IV. Breve estudio de Derecho de daños comparado. V. Exposición del problema. VI. La hacienda de la negociación mercantil. VII. Ley Federal del Derecho de Autor. VIII. Tipos de daños.

Resumen. Los agentes económicos o mercaderes de la actualidad han generado que nuestra sociedad se encuentre inmersa en una actividad incesante de consumo de bienes y servicios. Y desafortunadamente se abandonan las buenas costumbres en la actividad comercial realizando prácticas desleales de comercio y denostando a la competencia. La finalidad de este trabajo es preparar a los estudiosos del derecho a la posibilidad de demandar el daño moral a la empresa y al comerciante.

Palabras clave: Daño moral, derecho de daños, competencia desleal.

Abstract. The current economic agents and merchants have generated that our society is immersed in an incessant activity of consumption of goods and services. Unfortunately, the good customs have been abandoned in the commercial activity, by realizing perfidious practices and insulting the competence. The purpose of this paper is to prepare lawyers and scholars to the possibility of claiming moral damage to enterprises and merchants.

Keywords: Moral damages, torts.

I] Breve reseña histórica

La mejor expresión artística del proceso evolutivo histórico de nuestro país se encuentra plasmado en los lienzos ubicados en el Instituto Cabañas, donde el maestro José Clemente Orozco, se expresó por medio del cuadro llamado *La Rueda*, en donde se plasma a un pueblo conquistador que destruye parte de las costumbres del pueblo dominado imponiendo las suyas.

Los españoles que llegaron a estas tierras de América, fueron sorprendidos por las costumbres de los pueblos que encontraron a su

¹ Juez Décimo Tercero de lo Civil en el Estado de Jalisco y profesor de Derecho en la Universidad de Guadalajara. (universidad donde trabajan/institución)

paso, hasta llegar a la gran Tenochtitlan. Se dieron cuenta de la bella ciudad y las actividades de sus habitantes, sobresaliendo aquel gremio de comerciantes llamados *Pochteca*, quienes nos dejaron como herencia los caminos por los que transitaban los cuales, después fueron carreteras uniendo a los pueblos. Su principal fuente de actividades se desarrollaba en el mercado de Tlatelolco, donde comparecían los comerciantes para adquirir mercancías y a fin de respetar las costumbres adquiridas contaban con un tribunal propio integrado por ancianos *Pochtecas* jubilados de la actividad de comercio.

El comercio se practicaba en el mercado tradicional de Tlatelolco y en otros lugares. Se buscaba la sombra de frondosos árboles para la exposición de sus mercaderías, a este mercado se le llamo *tianquiztli*. Las crónicas de Indias del siglo XVI, como la del soldado de Cortés Bernal Díaz del Castillo, en su *Historia Verdadera De la Conquista de la Nueva España*, la propia de Hernán Cortés en sus cartas de relación y Francisco López de Gómara en *Historia general de las Indias*, incluyen amplias descripciones de los *tianquiztlis* de México-Tenochtitlan; como esta de Gómara; [...] Llamam *tianquiztli* al mercado. Cada barrio y parroquia tiene su plaza para contratar el mercado. Más México y Tlatelolco, que son los mayores, las tienen grandísimas. Especial lo es una de ellas, donde se hace mercado los más días de la semana; pero de cinco en cinco días es lo ordinario, y creo que la orden y costumbre de todo el reino y tierras de Moctezuma. La plaza es ancha, larga, cercada de portales, y tal, en fin, que caben en ella sesenta y aun cien mil personas, que andan vendiendo y comprando; porque como es la cabeza de toda la tierra, acuden allí de toda la comarca, y aún lejos. Y más todos los pueblos de la laguna, a cuya causa hay siempre tantos barcos y tantas personas como digo, y aún más.

Este mercado posteriormente cambió para ser conocido como *tianguis*, mercadillo que hasta la fecha conservamos y que existe también en otros países como en España se le conoce como *Zoco* o *Mercadillo* en Estados Unidos de Norte América como *Flea Market* (mercado de pulgas), en Costa Rica como *tilicheras*. El *tianguis* es una mezcla de las tradiciones mercantiles de los pueblos prehispánicos de América, los cuales nos han dejado diversas tradiciones como es el caso de *tapatíos*, el nombre que se le asigna a los nacidos en la ciudad de Guadalajara, capital del estado, y *jaliscienses* a los que nacen en el interior del Estado de Jalisco, y según parece esta palabra se deriva del náhuatl *tapatíotl* en una forma de practicar el comercio que significa que vale por tres, y probablemente sea el origen de que en la actualidad en los lugares que se disfruta la cena de *comal*, la orden de *enchiladas*, *sopes* y *tacos* se sirvan en la cantidad de tres.

La llegada de los españoles no tenía la intención de la conquista. El verdadero propósito de Cristóbal Colón era de naturaleza comercial. Buscaba una ruta que lo condujera a las Indias para surtir las especias usadas en la gastronomía. Seguramente, en la confusión a los habitantes del lugar descubierto los llamaron indios. Posteriormente, el cambio de

mentalidad condujo hacia la conquista del recién descubierto continente, la cual inició una persona diversa al descubridor, ya que el comandante de la conquista es Hernán Cortés.

II] Imposición de la cultura europea

A partir de que el pueblo azteca fue vencido, inició como bien lo plasma en sus pinturas el muralista José Clemente Orozco la destrucción de los usos y costumbres del pueblo azteca y sus territorios dominados, para implantar los usos y costumbres de la cultura europea.

Uno de los textos jurídicos que fueron impuestos por el pueblo conquistador fueron las Siete Partidas que se atribuyen históricamente a Alfonso X, "El Sabio" en virtud de lo cual son conocidas también como el Código Alfonsino y para los efectos de este trabajo nos sirve de báculo para el estudio de los temas correspondientes ya que en la Partida Quinta se reconocen los tipos de actividades del ser humano, la primera en el Título VII, la actividad de la capción de bienes y servicios para ofertarlos a un consumidor y se refiere en los siguientes términos: *De los mercaderes e de las ferias, e de los mercados e cuales son llamados mercaderes, e del diezmo e del portazgo que han de dar por razón de ellos.*

Nos entrega una definición de mercaderes que son aquellos hombres que señaladamente acostumbran entre sí vender o comprar y cambiar una cosa por otra porque las riquezas y las ganancias que hacen comprándolas y vendiéndolas en las ferias y en los siete mercados, y posteriormente en el Título X, se reconoce el ayuntamiento que hacen los mercaderes para sumar los esfuerzos y crear las sociedades o negociaciones mercantiles en los siguientes términos: *De la compañía que hacen los mercaderes e los otros hombres entre sí para poder ganar algo más ligero, ayuntando su haber en uno.*

Posteriormente en la Partida Séptima se reconoce la institución jurídica del derecho de daños que con el paso de tiempo quedó inserta en los nuevos códigos como las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos y de la responsabilidad civil objetiva y se establece en los siguientes términos: *Título XV De los daños que los hombres o las bestias hacen en las cosas de otro de cual naturaleza quieren que sean.*

Posteriormente se realiza una definición del daño estableciendo, que es *empeoramiento o menoscabo o destruimiento que hombre recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro* y se señalan tres maneras del daño, la primera *es cuando se empeora la cosa por alguna otra que mezclan o por otro mal que hacen*, la segunda *es cuando se mengua por razón del daño que hacen en ella*, y la tercera *cuando por el daño se pierde o se destruyen las cosas del todo*. Este capítulo contiene un total de 28 leyes y muchas de ellas se encuentran reconocidas en los textos actuales.

La institución jurídica que reconoce que el hombre o sus cosas pueden causar daños injustos a terceros, tiene sus antecedentes en el

tribuno de la plebe Aquilio Galo, quien en el siglo I A.C. era parte de la última generación de juristas de la primer etapa clásica del Derecho Romano y amigo de Cicerón, a quien se le atribuye la *Lex Aquilia* que los tratadistas del derecho de daño y de responsabilidad civil coinciden que es el inicio de esta institución jurídica.

Así, las Siete Partidas reconocen la actividad del hombre en el ejercicio del comercio, del ayuntamiento de esfuerzos en la manifestación de la autonomía de la voluntad y crean las sociedades mercantiles, las maneras del daño que puede hacer el hombre y sus cosas en las actividades mercantiles.

En la actualidad es común la frase "Dios y comercio", sin embargo, durante mucho tiempo no fue factible escuchar esta frase ya que la Iglesia no permitía actividades del lucro, lo que generó que los mercaderes acudieran a los sabios para establecer un rumbo que hermanara el comercio con la bendición del creador, y con este fin en 1517 ante Francisco de Vitoria, por aquél entonces en la Sorbona, fue consultado por comerciantes españoles afincados en Amberes sobre la legitimidad moral de comerciar para incrementar la riqueza personal. Desde un punto de vista actual se puede decir que era una consulta sobre la legalidad del espíritu emprendedor. Desde entonces y durante años posteriores, Vitoria y otros teólogos prestaron atención a los asuntos económicos. Se alejaron de posiciones ya obsoletas e intentaron sustituirlas por nuevos principios extraídos de la ley natural.

El orden natural se basa en la libre circulación de personas, bienes e ideas, de manera que los hombres pueden conocerse entre sí e incrementar sus sentimientos de hermandad. Esto implicaba que los comerciantes no sólo no eran moralmente reprobables, sino que llevaban a cabo un servicio importante para el bienestar general.

Y a partir de este comentario quienes profesaban la religión cristiana empezaron a practicar con más confianza y sin dudas morales el comercio tratando de reponer la ventaja que había adquirido en la práctica comercial quienes no practicaban la religión cristiana, como es el caso de los árabes y judíos.

Las Siete Partidas fueron publicadas -según la mayoría de los historiadores- en el año de 1265 y de esta fecha hasta el año año de 1517, cuando los comerciantes recibieron el comentario del maestro Francisco de Vitoria, el comercio fue ejercido principalmente por judíos y árabes. Pasaron muchos años hasta que para resolver las controversias aparecieron, las Ordenanzas de Sevilla, Bilbao y Burgos.

III] La codificación

Este movimiento cierra e inicia una etapa en el mundo jurídico a cargo de Napoleón Bonaparte, quien tenía la influencia de su padre abogado con la colaboración de los principales juristas de la época, formó una comisión encargada de la redacción del código civil integrada por el presidente de la Corte de Casación de apellido Tronchet, el juez

de la misma corte Malleville, el alto oficial administrativo Portalis y el antiguo miembro del Parlamento de Paris Bigot de Preameneu, quienes en de cuatro meses presentaron un borrador del llamado *Code*. Se editaron 5 códigos como fueron el civil, mercantil, penal y los de procedimientos civiles y penales, quedando publicados el 21 de marzo de 1804. Se terminó con la costumbre de editar los códigos en latín, para hacerlo en el idioma del pueblo francés. Este movimiento histórico, fue la semilla de la unificación sistemáticas de las instituciones jurídicas y gracias a su difusión, fue adoptado por la mayoría de los pueblos. A partir de este movimiento, se inició una separación entre el *code civil* y el derecho mercantil, con la publicación independiente de cada uno de los códigos, pero la institución jurídica del derecho de daños quedó reconocida según lo siguiente:

CAPÍTULO II

De los delitos y de los quasi-delitos

Artículo 1382. Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo.

Artículo 1383. Cada cual será responsable del daño que cause no solamente por su actuación, sino también por su negligencia o por su imprudencia.

Artículo 1384. La persona será responsable no solamente del daño que cause por su propia actuación, sino también por el que causara por la actuación de personas de las que deba responder, o de cosas que permanezcan bajo su guarda.

Sin embargo, aquél que detente, en virtud de cualquier título, todo o parte del inmueble o de los bienes mobiliarios en los que hubiera nacido un incendio, sólo será responsable, frente a terceros, de los daños causados por este incendio si se prueba que éste se produjo por su culpa o por culpa de las personas de las que fuera responsable.

Esta disposición no se aplicará a las relaciones entre propietarios y arrendatarios, que se encuentren contempladas en los artículos 1733 y 1734 del Código Civil.

El padre y la madre, en tanto que ejercen la patria potestad, serán solidariamente responsables del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos.

Los propietarios y los comitentes, del daño causado por sus criados y encargados en el desarrollo de las funciones que les hubieran encargado. Los maestros y los artesanos, del daño causado por sus alumnos y aprendices durante el tiempo que permanezcan bajo su vigilancia.

La responsabilidad anteriormente mencionada tendrá lugar, a menos que el padre, la madre y los artesanos prueben que no pudieron impedir el hecho que dio lugar a esta responsabilidad.

En lo que concierne a los maestros, las faltas, imprudencias o negligencias invocadas contra ellos como causantes del hecho dañoso,

deberán ser probadas, conforme al derecho común, por el demandante, en la instancia.

Artículo 1385. El propietario de un animal, o quien se sirva de éste, mientras estuviera usándolo, será responsable del daño que el animal haya causado, bien que el animal estuviera bajo su guarda, o bien que se hubiera extraviado o escapado.

Artículo 1386. El propietario de un edificio será responsable del daño causado por su ruina, cuando ésta se hubiera producido como consecuencia de su falta de mantenimiento o por el vicio de su construcción.

Por lo anterior, nos permite arribar a la conclusión de que en el code se perfeccionó la herencia universal del jurista Aquilio Galo, en lo que se conoce en algunos países como Responsabilidad Civil y en otros retoma el nombre del derecho de daños, mas sin embargo la adopción permite una unificación de criterios en diverso países, y para mejor comprensión del tema realizamos un:

IV] Breve estudio de Derecho de daños comparado

El Código Civil Francés fue la semilla generadora de la ordenación jurídica en materia de daños y modelo que fue adoptado en diversos países como consta en las siguientes referencias:

En el Código Civil Español contiene el capítulo de *De las Obligaciones que Nacen de Culpa o Negligencia*, a partir del artículo 1902 en los siguientes términos: *el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño.*

En el Código Civil Argentino queda en los siguientes términos: *“Artículo 1109. Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”.*

En el Código Civil Japonés quedó esta institución en el capítulo de *De los Actos Ilícitos*, en los siguientes términos: *“Artículo 709. Indemnización de daños y perjuicios por acto ilícito: el que dolosa o culposamente lesione derechos o bienes ajenos jurídicamente protegidos, quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados”.*

En el Código Civil Alemán esta institución del Derecho de Daños quedó en el Título 27 Actos Ilícitos, en los siguientes términos: *Artículo 823. Deber de resarcimiento del daño. Quien dolosa o negligentemente lesione antijurídicamente la vida, cuerpo, salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho a otra persona, queda obligado frente a ésta al resarcimiento del daño que de ello resulta. La misma obligación incumbe a aquél que contraviene una ley que tiene por finalidad la protección de otro, si de acuerdo con el contenido de la ley, también es posible una*

contravención de la misma sin culpa, entonces el deber de resarcimiento sólo surge en caso de culpa.

Artículo 826. Quien de una forma que contraviene las buenas costumbres causa dolosamente un daño a otro, está obligado frente a éste al resarcimiento del daño.

En el Código Civil Federal de la República Mexicana quedó establecido en el numeral 1910: *El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.*

Y en el Código Civil del Estado de Jalisco: *Artículo 1387. El que obrando culpable e ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.*

Como ha quedado establecido, la institución jurídica del derecho de daños es universal, ya que el sistema anglosajón también lo reconoce en el concepto de daños punitivos o *punitive damages*.

V | Exposición del problema

El proceso evolutivo jurídico de las sociedades prevé que en su actuar el ser humano puede causar daños lo que genera una responsabilidad extracontractual. Por otro lado, en la autonomía de la voluntad, las partes de una relación contractual pueden establecer penas convencionales para el incumplimiento o cumplimiento tardío de sus obligaciones y la institución materia de la presente exposición es un hecho que quizás no contiene la intención de causar consecuencias jurídicas, mas éstas se generan por la hermandad entre la culpa y el daño.

Una de las interrogantes que podría generarse es si el daño intencional es producto del mal actuar del ser humano, Francisco de Vitoria, nos da un comentario del mal en los siguientes términos:

Existencia del mal en el mundo: Una idea revolucionaria entre las desarrolladas por los salmantinos es que se puede hacer el mal aunque se conozca a Dios, y se puede hacer el bien aunque se le desconozca. Es decir, la moral no depende de la divinidad. Esto resultaba especialmente importante para el trato con los paganos, ya que el hecho de que no fuesen cristianos no presuponía que no fuesen buenos.

Vitoria proporcionó una imagen nueva de la divinidad para intentar explicar la presencia del mal en el mundo. La existencia de éste hacía difícil creer que Dios pudiese ser infinitamente bueno e infinitamente poderoso a la vez. Vitoria explicó esta paradoja apelando al libre albedrío humano. Puesto que la libertad es concedida por el mismo Dios a cada hombre, no

es necesario que el hombre actúe eligiendo siempre el bien. La consecuencia es que el hombre puede provocar voluntariamente el mal.

Tomando en consideración esta opinión, podemos coincidir que en la competencia entre mercaderes o comerciantes, se puede pretender un mal intencional con la finalidad de causar un daño a un competidor.

Nuestro Código de Comercio, como es bien sabido, entró en vigor a partir del 1° de enero de 1890. La institución del derecho de daños estaba escasamente expuesta en la práctica forense y por ello más de alguno ha expresado que la institución del Derecho de Daños o Daño moral no se encuentra establecido o reconocido en el Código de Comercio, que regula entre otros las controversias que se susciten en las practicas mercantiles, concepto que en la actualidad es insostenible, toda vez que el mismo Código de Comercio nos abre la puerta para aplicar los conceptos del Derecho Civil en la actividad comercial en los siguientes términos: *Artículo 2°. A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal.*

Y con esta directriz, resultan aplicables las disposiciones contenidas en el Capítulo Quinto del Código Civil Federal, donde se establecen *Las Obligaciones que nacen de los actos ilícitos* (artículo 1910 al artículo 1934), por lo que invitamos a los lectores a repensar lo dispuesto por el artículo segundo del Código de Comercio.

Otras de las interrogantes a superar, es la opinión de que las sociedades mercantiles o personas morales que practican el comercio tienen reconocidos, como parte de su patrimonio, los derechos de personalidad que protegen a las personas físicas y que se encuentran establecidos en el siguiente artículo del Código Civil Federal:

Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisibile a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Estarán sujetos a la reparación del daño moral de acuerdo a lo establecido por este ordenamiento y, por lo tanto, las conductas descritas se considerarán como hechos ilícitos:

I. El que comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien;

II. El que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa;

III. El que presente denuncias o querellas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y

IV. Al que ofenda el honor, ataque la vida privada o la imagen propia de una persona.

La reparación del daño moral con relación al párrafo e incisos anteriores deberá contener la obligación de la rectificación o respuesta de la información difundida en el mismo medio donde fue publicada y con el mismo espacio y la misma circulación o audiencia a que fue dirigida la información original, esto sin menoscabo de lo establecido en el párrafo quinto del presente artículo.

La reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aun en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde dicha información, siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo.

Como se desprende de la disposición anterior se protege a la persona sin mencionar si es moral o física por lo cual debemos entender que esta institución jurídica protege tanto al comerciante como a la negociación mercantil.

En el legado cultural que nos dejó el maestro Francisco Vitoria nos orienta en el sentido que los comerciantes pueden buscar intencionadamente causar daño en el conjunto de bienes y derechos que forman parte del patrimonio del comerciante o de la negociación mercantil.

VI] La hacienda de la negociación mercantil

La hacienda de la negociación mercantil se constituye, entre otros, con el conjunto de bienes y derechos que forman el patrimonio de la sociedad mercantil o del comerciante, entre ellos los de propiedad industrial y derechos de autor. En los siguientes artículos se mencionan y regulan algunos de ellos.

1. Invenciones y patentes (Ley de la Propiedad Industrial)

Artículo 9. La persona física que realice una invención, modelo de utilidad o diseño industrial, o su causahabiente, tendrán el derecho exclusivo de su explotación en su provecho, por sí o por otros con su consentimiento, de acuerdo con las disposiciones contenidas en esta Ley y su reglamento.

Artículo 10. El derecho a que se refiere el artículo anterior se otorgará a través de patente en el caso de las invenciones y de registros por lo que hace a los modelos de utilidad y diseños industriales.

Artículo 15. Se considera invención toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer sus necesidades concretas.

2. Secretos industriales (Ley de la Propiedad Industrial)

Artículo 82. Se considera secreto industrial a toda información de aplicación industrial o comercial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma.

Artículo 86. La persona física o moral que contrate a un trabajador que esté laborando o haya laborado o a un profesional, asesor o consultor que preste o haya prestado sus servicios para otra persona, con el fin de obtener secretos industriales de esta, será responsable del pago de daños y perjuicios que le ocasione a dicha persona.

También será responsable del pago de daños y perjuicios la persona física o moral que por cualquier medio ilícito obtenga información que contemple un secreto industrial.

3. De las marcas (Ley de la Propiedad Industrial)

Artículo 87. Los industriales, comerciantes o prestadores de servicios podrán hacer uso de marcas en la industria, en el comercio o en los servicios que presten. Sin embargo, el derecho a su uso exclusivo se obtiene mediante su registro en el Instituto.

4. Nombre comercial (Ley de la Propiedad Industrial)

Artículo 105. El nombre comercial de una empresa o establecimiento industrial, comercial o de servicios y el derecho a su uso exclusivo estarán protegidos, sin necesidad de registro. La protección abarcará la zona geográfica de la clientela efectiva de la empresa o establecimiento al que se aplique el nombre comercial y se extenderá a toda la República si existe difusión masiva y constante a nivel nacional del mismo.

Artículo 89. Pueden constituir una marca los siguientes signos:- IV. El nombre propio de una persona física, siempre que no se confunda con una marca registrada o un nombre comercial publicado.

5. Dibujos, modelos industriales y avisos comerciales (Ley de la Propiedad Industrial)

Artículo 99. El derecho exclusivo para usar un aviso comercial se obtendrá mediante su registro ante el Instituto.

Artículo 100. Se considera aviso comercial a las frases u oraciones que tengan por objeto anunciar al público establecimientos o negociaciones comerciales, industriales o de servicios, productos o servicios, para distinguirlos de los de su especie.

6. De la protección de la denominación de origen (Ley de la Propiedad Industrial).

Artículo 156. Se entiende por denominación de origen, el nombre de una región geográfica del país que sirva para designar un producto originario de la misma, y cuya calidad o característica se deban exclusivamente al medio geográfico, comprendido en este los factores naturales y los humanos.

7. De los esquemas de trazado de circuitos integrados (Ley de la Propiedad Industrial).

Artículo 178 BIS. Los esquemas de trazado de circuitos integrados serán registrados y estarán protegidos en términos del presente Título. Al efecto, el Instituto tendrá las facultades siguientes:- I.- Circuito integrado: un producto, en su forma final o en una forma intermedia, en el que los elementos, de los cuales uno por lo menos sea

un elemento activo, y alguna o todas las interconexiones, formen parte integrante del cuerpo o de la superficie de una pieza de material semiconductor, y que esté destinado a realizar una función electrónica;-
II.- Esquema de trazado o topografía: la disposición tridimensional, expresada en cualquier forma, de los elementos, de los cuales uno por lo menos sea un elemento activo, y de alguna o todas las interconexiones de un circuito integrado, o dicha disposición tridimensional preparada para un circuito integrado destinado a ser fabricado.

Artículo 221 BIS. La reparación del daño material o la indemnización de daños y perjuicios por la violación de los derechos que confiere esta Ley, en ningún caso será inferior al cuarenta por ciento del precio de venta al público de cada producto o la prestación de servicios que impliquen una violación de alguno o algunos de los derechos de propiedad industrial regulados en esta Ley.

Artículo 222. Si del análisis del expediente formado con motivo de la investigación por infracción administrativa el Instituto advierte la realización de hechos que pudieran constituir alguno de los delitos previstos en esta Ley, así lo hará constar en la resolución que emita.

Artículo 229. Para el ejercicio de las acciones civiles y penales derivadas de la violación de un derecho de propiedad industrial así como para la adopción de las medidas previstas en el artículo 199 Bis de esta Ley, será necesario que el titular del derecho haya aplicado a los productos, envases o embalajes de productos amparados por un derecho de propiedad industrial las indicaciones y leyendas a que se refieren los artículos 26 y 131 de esta Ley, o por algún otro medio haber manifestado o hecho del conocimiento público que los productos o servicios se encuentran protegidos por un derecho de propiedad industrial.

VII] Ley Federal del Derecho de Autor

Artículo 18. El autor es el único, primigenio y perpetuo titular de los derechos morales sobre las obras de su creación.

Artículo 19. El derecho moral se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable.

Artículo 216 bis. La reparación del daño material y/o moral así como la indemnización por daños y perjuicios por violación a los derechos que confiere esta Ley en ningún caso será inferior al cuarenta por ciento del precio de venta al público del producto original o de la prestación original de cualquier tipo de servicios que impliquen violación a alguno o algunos de los derechos tutelados por esta Ley.

Todas las disposiciones antes señaladas son el fundamento jurídico que protege el patrimonio del comerciante o de la negociación mercantil y son los elementos que permiten realizar el objeto de la empresa y que los bienes y servicios que produzca sean puestos al consumidor.

Una vez resuelto el problema de que el Derecho de Daños resulta aplicable por así permitirlo el artículo segundo del Código de Comercio, y siguiendo los lineamientos que establece el artículo 1910 del Código Civil Federal se castiga la ilicitud de la conducta contra las buenas costumbres, ya que en todas las actividades del ser humano se debe hacer uso de los códigos deontológicos; este principio nos evidencia por que deben ser genéricos y no casuísticos los Códigos. Del mismo modo podemos afirmar que en estos artículos caben todas las profesiones y actividades del ser humano, y dentro de estas actividades se encuentra el comerciante como persona física o empresa, la cual es importante en la vida económica del país, existiendo varias menciones de nuestra Carta Magna, como en el 25, párrafos V y VII; 27 párrafo VI, disposiciones que son con la finalidad de alentar la actividad y por supuesto las observancia de la buenas costumbres en la actividad comercial.

Por su parte, el texto del artículo 28 constitucional nos remite a las malas prácticas mercantiles y a una ley reglamentaria que pone las reglas de la competencia, la cual debe ser en forma leal y no alentar las malas prácticas en el mercado, como son los monopolios, duopolios, oligopolios y el *dumping*.

Como bien fue señalado por el maestro Vitoria al explicar la existencia del mal al señalar *puesto que la libertad es concedida por el mismo Dios a cada hombre, no es necesario que el hombre actúe eligiendo siempre el bien. La consecuencia es que el hombre puede provocar voluntariamente el mal* más de algún comerciante, violentando las buenas costumbres, ha tratado de ganar forma desleal la *clientela* del competidor, conducta que desde luego debe ser considerada dañosa.

VIII] Tipos de daños

La clásica definición dice que el *daño es todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio.*

1. Clasificación de los daños.

Daños patrimoniales. Los daños patrimoniales o económicos son los que sufre el perjudicado en la esfera de su patrimonio.

Daño emergente. El daño emergente se refiere al coste de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en los que se ha incurrido con ocasión del perjuicio. Son los gastos ocasionados o que se vayan a ocasionar, como consecuencia del evento dañoso y que el perjudicado o un tercero tiene que asumir.

Lucro cesante. El daño consistente en un lucro cesante se configura como la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos como consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo.

Pérdida de la oportunidad. El daño por pérdida de una oportunidad consiste en que el perjudicado pierde la posibilidad o expectativa de conseguir o tener un bien, material o inmaterial. Se trata de la llamada *perte d'un chance*, definida por la doctrina francesa como la desaparición de la probabilidad de un suceso favorable o pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia la cual tiene que contemplarse de una forma restrictiva y su reparación nunca puede plantearse en los mismos términos que si el daño no se hubiera producido y el resultado hubiera sido favorable al perjudicado.

Daños extra patrimoniales o morales. Se trata de daños a bienes o a derechos que no se pueden reponer porque no circulan en el tráfico jurídico, tales como el honor, el dolor, la integridad corporal, la tristeza o la muerte de un ser querido.

El daño corporal. Merece una especial atención dentro de los daños extra patrimoniales, el daño corporal, no sólo porque recae en el bien máspreciado como es la salud y la integridad física y psíquica.

Los elementos que se deben acreditar en la acción de daño moral y para que nazca una obligación de indemnizar son los siguientes:

- a) Una conducta activa u omisiva de la persona a quien se reclama la reparación.
- b) Un criterio de imputación (culpa, riesgo o beneficio)
- c) La existencia de un daño injusto que lesione un derecho jurídicamente tutelable y.
- d) La existencia de una relación causal entre aquella conducta y el daño (nexo causal).

Nuestra Carta Magna protege la libertad de expresión, sin embargo también tiene sus límites que con claridad se establecen en el siguiente artículo constitucional:

Artículo 6º. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Por lo anterior se puede concluir que es procedente la demanda de daño moral defendiendo el patrimonio del comerciante o la

negociación mercantil a fin de continuar la competencia leal en quienes se dedican al comercio, y para mejor ilustración tenemos la siguiente tesis:

Contradicción de Tesis 100/2003-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Octavo y Décimo Tercero, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 1o. de diciembre de 2004. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz.

Tesis de jurisprudencia 6/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiséis de enero de dos mil cinco.

DAÑO MORAL. LAS PERSONAS MORALES ESTÁN LEGITIMADAS PARA DEMANDAR SU REPARACIÓN EN CASO QUE SE AFECTE LA CONSIDERACIÓN QUE TIENEN LOS DEMÁS RESPECTO DE ELLAS (ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL).

Conforme al citado precepto, es jurídicamente posible que las personas colectivas demanden la reparación del daño moral que llegare a ocasionárseles, ya que al definirlo como la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de ella tienen los demás, lo hace consistir en una lesión a los conceptos enumerados y obliga al responsable a repararlo mediante una indemnización pecuniaria. Aunado a lo anterior, y si se tiene en cuenta que jurídicamente es posible que además de las personas físicas, las morales también sean sujetos de derechos y obligaciones, según los artículos 25 a 27 del mencionado código, las cuales adquieren personalidad para realizar ciertos fines distintos a los de cada uno de los miembros que las componen, como lo establece el artículo 2o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles; que obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, y si el derecho les atribuye la calidad de personas morales a esas colectividades que adquieren unidad y cohesión a través de la personalidad, y por medio de esta construcción técnica les permite adquirir individualidad de manera similar al ser humano, y toda vez que el daño moral está íntimamente relacionado con los derechos de la personalidad, es indudable que por equiparación y analogía los conceptos relativos a la reputación y a la consideración que de sí misma tienen los demás, también se aplican a las personas morales.

Todos los seres humanos tenemos dentro de nuestro patrimonio las buenas costumbres, y en defensa de este patrimonio daremos cabal cumplimiento a los principios establecidos por Ulpiano:

- a) Vivir honestamente.
- b) No causar daño a nadie.
- c) Dar a cada quien lo que corresponde.

La responsabilidad individual limitada

HUGO GONZÁLEZ GARCÍA¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Riesgo empresarial*. III. *Figuras de limitación de responsabilidad individual*. IV. *Antecedentes de la limitación de responsabilidad social*. V. *Conceptos legales de sociedad*. VI. *Doctrina sobre la sociedad mercantil*. VII. *Problema: no satisfacía interés individual*. VIII. *Hacia la solución del problema*. IX. *Un caso previo a la Duodécima Directiva de la CCE*. X. *Duodécima Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas*. XI. *La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*. XII. *El patrimonio como atributo de la personalidad*. XIII. *Caracterización clásica del patrimonio*. XIV. *Patrimonio de afectación*. XV. *Patrimonios diferentes*. XVI. *Empresa y Patrimonio*. XVII. *Reconocimiento de dos patrimonios*. XVIII. *FRANCIA. La Ley no. 2010-658 de 15 de junio, relativa al Empresario Individual con Responsabilidad Limitada*.

Resumen. Las actividades empresariales, particularmente las llevadas a cabo por empresarios personas físicas, provocan que todos los bienes de estos queden sujetos a los riesgos que su actividad implica, por lo que han buscado mecanismos lícitos para limitar su responsabilidad. Al efecto, se han introducido dos figuras principales, en donde, por una parte, se rompió con aspectos tradicionales del derecho societario como lo son las ideas de contrato y de pluralidad de personas (*sociedad unipersonal*), y por otra parte, quizás más trascendente, el permitir expresamente la división patrimonial para que el empresario afecte a su actividad solamente los bienes con los que trabaja, y reservarse los bienes en los que duerme (*empresario individual con responsabilidad limitada*).

Palabras clave: Actividades Empresariales, Responsabilidad Limitada, Sociedad Unipersonal, Empresario Individual con Responsabilidad Limitada.

Abstract. Corporate activities, especially those implemented by natural persons, may cause some risks to their own properties and, to avoid this, they found some licit mechanisms to limit this responsibility. For the purpose, two main figures have been interfered, in which, on the one hand, Corporate aspects have developed from the traditional ones, such as the contract idea and plurality of people, and on the other hand, perhaps more transcendent, is to allow patrimonial division, in order to affect just business assets, and not the personal ones.

¹ Profesor de Derecho Mercantil en la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

Keywords: Corporate Activities, Limited Liability, Single-Member Company, Businessman with limited liability.

I] Introducción

En términos generales, la responsabilidad limitada se da cuando las deudas de una persona se encuentran restringidas a una determinada suma o bien para satisfacerse sobre determinados bienes, sin abarcar todos los de dicha persona. Durante mucho tiempo prevaleció la idea de que una persona respondía de sus deudas con todos sus bienes; que el patrimonio se consideraba como un atributo de la personalidad, y que como tal todos los bienes de una persona necesariamente estaban en ese patrimonio único e indivisible para hacer frente a las deudas asumidas por el titular.

II] El riesgo empresarial

Dentro de los elementos constantes que encontramos en la conceptualización de la empresa, el de riesgo es uno de los más comunes, mismo que va de la mano con otro elemento que implica la actividad empresarial: la especulación. Por ello, en el azaroso mundo de los negocios, los empresarios siempre han buscado la mejor manera de minimizar los riesgos connaturales a su actividad empresarial, y tales riesgos pueden, hasta ahora, resumirse en los siguientes términos: el empresario responderá personal e ilimitadamente con todos sus bienes de las deudas asumidas.

La limitación en la responsabilidad puede ser conseguida por varios caminos: contractualmente, por estructuras previstas por la ley, por disposición legal e incluso por concurso o quiebra.² El mejor camino que hasta hace poco se había encontrado es el de la constitución de una sociedad mercantil en donde la ley limite la responsabilidad de los socios que la componen.

El antecedente más evidente como mecanismo para limitar la responsabilidad individual de los socios es el de las *Joint Stock Companies*, que necesariamente debían ser constituidas por varios socios (no dos ni tres, sino, mínimo siete).³

Cuando en el Reino Unido se publicó la *Ley de Sociedades por Acciones en 1856*, se señalaba como *monstruosidad legal* que la

² Cfr. CARNEY, *Limited Liability*, p. 659.

³ Antes de la *Joint Stock Companies Act 1856* existió una previa denominada *Joint Stock Companies Act 1844*; sin embargo no existía la limitación de la responsabilidad y los socios quedaban responsables por las pérdidas de la sociedad. La limitación de la responsabilidad apareció en 1855 mediante la emisión de la *Limited Liability Act 1855*. Esta ley permitía la limitación de la responsabilidad para sociedades constituidas por el público en el Reino Unido.

sociedad por acciones, a pesar de estar compuesta de muchas personas, aun así, eran legalmente consideradas como una sola persona⁴ para efectos de la limitación de la responsabilidad de los socios en donde solamente respondía la sociedad.

No obstante que las figuras que se han generado para limitar la responsabilidad surgen de las actividades empresariales, hoy día también otras actividades que no eran consideradas comerciales o empresariales, también son tomadas en cuenta para efectos de tal limitación de responsabilidad.⁵

III] Figuras de limitación de responsabilidad individual

Los esfuerzos para lograr eliminar las prácticas viciosas, y encontrar esquemas que permitiesen limitar la responsabilidad del empresario individual, se condujeron hacia la sociedad con un solo socio donde existiría una *persona jurídica independiente* del empresario, aplicando a esa figura las disposiciones societarias que no fuesen incompatibles con la unipersonalidad, así como también⁶ a la creación de una figura en donde *no existiría una persona independiente*, sino que habría un patrimonio especial, autónomo del general de su titular.⁷

En una Conferencia dictada a inicios de los noventa, el Profesor García Collantes manifestaba que lo importante en el tema de la limitación de la responsabilidad individual no era la justificación del por qué debía reconocerse tal limitación, sino fundamentalmente cuáles eran las vías en que jurídicamente se podía hacer efectiva. Advirtió que eran dos vías las más probables para conseguir ese objetivo. La primera era la redefinición de la sociedad mediante la aceptación de la constitución unipersonal mediante la *depuración de la concepción de la sociedad como contrato de organización* (Hans Würdinger) y de la sociedad como estructura organizativa de la empresa (Jen Pailluseau), y la segunda vía era la aplicación de la teoría del *patrimonio de afectación* originada por

⁴ Así, Andrew H. MILLER, "Subjectivity Ltd: The Discourse of Liability in the Joint Stock Companies Act of 1856 and Gaskell's Cranford", p. 139, *ELH*, vol. 61, no. 1 (Spring 1994), The Johns Hopkins University Press.

⁵ ALEXANDRE GREVET, *l'EIRL*, Éditions d'Organisation Groupe Eyrolles, Paris, 2011, p. 7. En España ha sido publicada la *Ley 14-2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización* en donde se incluyen como emprendedores, aun a aquellas personas que no se dediquen a actividades empresariales, y a quienes se les pretende proteger parte de su patrimonio.

⁶ En este punto existen las sociedades unipersonales, pero también las llamadas "empresas unipersonales", que a mi juicio, y dado el texto de las diversas leyes que la regulan, no dejan de ser materia de las sociedades mercantiles, por lo que no las ubico como un *tertium genus*.

⁷ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, p. 13.

Brinz mediante la adaptación del concepto de patrimonio separado al patrimonio comercial.⁸

IV] Antecedentes de la limitación de responsabilidad social

En el siglo XVIII e inicios del siglo XIX, la limitación de la responsabilidad de todos los socios respecto de las deudas de la sociedad estaba reservada, como privilegio (*oktroi*), solo para la sociedad anónima,⁹ siendo que los demás tipos sociales en general establecían la responsabilidad personal de sus socios.¹⁰

En el Reino Unido, al introducirse la *Joint Stock Companies Act* (1844), se discutía que la responsabilidad limitada era contraria al principio de ética de negocios en donde un comerciante debía ser personalmente responsable, “en lo más amplio de su fortuna, por las deudas incurridas en su actividad”.¹¹ A final de cuentas dos argumentos fundamentales prevalecieron para no discutir la responsabilidad limitada: i. En las sociedades por acciones había inversionistas que no intervenían en la administración,¹² y ii. Convenía atraer inversionistas para impulsar la entonces deteriorada economía provocada por la guerra de Crimea.¹³

De ello derivó que en 1855 se emitiera la *Limited Liability Act*, donde se permitió que cualquier sociedad inscrita (que no fuera aseguradora) con cuando menos 25 miembros, limitara la responsabilidad de sus integrantes solamente a las cantidades no pagadas de sus acciones, siempre y cuando se colocara “Limitada” como la última palabra de su denominación.¹⁴ No obstante lo anterior, se ha

⁸ GARCÍA COLLANTES, José Manuel, *Sociedades Unipersonales: Nuevas Orientaciones*, Conferencia Pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 9 de mayo de 1991, y publicada en Anales de la Academia Matritense del Notariado, ISSN 0210-3249, Tomo 31, 1992, págs. 271-302.

⁹ En todo caso, era una disposición específica y particular al momento de expedirse el *oktroi*. Ya de manera general y abstracta, el art. 33 del Código de Comercio francés establecía tal limitación: “Los socios solo responden de las pérdidas por el monto de su interés en la sociedad”.

¹⁰ LAZO GONZALEZ, Patricio. “Limitación de la responsabilidad: bases romanas de un dogma iusprivatista”, punto 3, p. 11. Es claro que la comandita, regulada por ley en Francia en 1671, establecía la limitación de los inversionistas (comanditarios) al pago de su aportación. Así, CARNEY, *Limited Liability*, p. 660. Añado que las Ordenanzas de Colbert (1673, art. 8) establecían esa limitación.

¹¹ MAYSON, STEPHEN *et al*, *Company Law*, 29th edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2012, p. 54.

¹² MAYSON, *cit.*, p. 54.

¹³ MACKIE, Colin, “From privilege to right: Themes in the emergency of limited liability”, p. 294.

¹⁴ MAYSON, *idem*. Ahí mismo concluye que la *Joint Stock Companies Act 1856*, redujo el número mínimo de integrantes a siete (actualmente es uno solo).

concluido que el primer tipo social que no requería concesión y que tenía limitada la responsabilidad de sus socios, apareció en Alemania: la *sociedad de responsabilidad limitada* (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*), en 1892. Tal afirmación de que no había algún precedente se encuentra contradicha por el hecho de que el estado de Pennsylvania había promulgado una ley en 1874 autorizando la sociedad limitada.¹⁵

V J Conceptos legales de sociedad

Los modernos ordenamientos siempre consideraron a la sociedad mercantil como contrato, en el que necesariamente intervenían dos o más personas. Ya las Ordenanzas de Bilbao (1737) definían la sociedad como un *contrato* entre *dos o más personas*, para llevar a cabo varios negocios, por cuenta y riesgo común de cada uno de los compañeros. Lo mismo el Código Civil de Napoleón que veía a la sociedad como un *contrato* por el cual *dos o más personas* ponen cosa en común para repartirse los eventuales beneficios. El Código de Comercio (CCo) español de 1829 (art. 264), del cual el Código mexicano de 1854 abrevó algunos conceptos,¹⁶ se refería a la sociedad mercantil como un *contrato* en el que *dos o más personas* ponen en común bienes o industria.¹⁷ Conviene señalar que en ese CCo español, en la comandita, el comanditario tenía responsabilidad limitada igual que los socios de la anónima (art. 278).

V J Doctrina sobre Sociedad Mercantil

Las más diversas teorías van desde la *contractual clásica* de considerar a la sociedad como un contrato (o bien surgida de un contrato —Messineo se refería a ello como el “sinalagma genético”—),¹⁸ pasando

¹⁵ Phillip L. JELSMAN, Pamela Everett NOLLKAMPER, *The Limited Liability Company*, James Publishing, Inc., California, Third Edition 12/99, Revision 15, 11/12, vol. I, p. 3.

¹⁶ “Este ordenamiento [nuestro Código de Comercio de 1854] fue influido por el Código español de 1829, del que copió su estructura y la casi totalidad de sus disposiciones”. BARRERA, Jorge, *Codificación en México. Antecedentes. Código de Comercio de 1889, perspectivas*, p. 72.

¹⁷ El texto se tomó del anterior art. 264, del CCo español de 1829. María Belén GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *La sociedad unipersonal en el derecho español*, Ed. La Ley, 2004, p. 5.

¹⁸ Entre otros se puede considerar a DOMAT, POTHIER, TROPOLING, SALVAT, LAFAILLE, VELEZ SANSFIELD (cfr. H.LEÓN, Soylá, *Derecho mercantil*, p. 378). En México, el Maestro Barrera Graf también así lo sostiene, pero solamente en la fase constitutiva (BARRERA GRAF, *Las sociedades en Derecho mexicano*, p. 14). En honor al Maestro Barrera Graf, hemos de señalar que él concluyó que el negocio societario nace de un acuerdo de voluntades y “no de un acto unilateral, ni de una disposición legal”, en función de que en México no se admitía la posibilidad de la llamada sociedad unimembre. *Idem*.

por la del contrato plurilateral,¹⁹ frente a las que niegan tal carácter como las teorías no contractualistas (Mossa, Kuntze, Rocco),²⁰ y en fin, las institucionalistas (Ripert,²¹ Hariou y Renard)²² y las organicistas (Gierke).²³ Incluso Guadarrama López supone la necesidad de *varios socios* que *funden sus voluntades* en un *acto unilateral*, aun cuando no haga referencia a contrato.²⁴

En resumen, hasta antes de que la figura de la unipersonalidad fuera reconocida de manera general en los ordenamientos legales de diversos países, la tendencia dominante ha sido la de considerar, cuando menos en cuanto al acto constitutivo, a la sociedad mercantil como surgida de un negocio contractual, en donde deben intervenir cuando menos dos personas, y que existe una comunidad de fines.²⁵

VI] Problema: no satisfacía interés individual

A pesar del reconocimiento legal de la responsabilidad limitada en sociedades de tipo homónimo, así como en las anónimas, han existido empresarios que prefieren no ocurrir a negocios asociativos en donde tengan que compartir con otros todo lo que implica la explotación de una empresa, y es ahí donde la figura societaria como estructura para hacer negocios con limitación de responsabilidad no dejaba satisfechos a quienes no querían responder personalmente de las deudas sociales, y por tanto empezaron a buscar otra manera para, individualmente, gozar de esa limitación.

La primera figura que se tuvo en consideración para tales efectos, y dado que ya se les reconocía personalidad jurídica distinta de

¹⁹ Entre quienes dicen que es un contrato de organización se encuentran ASCARELLI, GARRIGUES, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, etc. (v. H.LEÓN, Soyla, *Derecho mercantil*, pp. 385-386).

²⁰ *Ibidem*, pp. 390-391.

²¹ RIPERT, Georges, *Tratado elemental de derecho comercial*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, t. II, p. 246.

²² Cfr. SOLÁ CAÑIZARES, Felipe de, *Tratado de derecho comercial*, Montaner & Simon, Barcelona, 1962, t. III, p. 25.

²³ Ver BARRERA GRAF, Jorge, *Concepto y requisitos de la sociedad en derecho mexicano*, Serie Estudios Jurídicos, n. 43, IJ – UNAM, México, 2007, p. 27. A pie de página, Claro Solar señala la confusión existente de pretender ver que la *teoría organicista* de GIERKE se refiere a un órgano biológico, ya que se trata de una colectividad organizada para obrar con órganos encargados de manifestar la voluntad social (CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones del derecho civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Bogotá, 1992, vol. II, p. 412).

²⁴ GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique, *Las sociedades anónimas, análisis de los subtipos societarios*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993, p. 151.

²⁵ Y como veremos, aun en el caso de admitir la existencia de la unipersonalidad desde la constitución de la sociedad, se sigue hablando de la constitución por contrato para los demás casos. V. *infra*.

la de los socios que la integraban, fue la sociedad mercantil. Pero ello implicaba la existencia de obstáculos que se debían de evitar o de plano eliminar.

Para evadir o paliar la exigencia de dos o más personas como presupuestos para la existencia de una sociedad, la única manera de limitar un empresario individual la responsabilidad en sus riesgosas actividades empresariales, era mediante la constitución de sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada, ya fuera empleando testaferros,²⁶ aprovechando las lagunas legales que no regulaban de manera precisa la unipersonalidad sobrevenida, e incluso mediante el uso, de discutible legitimidad, de las sociedades de favor.²⁷

En ejemplificativa l nota de pie de página, González Fernández refiere que el enorme Antonio Polo, ya en 1932 había identificado ese problema, proponiendo como solución "conceder directamente la posibilidad de existencia del *comerciante individual con responsabilidad limitada*, rodeando, eso sí, su existencia de todas las garantías que se estimen precisas".²⁸ Por su parte, Girón Tena introdujo en ese aspecto la idea de aplicar la doctrina del *levantamiento del velo de la personalidad jurídica*, para evitar "chanchullos o impurezas".²⁹ En la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) de 1951 española, se menciona que "la reunión de todas las acciones en manos de un solo socio, aunque contradice la naturaleza de la sociedad, *no debe producir su inmediata disolución*".³⁰

²⁶ LAZO GONZÁLEZ, Patricio, *cit.* (numeral 3), menciona que en Roma los ciudadanos usaban esclavos como mecanismo de fraccionamiento del riesgo derivado de sus actividades económicas, mediante cita que hace de DI PORTO, Andrea, *Impresa collettiva e schiavo "manager" in Roma antica*. Giuffrè, Milano, 1984.

²⁷ Se discute (GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *La sociedad unipersonal en el derecho español*, pp. 31 y ss.) si las sociedades de favor son o no nulas en cuanto se constituyen sin la existencia del elemento de la *affectio societatis*. La respuesta a la luz de nuestra LGSM es que una vez inscrita la sociedad, ésta no podrá ser declarada nula, salvo los casos previstos por el art. 30. (sociedades con objeto ilícito o que son utilizadas para llevar a cabo actos ilícitos). Y aun cuando en nuestro sistema no existiese esa previsión, el hecho de que una sociedad se constituya con dos o más personas en donde solamente se hace la constitución en interés de una sola de ellas, no implica un vicio que afecte con la nulidad a la sociedad, en términos de la doctrina que absorbe el CCF.

²⁸ *La sociedad unipersonal en el derecho español*, p. 12. La referencia es a Antonio Polo, "Recensión de Wieland, Handelsrecht", t. II, 1931, *Revista de Derecho Privado*, 1932, p. 124.

²⁹ *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, p. 79, cit. por GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, p. 30. La propia autora señala que tal aplicación no sería única para las sociedades unipersonales.

³⁰ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, p. 16; sin embargo, en la LSA no se establece un plazo de tolerancia de esa posibilidad de un solo socio. Por otra parte, el artículo 10.2 de esa LSA de 1951 sí reconoció la posibilidad de que órganos públicos fueran socios únicos de una anónima.

VIII J Hacia la solución del problema

La realidad provocaba que empresarios, quienes por múltiples razones preferían no compartir las ganancias derivadas de su actividad, y con ánimo de no arriesgar todo su patrimonio, recurrieran al esquema de sociedades mercantiles con responsabilidad limitada (ya S.A., ya S.R.L.) bajo mecanismos ilegítimos, por decir lo menos. Por ello se empezó a ver la necesidad de que una sola persona pudiera dedicarse al ejercicio del comercio limitando su responsabilidad sin tener que responder de las deudas asumidas por su actividad comercial exponiendo la totalidad de sus bienes conforme la regla general de responsabilidad que establece que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes (art. 2964 del Código Civil Federal (CCF)), sin necesidad de ocurrir a figuras anómalas o incurrir en fraude a la ley, y en consecuencia, evitar los problemas que genera el atender en juicio tales figuras para cualquiera de las partes involucradas en el proceso, el juzgador inclusive.

El Maestro Barrera Graf, partiendo de la base de que la ley exigía la pluralidad de socios, decía que una sociedad con un solo socio era una sociedad anómala, figura que plantea varios problemas tanto doctrinales como prácticos; *no obstante ello*, también reconocía que el fenómeno se iba extendiendo y lo vio como uno de los programas más amplios de la reforma de la empresa,³¹ y que se empezaron a buscar alternativas como variantes de la sociedad anónima. De hecho, Verdura y Tuells pertenece a la corriente de ver en la sociedad unipersonal una evolución de las formas societarias capitalistas, particularmente de la anónima, y ve un proceso de institucionalización que va más allá de la idea contractual, y que corresponde a una técnica racional para la más eficiente explotación de la empresa, como tal, los socios pierden importancia frente a la estructura organizativa que la forma societaria ofrece para las empresas.³²

Así pues, es que a pesar de las objeciones que se pueden (o pudieran, o pudieron) formular a la figura de la sociedad mercantil con un solo socio y dado que ya se iba tolerando por la ley, los países determinaron incluirla en sus textos de derecho positivo, primero de manera tímida, para posteriormente entrar de lleno en su regulación.³³

³¹ *Las Sociedades en Derecho Mexicano*, p. 188. Don Jorge, veía que las figuras tradicionales de sociedades mercantiles ya no bastaban para hacer frente a los nuevos fenómenos que el desarrollo del capitalismo empezaba a plantear. *Ibid.*

³² Así GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, p. 31. Empero, sobre este punto, conviene recordar que ANTONIO POLO, sostenía que “de ninguna manera es (o pueda representar) la sociedad por acciones una forma jurídica de la empresa. Así como una persona física no puede ser empresa, sino empresario, así tampoco la sociedad anónima.” (*Empresa y Sociedad*, p. 333).

³³ Al efecto “sólo restaba que el influjo de la práctica societaria y la dinámica propia del sistema capitalista terminaran por imponerse, abriendo así el espacio necesario para el definitivo reconocimiento en Europa de la sociedad unipersonal de capital, en su vertiente originaria”. JEQUIER LEHUEDÉ, *Unipersonalidad y sociedad con un solo socio*, p. 198.

El primer antecedente visible sobre propuestas concretas de solución, se dio hacia el año de 1910, cuando el autor austríaco Oskar Pisko, propuso la responsabilidad limitada del empresario individual al observar la creación forzada de sociedades de responsabilidad limitada con el uso de testaferros.³⁴ En Dinamarca también se reconoció la figura unipersonal originaria, mediante la Ley sobre sociedades de responsabilidad limitada, No 371 de 13 de junio de 1973.³⁵ En Alemania, la Ley de 7 de abril de 1980 (BGBl. I S. 836) modificó la Ley sobre sociedades de responsabilidad limitada de 20 de abril de 1892 (*Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*; estas últimas palabras -*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*- dan lugar a la sigla GmbH), al señalar que una sociedad de responsabilidad limitada, sujeta a las provisiones de esa Ley, puede ser constituida por una o más personas para cualquier objeto permitido por la ley. En fin, en Holanda, en 1986 se reformó el Código Civil para admitir la posibilidad de que una persona, física o moral, pudiera constituir una sociedad.

IX] Un caso previo a la Duodécima Directiva de la CCE

Hacia inicios de 1980, la gran mayoría de los países europeos acogió de alguna manera en su legislación la posibilidad de que las sociedades comerciales pudieran ser constituidas con un solo socio. En este punto, y antes de examinar la Duodécima Directiva de la CEE, conviene ver la manera en que Francia hizo un primer acercamiento a la solución del problema para evitar subterfugios con miras a limitar la responsabilidad individual.

En 1985 se expidió en Francia la *Ley número 85-697 de 11 de julio, relativa a la Empresa unipersonal de responsabilidad limitada y para la producción agrícola de responsabilidad limitada* (publicada en el Diario Oficial de 12 de julio de 1985).³⁶ A pesar de su nombre que alude a "empresa" unipersonal, en realidad llevó a cabo adecuaciones a la legislación societaria para adaptarla a esa nueva figura.

Entre lo sobresaliente que vemos, es que reformó el Código Civil en su art. 1832, *habilitando la posibilidad de que una sociedad sea constituida por una sola persona*, reconociendo así que el término *sociedad* desde el punto de vista legal, ya no refiere solamente a dos o más personas, y no solo ello, sino que además separó dos conceptos: que la constitución puede ser *contractual* (si intervienen dos o más

³⁴ Así LAZO GONZALEZ, Patricio. "Limitación de la responsabilidad: bases romanas de un dogma iusprivatista", punto 3. De hecho, el propio LAZO GONZÁLEZ alude a que PISKO inspiró al Principado de Liechtenstein, a que en 1924 mediante el Derecho de Personas y Sociedades (*Personen und Gesellschaftsrecht*, PGR), acogiera sus análisis. *Ibid.*

³⁵ JEQUIER LEHUEDÉ, *Unipersonalidad y sociedad con un solo socio*, p. 199. Ahí mismo se refiere a los casos posteriores de Alemania y Holanda.

³⁶ *Loi no 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée.*

personas) o mediante un *acto de voluntad de una sola persona*. Con ello eliminó los dos principales obstáculos que se ponían a la llamada sociedad con un solo socio: una sociedad no requiere necesariamente colectividad, y por otra parte, tampoco es necesario que se constituya mediante contrato.

Así, introdujo, *solamente en la sociedad de responsabilidad limitada*, la figura del socio único, habiendo reformado la Ley de Sociedades Comerciales (n. 66-537 de 24 de julio de 1966, "LSC") reconociéndole al socio todas las facultades que la ley le otorga a la asamblea de socios. En este último punto, es oportuno señalar que expresamente se estableció i. la indelegabilidad de las facultades deliberatorias del socio único³⁷ y ii. la necesidad de que consten en registro. Obvio, se derogó la causa de disolución por concentrarse en una sola mano las partes sociales de la SRL: se legitimó la *unipersonalidad sobrevenida*.

Muy importante limitación fue la consistente en que una persona física solo puede ser socio único *de una sociedad*,³⁸ y dota de acción a cualquier interesado para demandar la disolución³⁹ de una sociedad "irregularmente constituida", y si la unipersonalidad es sobrevenida, debe pasar un año con tal calidad.

Las aportaciones siguen siendo un elemento esencial en la sociedad comercial, y en la unipersonal se acentúa su necesidad. Las aportaciones de bienes deben ser valuadas también en la unipersonal, siguiendo todas las formalidades tradicionales; el socio único designará al Censor de aportaciones en bienes.⁴⁰

Desde antes ya se regulaba el deber de los administradores (y en su caso de los comisarios) de informar a los socios respecto de las *operaciones entre la sociedad y los administradores o socios*, en que hayan intervenido directamente o por interpósita persona. El administrador o socio interesado no puede participar en la votación

³⁷ No me queda muy claro si el socio único puede tomar acuerdos por conducto de un apoderado; por el texto del entonces recién creado art. 60-1, tercer párrafo, considero que no. Esta limitación subsiste en el CCo francés, en su art. L223-31, tercer párrafo. En Bélgica, el Profesor M. COPIEL (« *La SPRL unipersonnelle et les sociétés à finalité sociales* », en *Droit des sociétés commerciales 2006 – 2007*, t. I, p. 155), al analizar el art. 267 del Código de sociedades destaca que para algunos cualquier delegación está prohibida ya que deben ejercer personalmente el derecho de voto, y que para otros, la limitación prohíbe al socio disponer solamente de las facultades que tiene a su disposición como asamblea general. *En la 12a Directiva (art. 4) no aparece tal limitación.*

³⁸ Tampoco una SRL puede tener como socio único a otra SRL con un socio único.

³⁹ No es precisamente de nulidad, ya que el art. 36-2 señala que en todo caso, el juez puede dar un plazo de 6 meses para regularizar la situación.

⁴⁰ En la SRL tradicional se establecía que este funcionario sería designado por unanimidad, salvo que la aportación en especie no excediera 50,000 francos y el total de aportaciones en especie no excediera de la mitad del capital social. Lo mismo se conservó para el caso del socio único (art. 40 LSC).

sobre ese particular. A ello se añadió que si no existe comisario, tales operaciones deberán ser sometidas previamente a la aprobación de la asamblea, cuando el administrador no sea socio. Se aclaró que tal limitación no se da cuando las operaciones se lleven a cabo en *condiciones normales*.

Ciertas cuestiones relativas al funcionamiento de asambleas, incluido el derecho de voto, y algunas de las obligaciones contenidas en esas disposiciones se refieren o remiten al socio único, y se establece incompatibilidad entre comisario y socio único.

X] Duodécima Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas

A mediados de los años ochenta del siglo XX, resultaba abigarrada la incipiente legislación de los diversos países miembros de la Comunidad Europea en relación con las sociedades unipersonales. A la par, el Consejo había estado insistiendo en la necesidad de promover el espíritu emprendedor, por lo que el 22 de diciembre de 1986 emitió una resolución relativa al programa de acciones *para promover, entre otras cosas, la pequeña y mediana empresa*, mediante los beneficios reconocidos por la ley a las empresas que operan utilizando tipos de sociedades mercantiles, por medio del reconocimiento de la responsabilidad limitada individual.⁴¹

En los países miembros de la Comunidad Europea, entre las leyes nacionales que permitían la existencia de la sociedad con un solo socio, existían diferencias. En Dinamarca, Alemania y los Países Bajos se admitía que tales tipos de sociedad fueran constituidos no solamente por personas físicas, sino también por personas morales, a diferencia de Bélgica, que prohibía expresamente a una persona jurídica tener la totalidad de partes sociales de una sociedad,⁴² así como también existían países como Francia que señalaban limitaciones para que una persona física pudiese ser socio único en más de una sociedad. Dentro de ese marco, con fecha 21 de diciembre de 1989, se emitió por el Consejo de la CEE, la *Duodécima Directiva del Consejo en materia de derecho de sociedades*,⁴³ *relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único*.

El espíritu de la Directiva 89/667/CEE se funda en el principio por el cual una sociedad, independientemente del número de socios *implica un instrumento* que ofrece a los empresarios las *garantías*

⁴¹ Ver A. SIROTTI GAUDENZI, *La dodicesima direttiva CEE in materia societaria* (Corso di perfezionamento in diritto delle Comunità europee, Università degli Studi di Bologna, a. a. 1994/1995).

⁴² *Ibid.*

⁴³ Décimo segunda en el orden de directivas en materia de sociedades según su orden cronológico.

necesarias de *mantener su patrimonio separado del social*.⁴⁴ En ese sentido se ve la tendencia de considerar a la sociedad, ya no en función de su finalidad ni del número de socios, sino como una *técnica de organización de la empresa*; bajo esta perspectiva, los diversos tipos de sociedades *corresponden a diversos modos de organización* en donde importa poco el fin que persigan.⁴⁵ Y esa tendencia no es nueva, sino que ya Mossa había manifestado que la sociedad anónima es "el organismo económico y jurídico en que se pone de manifiesto la empresa".⁴⁶ La sociedad unipersonal se pone al servicio de las micro, pequeñas y medianas empresas.

1. Consideraciones del Consejo de las Comunidades Europeas.

Previo al articulado de la Directiva, el Consejo hizo señalamientos que justifican la adopción de la misma. Entre sus consideraciones destaca que en algunas legislaciones de los Estados miembros de esas Comunidades ya se habían introducido reformas para permitir la sociedad de responsabilidad limitada con un socio único, pero que tales reformas habían dado lugar a divergencias, por lo que se estimó conveniente crear un *instrumento jurídico* que permita limitar la responsabilidad del *empresario individual*⁴⁷ en toda la Comunidad. Ello hace patente que el Consejo se encontró sensible respecto de que la sociedad mercantil no era el único de los instrumentos que se podían poner al servicio de tal finalidad.

Los siguientes son los principales lineamientos que se consideraron por el Consejo:

a) Inicialmente se consideró que la figura *ad hoc* para admitir al socio único era la sociedad de responsabilidad limitada, misma que puede tener un socio (sea desde su constitución, sea posteriormente: *unipersonalidad sobrevenida*).

b) Queda a discreción de los países en sus leyes internas establecer reglas respecto de una *persona física* sea socio único de varias sociedades, o que una sociedad unipersonal o cualquier otra persona moral pueden ser socio único de una sociedad. *Los Estados son libres* de regular los riesgos que pueda representar una sociedad unipersonal por

⁴⁴ Sirotti GAUDENZ, *cit.*, punto 2, capítulo I.

⁴⁵ Así M. COIPEL (Dir.) et al, *Droit des sociétés commerciales*, Wolters Kluwer Belgium, Waterloo, 2006, Troisième édition, 2006 – 2007, tome I, p. 137.

⁴⁶ Lorenzo MOSSA, Esencia de la sociedad anónima, en *Revista de Derecho Privado*, t. XI, Madrid, marzo, 1956, p. 213.) Señala el autor en cita que del seno de la sociedad anónima ha nacido la empresa, la gran empresa (Id.).

⁴⁷ Veo acertado a que se aluda a empresario individual, ya que es la persona física quien ha buscado limitar su responsabilidad personal.

tener solo un socio, *en particular para garantizar la liberación del capital suscrito*.⁴⁸

c) Deben ser objeto de publicidad en registro accesible al público tanto la constitución o cuando se dé la sociedad unipersonal sobrevenida, así como la identidad del socio único.

d) Las decisiones del socio único, equivalentes a los acuerdos de una Junta, deben revestir forma escrita.

e) La misma forma escrita se exigirá en los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad, salvo cuando sean relativos a operaciones corrientes realizadas en condiciones normales.

2. *Articulado de la Duodécima Directiva*. Es importante destacar que no se reflejan en el articulado todas las consideraciones que constan en el proemio de la Directiva (por ejemplo que un socio único pueda serlo de varias sociedades, o que una persona moral sea socio único de otra, ya que en todo caso, ello le corresponde en su régimen interno a cada Estado miembro).

a) La unipersonalidad se aplica a la SRL y sus equivalentes en los Estados; sin embargo, la Directiva acepta la posibilidad de que se admita la unipersonalidad también *en la sociedad anónima*. Así, queda claro que la SRL *no es el único tipo* que puede ser utilizado para incentivar la pequeña y mediana empresa mediante la limitación de la responsabilidad personal a través de la sociedad con un solo socio, sino también una S.A. *deforme*.

b) Al ser aplicable a la SRL (o un sucedáneo de S.A.), trae de manera consubstancial la responsabilidad limitada al valor de lo aportado a la sociedad.

c) Se previenen las dos clases de sociedad unipersonal: desde su constitución y la sobrevenida.

d) Se deja a los Estados miembros establecer limitaciones o sanciones para los casos en que: i. una persona física sea socio único de varias sociedades, o ii. cuando una sociedad unipersonal o cualquier otra persona jurídica sea socio único de una sociedad.⁴⁹

e) Cuando la sociedad *devenga* unipersonal (sobrevenida),⁵⁰ ello y la identidad del socio único deberá hacerse constar de manera fehaciente en registro de la sociedad o en uno accesible al público.

⁴⁸ En relación con la liberación del capital suscrito, es decir, de la realidad de las aportaciones efectivas (capital pagado), la Directiva no establece reglas; no obstante, países como Italia establecieron regulaciones relacionados con las llamadas “acciones pagadoras” o capital suscrito pero no exhibido. V. *infra* al ocuparnos de la manera en que Italia adoptó la Directiva.

⁴⁹ De alguna manera, pues, se opta porque el socio único sea una persona física, y que lo sea solamente de una sociedad en tal carácter de socio único.

⁵⁰ La redacción en español de ese art. 3, deja mucho que desear. En español dice: “Cuando una sociedad se *convierta* en sociedad unipersonal”; en inglés dice: “Where a

f) En la unipersonal no se justifica la existencia del órgano deliberatorio y colegiado (asamblea o junta) por lo que la Directiva, a falta de la creación de un órgano equivalente en las sociedades unipersonales, prefiere señalar que el socio único tiene las funciones y facultades⁵¹ que le corresponden a la junta o asamblea general, y que sus decisiones deben observar cierta forma: en acta o por escrito. La Directiva es silente respecto de las nulidades de los acuerdos tomados por el socio único, así como *si puede o no delegar esas facultades*. Sobre este último punto, cabe señalar que en la obra *Derecho de sociedades comerciales*,⁵² los autores belgas concluyen que el socio único siempre debe ejercer personalmente el derecho de voto.

g) Auto-contratación: Los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad representada por el mismo *deberán constar en acta o consignarse por escrito*, y los Estados podrán obviar esta exigencia en operaciones corrientes celebradas en condiciones normales.⁵³

No debe pasar desapercibido que en materia de sociedades unipersonales, se dice que no puede existir tal conflicto de interés dado que *la estructura interna de la sociedad unipersonal difumina cualquier posible contraposición de intereses*,⁵⁴ ya que, *el interés social como elemento modelado por la voluntad de la sociedad queda, en última instancia, a expensas de la decisión de su socio único*,⁵⁵ y no habrá posibilidad de oposición alguna.

h) La Directiva reconoce la existencia en las legislaciones de países miembros, de las llamadas *empresas de responsabilidad limitada al patrimonio afectado a una actividad determinada*, constituidas por *empresarios individuales*, por lo que previene que tales países podrán no permitir la sociedad unipersonal, siempre y cuando se prevean para esas *empresas* garantías equivalentes a las contenidas en la Directiva y a otras disposiciones comunitarias aplicables a la SRL (por ejemplo: publicidad; contabilidad, cuentas anuales).

Esta Directiva quedó derogada por la DIRECTIVA 2009/102/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de septiembre

Company becomes a single-member Company”, en italiano “Quando la società diventa unipersonale”, y en francés “Lorsque la société devient unipersonnelle”.

⁵¹ “El socio único ejercerá los poderes atribuidos a la junta general” (art. 4.1.). El término *poderes* no me parece acertado.

⁵² M. COIPEL (Dir.) et al, *Droit des sociétés commerciales*, Wolters Kluwer Belgium, Waterloo, 2006, Troisième édition, 2006 – 2007, tome I, p. 155.

⁵³ La redacción “representada por el mismo” puede dar lugar a dudas, ya que no previene la posibilidad de que el socio, por su propio derecho, contrate con la sociedad de la que es socio único, pero representada por otra persona (mandatario o algo similar). Considero que debiera decir en cualquier caso, incluso, ¿por qué no? en las operaciones corrientes y normales.

⁵⁴ Así, RUIZ-RICO RUIZ, *Autocontrato societario*, p. 43.

⁵⁵ *Ibid.*

de 2009 en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único. En realidad sólo se trata de adecuar los diversos tipos previstos por los Estados que se incorporaron a la Comunidad.

XI] La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada

La mayoría de los teóricos de la empresa han considerado que debe existir una diferencia patente entre empresa y empresario, y que es éste último, quien lleva a cabo la explotación de la empresa, por lo que quien tiene personalidad jurídica es el titular y no el objeto, mismo que responde más bien a un concepto económico. No obstante, en algunos países se ha tomado la decisión de *personificar* al fenómeno empresa para considerarlo como sujeto, mediante el reconocimiento u otorgamiento por parte de la ley, de personalidad jurídica a la empresa, lo que ya a estas alturas no debe asombrarnos.

No es empresa, es *sociedad*. Como apuntamos antes, tal fenómeno no es de ninguna manera un *tertium genus*, sino se trata simplemente de un nuevo tipo social (unipersonal), en donde se toma el término empresa para dotarle la calidad de persona jurídica con patrimonio propio, independiente y separado de los demás bienes del titular de la empresa en cuestión. Como ejemplo de lo anterior en nuestro Continente, Brasil (Ley no 12,441 de 11 de julio de 2011), Chile (Ley Núm. 19.857, Empresas Individuales Responsabilidad Limitada, publicada el 11 de febrero de 2003), República Dominicana (Ley General de las Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, No. 479-08, arts. 450 y ss.), en las que a esa *empresa* se le da un tratamiento de sociedad con un solo socio.

División patrimonial. Además de la sociedad unipersonal, la otra opción para limitar la responsabilidad del empresario individual, es mediante otra creación de la ley para abandonar los principios que se creían inderogables en relación con el patrimonio, a saber: i. a cada persona corresponde un patrimonio; ii. que cada patrimonio tiene un titular; iii. que los patrimonios son individuales,⁵⁶ y iv. que las personas responden de sus deudas con todos sus bienes.

Bajo ese contexto si de lo que se trata es romper dogmas o paradigmas y para obtener la limitación individual de la responsabilidad, considero más acertado el dar a la *empresa* (sin personificarla) el carácter de *universalidad jurídica* viendo en ella un patrimonio de afectación que genera un elemento independiente del común o familiar de su titular, es decir, del empresario individual. En otras palabras, la patrimonialización de la empresa.

⁵⁶ LE PERA, S., *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*; Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 93, citado por MIRANDA, José Eduardo S. de. *El derecho español y la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*.

XII] El patrimonio como atributo de la personalidad

La cultura napoleónica veía al patrimonio como una expresión de la personalidad extendida hasta los bienes.⁵⁷ Para Aubry et Rau el patrimonio significaba el conjunto de los *bienes de una persona*. De ahí surge el considerar al patrimonio como un *atributo de la personalidad*.

Como siempre se ha asociado patrimonio y persona es que se llegó a la conclusión de que el patrimonio es un *atributo* de la personalidad. Ni el Código Civil Federal, ni el Código Civil de Jalisco, ni el de Aguascalientes se refieren al patrimonio como un atributo de la personalidad. El Código Civil de Nuevo León, sí hace mención expresa de que el patrimonio es uno de los *atributos* de la personalidad (arts. 23,⁵⁸ y 24 fracción IV⁵⁹).

XIII] Caracterización clásica del patrimonio

De lo sustentado por las teorías clásicas del patrimonio, podemos decir que se compone de los siguientes elementos:

a) Es una universalidad jurídica: La persona *responde de sus deudas con todos sus bienes*; Los bienes (activo) responden por las deudas (pasivo).

b) El patrimonio está vinculado a una persona: La fusión de derechos y obligaciones solo puede producirse respecto de una persona; Solo las personas tienen patrimonio; Todos tienen un patrimonio; Solo un patrimonio; La sola *masa* de bienes no constituye *per se* un patrimonio, aunque esté destinada a un fin o propósito.

c) Dado que cada persona tiene un patrimonio, éste es intransmisible.

XIV] Patrimonio de afectación

Alois von Brinz (1820 – 1887)⁶⁰ distinguía el *patrimonio general* (bienes que satisfacen cualquier fin), de los *patrimonios especiales* con bienes destinados a fin determinado (*Zweckvermögen*). Objetaba que se viera al patrimonio como cualidad de la persona, y que el patrimonio debía ser visto desde punto de vista de su finalidad, ya que no la

⁵⁷ Julio FACAL y Gabriel MIHALI, *Las sociedades comerciales como administradoras de patrimonios de afectación*, p. 601.

⁵⁸ “La personalidad jurídica es una facultad exclusiva de los sujetos de derecho; es única, indivisible, irreductible e igual para todos y se integra con los atributos a que se refieren los títulos subsecuentes”.

⁵⁹ “Son atributos de las personas físicas y morales: IV. El patrimonio”.

⁶⁰ También habla de patrimonio de afectación, entre otros FRANCESCO FERRARA (1810 – 1900).

persona, sino su fin es lo que justifica la existencia de ciertos bienes. Ese patrimonio respondería de las obligaciones asumidas por los fines a los que se destinó.

En Uruguay, existen disposiciones legales que expresamente admiten la posibilidad de que se creen patrimonios de afectación independientes, tal y como sucede en la Ley N° 16.774 del 27 de septiembre de 1996 y en la Ley N° 17.703 del 27 de octubre de 2003, que se refieren a los fondos de inversión y al fideicomiso, respectivamente. Esos extremos, a pesar de que no se encuentren en los mismos términos en nuestra legislación mexicana, la verdad es que en sustancia es lo mismo: no podemos definir al patrimonio fideicomitado, sino como un patrimonio de afectación independiente, y quizás hasta autónomo en ciertos casos. Sobre los fondos de inversión, nuestra ley actual llega a extremos de considerarlos como sociedades anónimas mercantiles, constituida por un solo socio, sin administración, asambleas ni comisarios.⁶¹

XV] Patrimonios diferentes

En México, la ley no se refiere a patrimonio de afectación, pero en cambio habla de *bienes afectos* a un patrimonio diverso del de la persona (art. 727 CCF: “Los bienes afectos al patrimonio de la familia”), o bien de *patrimonio diferente* del patrimonio propio (art. 207 Código Civil de Aguascalientes: *El régimen de sociedad legal, consiste en la formación de un patrimonio común diferente de los patrimonios propios de los consortes...*). Lo mismo sucede respecto del patrimonio de una sucesión: *A la muerte del autor de la sucesión los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras que no se hace la división* (arts. 1288 CCF y 1201 CC Aguascalientes).

XVI] Empresa y Patrimonio

Se dice que la empresa puede estar constituida por un patrimonio autónomo y separado del empresario. Sin embargo, debemos insistir en que ello es una confusión derivada de la particularización del aspecto patrimonial y económico que gira en derredor de la empresa, y en donde, no obstante admitimos la posibilidad de la existencia de un patrimonio autónomo y separado de la persona que lleve a cabo actividades empresariales, pero en todo caso, sin que éste patrimonio se encuentre imputado a una figura económica como lo es la empresa.

Ya Polo, había sostenido que en las construcciones jurídicas que de la empresa se hacen, se contempla no el fenómeno o empresa en su

⁶¹ Así los arts. 8 Bis y 10 de la Ley de Fondos de Inversión.

verdadera dimensión, sino que se particularizan hacia su aspecto puramente patrimonial.⁶²

Diferente de ello es el llamado *Zweckvermögen* que, como hemos arriba señalado, es un *patrimonio afectado a una determinada actividad* (según Wieland: *aportación de capital y trabajo para la obtención de una ganancia ilimitada*)⁶³ bajo una administración interna propia y una especial representación ante terceros.⁶⁴

Mantilla Molina objetaba esta concepción al señalar que las deudas *del comerciante*, civiles o mercantiles pueden hacerse efectivas, indistintamente, sobre los bienes que forman la negociación o sobre los que le son extraños.⁶⁵

XVII] Reconocimiento de dos patrimonios

Esta última objeción de Mantilla Molina, es la que nos da pie para abordar la manera en que se introdujo la segunda opción para limitar la responsabilidad individual, al romper con el dogma impuesto por el principio de que una persona responde de sus deudas con todos sus bienes, sea cual sea el origen de tal deuda.

Así, en Francia, en el Informe del Senado francés al Proyecto de la *LOI no 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, presentado con fecha 24 de marzo de 2010⁶⁶ se hace una constante referencia a la necesidad de proteger el patrimonio *individual del empresario, sin necesidad de crear una persona moral*.

Lo anterior recuerda un pasaje del ilustre Messineo, donde asegura que *personalidad jurídica y autonomía patrimonial no necesariamente deben coincidir siempre*,⁶⁷ lo que puede traducirse en que se puede dotar autonomía patrimonial, sin necesidad de generar, dotar o imputar personalidad jurídica. En efecto, *donde se tiene un 'centro' de relaciones jurídicas, allí hay un sujeto de derechos y de deberes, esté más o menos dotado de organización y de estructura técnicamente perfeccionada*.⁶⁸

⁶² *Empresa y sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues*, p. 324. Así: LAMBERT, FAIVRE, BRINZ, BEKKER, ROTONDI, PAYAR, WIELAND, etc.

⁶³ V. BROSETA, *Manual de derecho mercantil*, p. 51.

⁶⁴ SOLÁ CANIZARES, *Tratado de derecho comercial*, t. II, p. 17.

⁶⁵ *Ob. cit.*, p. 120. Sin embargo, cabe recordar que el Profesor MANTILLA hace su reflexión atendiendo a preceptos del sistema jurídico mexicano, mismos que a su vez pueden ser modificados por el legislador, así como también es cierto que existen otros sistemas que sí pueden restringir la responsabilidad del empresario al patrimonio afecto a la actividad empresarial.

⁶⁶ <http://www.senat.fr/rap/l09-362/l09-3621.pdf>

⁶⁷ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. II, p. 194.

⁶⁸ *Ibid.*

En el mencionado Informe, y previo reconocimiento de que una de cada dos empresas son ejercidas por empresarios individuales, se menciona que la creación del estatuto del empresario individual con responsabilidad limitada permitirá la creación de un *patrimonio afecto* a la actividad profesional, con la consecuente limitación de responsabilidad y protección del patrimonio familiar dentro de los vaivenes profesionales, por lo que se opta por la *creación de un patrimonio individual sin necesidad de generar una persona jurídica*.

La creación de ese patrimonio de afectación es una *innovación fundamental para el derecho civil francés, por no decir una conmoción*, ya que se rompe con el principio de la individualidad del patrimonio, que había sido así considerado por la lógica impuesta de la unidad de la personalidad jurídica, contenida en el art. 2284, del Código Civil francés, conforme al cual *Todo obligado personalmente, debe cumplir su compromiso con todos sus bienes muebles e inmuebles, presentes o futuros*.

Concluía el Informe señalando que la división patrimonial es una concesión a una actividad profesional que no debe absorber los bienes del empresario y su familia, ya que –justificaba–, debe reconocerse la existencia de dos patrimonios: *el patrimonio de empresa sobre el cual trabaja el empresario, y el patrimonio personal donde duerme y descansa*.⁶⁹

XVIII] FRANCIA. La Key no. 2010-658 de 15 de junio, relativa al Empresario Individual con Responsabilidad Limitada

a) Lo más trascendente es la mención que se hace en cuanto a que: por excepción a los artículos 2284 y 2285 del código civil⁷⁰ una persona física inscrita en un registro público, con una actividad profesional, puede declarar inembargables los derechos sobre el inmueble donde tiene su residencia que no se encuentren afectos a su actividad. Dicha declaración debe ser hecha ante Notario, y comprender una descripción detallada de los bienes afectos.

⁶⁹ Referencia hecha en el Informe arriba citado, a M. JEAN-DENIS BREDIN, autor en 1984 de un artículo sobre el patrimonio de afectación, en el coloquio organizado el 23 de noviembre de 1983 por el Centro de Investigación de Derecho Comercial de la Cámara de Comercio y de Industria de París, sobre el tema “1968-1988: veinte años de investigaciones multidisciplinarias ... a propósito de las estructuras jurídicas de la empresa”.

⁷⁰ Tales arts. establecen: El obligado personalmente responde de sus compromisos con todos sus bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros (art- 2284) y Los bienes del deudor son garantía común de sus acreedores; su precio se distribuye por participación, salvo casos de preferencia (art. 2285).

b) Se agregó al Código de Comercio una sección llamada *Del empresario individual con responsabilidad limitada*, del Código de Comercio, y que fundamentalmente establece:

i. Todo empresario individual puede *afectar* a su actividad profesional un *patrimonio separado* de su patrimonio personal, *sin creación de una persona moral*, mediante el depósito en registro público de una declaración mediante la cual constituye ese patrimonio afectado.

ii. Ese patrimonio lo constituyen todos los bienes, derechos, obligaciones y garantías de las que el empresario sea titular, necesarios para el ejercicio de su actividad. Los mismos bienes solamente pueden formar parte de un solo patrimonio afectado, y la afectación se hace mediante declaración que se inscribe en Registro público. El Registrador debe verificar que haya inventario preciso y que se señale a qué actividad quedan afectos. Los bienes que se afecten y superen valor señalado por Decreto, deberán ser evaluados por peritos y con informe de auditores.

iii. La declaración de afectación referida en el art. L. 526-7, es oponible de pleno derecho a los acreedores cuyos créditos nacen *después* del depósito. También pueden ser oponibles a los acreedores con deudas nacidas con anterioridad si hace mención de tales deudas y se informa a sus acreedores.⁷¹ Es importante destacar que en el art. L. 526-12, el CCo vuelve al tema de la excepción al principio general de que las personas responden de sus deudas con todos sus bienes, al señalar que, no obstante lo establecido por los arts. 2284 y 2285 del CC: 1. Los acreedores a los que la declaración de afectación es oponible y cuyos derechos surgieron con motivo del ejercicio de la actividad profesional, solamente tendrán como garantía el patrimonio afectado, y 2. Los demás acreedores a los que la declaración es oponible, sólo tienen como garantía el patrimonio no afectado.

iv. Para el ejercicio de la actividad a la que está afecto el patrimonio, el empresario deberá agregar a su nombre las palabras *Empresario individual con responsabilidad limitada* o sus iniciales *EIRL*.

v. En todo caso el EIRL responde con todos sus bienes y derechos en caso de fraude o incumplimiento grave a las reglas previstas en el segundo párrafo del art. 526-6 (ej. que sean necesario para su actividad; un bien sólo puede estar en un patrimonio afectado) o a las obligaciones contenidas en el art. 526-13 (llevar contabilidad autónoma y abrir una o más cuentas bancarias destinadas exclusivamente a la actividad a la que está afectado el patrimonio).

vi. Deberá depositar anualmente sus cuentas en el mismo registro donde se inscribió la afectación.

⁷¹ Pueden oponerse los acreedores a la afectación, pero la oposición *no puede tener el efecto de impedir la constitución* del patrimonio de afectación, ya que tal oposición es solo para efecto de que se les pague o se les garantice. En caso de que no se satisfaga ello, la afectación no es oponible a tales acreedores.

Bibliografía

BARRERA GRAF, Jorge, *Codificación en México. Antecedentes. Código de Comercio de 1889, perspectivas*, en *Centenario del Código de Comercio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.

BARRERA GRAF, Jorge, *Concepto y requisitos de la sociedad en derecho mexicano*, Serie Estudios Jurídicos, n. 43, IJ – UNAM, México, 2007.

BROSETA PONT, Manuel, *Manual de derecho mercantil*, 2a. ed., Tecnos, Madrid, 1974.

CARNEY, William J., "Limited Liability", *Encyclopedia of Law and Economics*, Emory University, Atlanta, Georgia, 1998. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=50563> (Acceso 6 noviembre 2014)

CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones del derecho civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Bogotá, 1992.

FACAL, Julio y Mihali, Gabriel, "Las sociedades comerciales como administradoras de patrimonios de afectación", en *Derecho Societario Ferro Astray in memoriam*, José A.; Bugallo, Beatriz y Miller, Alejandro (Coords.), Editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2007.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén. *La sociedad unipersonal en el derecho español*, Ed. La Ley, 2004.

GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique, *Las sociedades anónimas, análisis de los subtipos societarios*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993.

H. LEÓN TOVAR, Soyla y otro, *Derecho mercantil*, Oxford University Press, México, 2007.

JELSMA, Phillip L., NOLLKAMPER, Pamela Everett, *The Limited Liability Company*, James Publishing, Inc., California, Third Edition 12/99, Revision 15, 11/12, vol. I, p. 3.

JEQUIER LEHUEDÉ, E., "Unipersonalidad y sociedad con un solo socio", *Revista Ius et Praxis*, Año 17, N° 2, 2011, pp. 189 – 230, Universidad de Talca, Chile.

LAZO GONZÁLEZ, Patricio. "Limitación de la responsabilidad: bases romanas de un dogma iusprivatista", *Rev. derecho (Valdivia)*, jul. 2012, vol.25, no.1, p.7-24.

M. COIPEL (Dir.) et al, (« *La SPRL unipersonnelle et les sociétés à finalité sociales* », en *Droit des sociétés commerciales*, Wolters Kluwer Belgium, Waterloo, 2006, Troisième édition, 2006 – 2007.

MACKIE, Colin, "From privilege to right: Themes in the emergency of limited liability", (August 1, 2011), *Juridical Review*, vol. 4, 2011, p. 293. [Link] http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1980681 (acceso noviembre, 2014)

MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho mercantil*, 29a. Editorial Porrúa, México, 1996.

MAYSON, Stephen *et al*, *Company Law*, 29th edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2012.

MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955.

MILLER, Andrew H., "*Subjectivity Ltd: The Discourse of Liability in the Joint Stock Companies Act of 1856 and Gaskell's Cranford*", *ELH*, vol. 61, no. 1 (Spring 1994), The John Hopkins University Press.

MIRANDA, José Eduardo S. De. "El derecho español y la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada", *Jus Navigandi*, Año 9, núm. 222. <http://jus.com.br/artigos/4822>, (Accesado 22 noviembre 2014)

MOSSA, Lorenzo. "Esencia de la sociedad anónima", en *Revista de Derecho Privado*, t. XI, Madrid, marzo, 1956.

POLO, Antonio, "Empresa y sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues (relaciones e interferencias entre ambos conceptos)", en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, t. I, Tecnos, Madrid, 1971.

RIPERT, Georges, *Tratado elemental de derecho comercial*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954.

RUIZ-RICO RUIZ, Catalina, *Autocontrato societario*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2002.

SIROTTI GAUDENZI, A. *La dodicesima direttiva CEE in materia societaria* (Corso di perfezionamento in diritto delle Comunità europee, Università degli Studi di Bologna, a. a. 1994/1995).

SOLÁ CAÑIZARES, Felipe de, *Tratado de derecho comercial*, Montaner & Simon, Barcelona, 1962.

Los pactos estatutarios y parasociales con la reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles

SOYLA H. LEÓN TOVAR¹

“Ninguna sociedad puede funcionar con regularidad sin la intervención de tales tentativas y condimento negocial atado por los socios fuera del esquema societario, con miras a la realización de la actividad común”.

Santoni, Giuseppe².

SUMARIO: I. Concepto. III. Justificación de los pactos. III. Evolución de los pactos. IV. Reconocimiento legal de los pactos societarios. V. Pactos estatutarios o cláusulas estatutárias. VI. Pactos parasociales o extra estatutarios. VII. Algunas cuestiones sobre los pactos.

Resumen. La rigidez legal sobre la organización y funcionamiento de la sociedad anónima (en adelante la S.A.) y de sus órganos sociales ha obligado reiteradamente a los accionistas a incorporar en los estatutos cláusulas inicialmente de dudosa legalidad así como a celebrar convenios al margen de los estatutos, al grado que han puesto en crisis al tipo social y obligado al legislador a dar un giro de ciento ochenta grados al paradigma de las sociedades capitalistas. La S.A., una vez más sale airosa, se adapta a las exigencias del comercio y se renueva para dar paso a la S.A. contemporánea que admite de una vez por todas rasgos característicos de las sociedades personalistas, la disponibilidad del derecho de voto, la plena autonomía de la voluntad y la libertad contractual de los accionistas entre sí, en la sociedad y con terceros, superando con ello la consideración del derecho de voto como el mayor y esencial derecho de los accionistas y la nulidad de cualquier pacto sobre el mismo.

Palabras clave: Pactos estatutarios y parasociales, sociedad anónima, reforma mercantil.

Abstract. *The legal rigidity on the organization and operation of the corporation (hereinafter the "company") and its company organs have repeatedly forced the shareholders to incorporate in the statutes clauses of questionable legality and to conclude agreements outside the*

¹ Profesora de Sociedades Mercantiles en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

² Santoni, Giuseppe, *Patti parasociali*, Ed. Jovene, Nápoles 1985. p. 14.

statutes, to the extent that they have induced a crisis of social type and forced the legislature to give a hundred and eighty degree turn to the paradigm of capitalist company kind. The company once again scores well, adapting to the demands of trade and renewed to make way for the contemporary company, supporting once and for all characteristic features of partnerships, availability of voting rights, full autonomy and freedom of contract between shareholders in the company and third parties, thereby overcoming the consideration of the right to vote as a major and essential right of shareholders and the invalidity of any covenant on it.

Keywords: Statutory and shareholder agreements, corporation, commercial reform.

I] Concepto de pactos societarios

Con esta expresión³ me refiero al género de acuerdos estipulados por, o con los accionistas sobre el derecho de voto y/o sobre las acciones de la sociedad, con el fin de regular, integrar, crear, precisar o modificar el régimen jurídico de las relaciones de los accionistas entre sí, con la sociedad⁴, con sus órganos sociales o con terceros; así como sobre la organización y funcionamiento de dicha persona moral, en todos aquellos supuestos en los que la ley no regula, no concede, no suprime, no limita o no privilegia por el mero hecho de constituir al ente social, sino que requiere de la voluntad de todos o algunos de los socios⁵; dichos acuerdos o están incorporados en los estatutos sociales de la S.A. (*cláusulas de consentimiento o pactos estatutarios*), o son convenios celebrados al margen de dichos estatutos (*pactos parasociales*).

Dichos pactos tienen relación con la sociedad, su objetivo es influir en la vida societaria⁶, ya sea directamente desde la regulación estatutaria obligatoria para la sociedad y todos los accionistas, o de manera indirecta mediante acuerdos de voto o de bloqueo entre los accionistas o estos y terceros. Sobre este tema me permito exponer algunas generalidades con la esperanza de abundar en otra ocasión en el mismo.

³ Acuñada por Giorgio Oppo³, y desdeñada por considerarla reflejo de atadura e idea de acuerdo forzado³

⁴ Fernández de Gándara, "Pacto parasocial", *Enciclopedia jurídica Básica*, vol. III, Madrid, 1995, p. 2712.

⁵ Como sugiere Robles Martín Laborda, *Sindicación de acciones y mercado de control societarios*, Thompson Aranzadi, 2006, p. 11.

⁶ Robles Martín, op. cit. p. 11 y Pérez Ramos, Carlos. "Problemas que plantean los pactos parasociales", *Actum Mercantil & Contable*, nº 20. Julio-Septiembre 2012, <http://blog.efl.es/articulo-doctrinal/problemas-que-plantean-los-pactos-parasociales>. Consultada el 24 de agosto de 2014.

II] Justificación de los pactos

Estos pactos dotan a los socios de mecanismos que permiten mantener, optimizar, equilibrar o alterar el funcionamiento de la sociedad; disuadir, evitar o resolver conflictos entre los socios; facilitar la interrelación de los mismos; mitigar la falta de protección de las minorías; corregir la ineficacia e incompetencia del comisario y de la asamblea en la fallida supervisión a los directores y administradores; asegurar la inversión adecuada de los recursos de la sociedad; la obtención de la mayoría o de control en la sociedad⁷ en el consejo y las asambleas; participar o vetar las decisiones de mayor significación; para afianzar el poder en la sociedad, es decir, lograr alianzas con socios de influencia significativa para evitar que tomen fuerza con otros grupos y adquieran mayoría o control; para quitar el control; para asegurar la permanencia de los accionistas fundadores; para convenir de antemano el sentido del voto y/o las limitaciones a la enajenación de las acciones o el derecho de suscripción preferente; en fin, para limitar o imponer mayores obligaciones a los socios o a los administradores.

La decisión de optar por un *pacto parasocial* o estatutario, no depende solo de la voluntad de los socios, sino de los *límites* que la ley impone por el tipo social y por las normas de *orden público* o *imperativas*, los que por cierto en México, hoy por hoy son mínimos, pues la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) que sancionaba con nulidad los pactos parasociales de voto y reducía a los pactos estatutarios a reglamentar lo señalado por la ley, incluso sin posibilidad de admitir cláusulas sobre la restricción a la libre circulación de las acciones, con la reforma del 13 de junio de 2014, reconoce en los artículos ("arts.") 8º, 97 y 198, la plena y absoluta autonomía de la voluntad.

III] Evolución de los pactos

La admisión de los pactos societarios ha sido paulatina aunque a la vez sorpresiva, así los pactos parasociales sobre el derecho de voto fueron inicialmente rechazados por la doctrina y desconocidos por las diversas legislaciones y tribunales que los declararon nulos de pleno derecho; los pactos estatutarios, en cambio, gozaban de la aceptación implícita, salvo algunos inesperados como el pacto social de exclusión de accionistas que en nuestro país un Tribunal Colegiado había declarado nulo una década atrás, por estimarlo contrario a la naturaleza de la S.A.

Todavía en el siglo pasado, la doctrina dominante, encabezada por la italiana, calificaba de ilícitos los pactos sobre el voto, pues

⁷ ALYSSA A. GRIKSCHT, *Private equity in Latin America: strategies for success*, en: http://www.goodwinprocter.com/publications/grikschit_a_6_05.pdf (última visita: 3-19-06), consultada el 12 de julio de 2014.

consideraba que atacaban seriamente el orden público, al ejercicio libre del derecho de voto considerado el mayor derecho de los de consecución, que era transmitido y practicado como inderogable, absoluto, proporcional y constructivo de la mayoría de gobierno en la asamblea; por lo que cualquier pacto que lo restringiera o suprimiera debía ser calificado de ilícito, dado que abolía la asamblea o desnaturalizaba su funcionamiento, puesto que los accionistas se veían imposibilitados de formar su criterio y emitir su voto libremente después de la deliberación (*Sialoja*) conjunta, lo que implicaba que el voto fuera una farsa y por ello el accionista debía concurrir con su libre voto a formar la voluntad en el seno de la asamblea⁸

Para los tribunales tales pactos violaban la prohibición de escindir la titularidad de la acción y el voto, el principio de la libre formación de la voluntad en la asamblea, las normas de derecho imperativo o de los estatutos, implicaban una usurpación de las competencias del órgano de administración, en quebrantamiento del orden público societario y dejaban desvirtuado de raíz todo el régimen legislativo establecido para la tutela de la función regular de la sociedad cuyas normas y actividades en la economía nacional eran de orden público.

México, influenciado por la doctrina italiana⁹, no escapó a esas consideraciones y recogió la nulidad de los pactos sobre el voto en el art. 198 de la LGSM, a cuyo tenor nuestra doctrina negó validez a los pactos sobre el voto en asamblea e incluso la posibilidad de exigir la nulidad al voto sindicado si éste era determinante para obtener la mayoría (*principio de resistencia*).

Al mismo tiempo, nuestra LGSM pregonaba la libre circulabilidad de las acciones así que su Exposición de Motivos mencionaba que la autorización previa del consejo para la venta de acciones era la única excepción a dicho principio.

Dado el estatus imperante de los pactos parasociales y estatutarios, ante los límites y prohibiciones previstos por la LGSM que habían impedido establecer ciertas cláusulas en los estatutos sociales¹⁰ y

⁸ Así, Vivante, César, *Tratado de derecho mercantil*, 1932, Madrid, editorial Reus, p. 409.

⁹ Así, Barrera Graf, Jorge, "XII. influencia del Código de Comercio Italiano de 1882 sobre Mexicano vigente de 1890", Comunicación presentada en el *Coloquio sobre el Centenario del Codice di Commercio de 1882*, que tuvo lugar en Taormina, Sicilia, los días 4, 5, 6 de noviembre de 1982. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/875/13.pdf>, consultada el 02 de octubre de 2014.

¹⁰ Pérez Ramos, ya sostiene que en los últimos años se está reclamando cada vez más por la doctrina, y en parte reconociéndose por la jurisprudencia, mayor libertad a la hora de configurar las sociedades de capital y sostiene que ellos se debe a la crisis de los tipos sociales cuyo origen parte en España de la distinción de dos modelos teóricos (s.a. y sociedad limitada), a los que atribuye determinadas características, que en la realidad son *modalizados* en virtud de pactos incluidos en la escritura de constitución. "En suma, como dice su Ex. Motivos del LSC «para unas mismas necesidades -las que son específicas de las sociedades cerradas- se ofrece a la elección de los particulares dos formas sociales

convenir de antemano el sentido del voto o la enajenación de éste; los accionistas tuvieron que recurrir a diversas instituciones para arropar de legalidad y eficacia los pactos de esta naturaleza, incluso aquellos como los denominados *tag along* o *drag along*, desde someter los pactos a la ley y jurisdicción de países extranjeros como Los Estados Unidos u optar por el otorgamiento de poderes irrevocables, la constitución de fideicomisos, usufructo, reporto o prenda de acciones.

IV] Reconocimiento legal de los pactos societarios

Desde la primera mitad del siglo XX un pequeño sector de la doctrina se inclinaba por su aceptación y ante la reticencia de la mayoría, se evidenciaba que: *mientras los mercantilistas dedican muchas páginas a denigrar los sindicatos de accionistas, los hombres de negocios, por el contrario, indiferentes o despectivos hacia la doctrina se pasan tejiendo pactos de sindicación de acciones*¹¹.

Dicha realidad obligó a los mercantilistas a replantear el carácter del derecho de voto y reconocer que éste no ha sido siempre consubstancial a la acción, porque cuando surgió la S.A. no existía la asamblea de accionistas ni el derecho de voto, sino hasta el siglo XIX con la consolidación de los Estados liberales y los esquemas democráticos y parlamentarios que se trasladaron a la S.A. y se configuró a la asamblea general como el órgano supremo al que se someten los demás órganos y que funciona con los principios de proporcionalidad y de mayoría: una acción un voto, los votos en proporción del capital y no de la persona; toda acción concede un voto y no hay acciones sin voto ni acciones de voto plural. Dicha doctrina permaneció hasta mediados del siglo pasado, favoreciendo la constitución de mayorías y de grupos minoritarios, así como el abstencionismo y la proliferación de pactos clandestinos entre socios.

A finales del siglo pasado y albores del XXI la doctrina y la jurisprudencia europeas demandaban el reconocimiento legal de los pactos parasociales y las cláusulas estatutarias; es decir, mayor libertad para estructurar a la S.A.,¹² dado que las exigencias de la práctica y la rigidez del derecho societario obligaban a los socios a celebrar pactos

diferentes». De manera que la distinción teórica entre anónima y limitada está en crisis, evolucionando más bien como nos recalca la mencionada Ex. Motivos hacia una distinción entre sociedad cotizada y no cotizada»; y finalmente sostiene que para evitar la rigidez del derecho societario se está dando la *huida del derecho mercantil* al derecho civil, y en concreto a la teoría general de las obligaciones y contratos, que encuentra su desarrollo en el ámbito societario a través de los pactos parasociales que vamos a estudiar en estas líneas, en las que pretendemos fundamentalmente poner el foco de atención sobre los problemas que en la práctica están ocasionando.

¹¹ Garrigues, Joaquín, "Sindicatos de accionistas", en *Temas de derecho Vivo*, Madrid, Ed. Tecnos, 1978, p. 16.

¹² Pérez Ramos, Carlos, *op. cit.*

clandestinos y a acudir al derecho civil, a la teoría general de las obligaciones y contratos para configurar los pactos parasociales que les permitieran modificar *inter partes* las reglas fijadas en los estatutos sociales sobre la organización y funcionamiento de la sociedad así como los derechos y obligaciones de los accionistas con incidencia especial en el derecho de voto.

Permeó entonces la posición de que los pactos sobre el derecho de voto, no eran ilegales *per se*, que en realidad no desnaturalizan a la asamblea, que detrás de una asamblea de accionistas han existido siempre actuaciones previamente convenidas entre grupos de accionistas y que las decisiones del consejo tampoco responden siempre a la voluntad mayoritaria, sino a políticas o decisiones del grupo de control o de los socios significativos adoptadas fuera de asamblea y de consejo.

Incluso desde el momento en que las legislaciones han admitido el voto por poder, por delegación, por correspondencia o por medios electrónicos queda claro que el socio no delibera en asamblea, ni decide su voto en el seno de la misma¹³, sino que de antemano ha convenido o decidido su sentido (y otorgado instrucciones vinculantes al representante), de manera que quien acude a la asamblea lo hace con una voluntad preformada, sin que afecte la resolución ni haga ilícito el pacto de poder.

Asimismo, contribuyeron en su aceptación y en general en la reforma societaria, a la desregulación y mayor autonomía y libertad en la configuración de los tipos sociales diversos eventos además de la práctica constante y la doctrina incesante: a) la necesidad de fomentar la inversión, b) los grandes escándalos financieros, c) las tomas de control de las sociedades cotizadas, d) la preponderancia de los CEOS, e) el resurgimiento de las clases diferenciadas de accionistas (de ahorro y de gestión), f) las empresas familiares, g) la elevada concentración de la titularidad de las acciones y partes sociales en socios con influencia significativa, h) la importancia de los inversionistas institucionales, i) la necesidad de blindaje en las sociedades contra tomas de control hostiles; pero sobre todo, j) la rigidez del tipo de la S.A. y la crisis que se produjo por la mezcla de este y el de la sociedad de responsabilidad limitada¹⁴, generando dos tipos *capitalistas* con visos *personalistas* en los que se incluyen cláusulas como las relativas al derecho del tanto, al de preferencia, no competencia, exclusión de socio y autorización para enajenar acciones y partes sociales.

Tales eventos, entre otros, han logrado que hoy por hoy, países como Italia, paradigma de la defensa de la absoluta libertad de voto, reconozcan mayor autonomía de la voluntad al configurar a la S.A., privilegie *normas permisivas* y admita los pactos estatutarios que otrora eran impensables como el que prevé causales de exclusión de un accionista.

¹³ Rovira, Carlos L, *Pactos de voto*, Astrea, 2006, p. 191.

¹⁴ Pérez Ramos, Carlos. *op. cit.*

Así, como la validez, y en ciertos casos hasta la eficacia más allá del principio *inter partes*, de los *pactos parasociales* sobre el voto, no solo como herramienta de estabilidad para las sociedades cotizadas,¹⁵ cuya validez y eficacia se supeditan, en algunos países tan solo al cumplimiento del deber de publicidad,¹⁶ sino incluso para las sociedades cerradas sin exigencia adicional alguna.

V] Pactos estatutarios

Estos pactos se caracterizan porque de manera unánime desde el acto constitutivo de la sociedad o mediante reforma estatutaria, los socios establecen determinadas reglas sobre la organización, integración, funcionamiento y facultades de los órganos sociales (*vgr.* mayorías, quórumes de asistencia y de votación, derechos especiales); así como restricciones, limitaciones, ampliaciones o supresiones de derechos de todos los socios o de los tenedores de determinadas clases de acciones que no vienen de suyo por el mero hecho de constituir la sociedad (artículo 13 LMV y 91, fr. VII LGSM) y que una vez incorporadas en los estatutos son obligatorias para todos los accionistas, para los órganos sociales, para la sociedad y para los terceros que entran en relación con el ente o sus socios.

Dichos pactos involucran, en muchos casos, cláusulas establecidas en interés de la sociedad, para asegurar la estabilidad del grupo que controla el poder al interior del ente social, o para subordinar la transmisión de las acciones al consentimiento de los socios, de la asamblea o del consejo.

La Ley de Sociedades de Capital española se refiere expresamente a la locución *pactos estatutarios* en su art. 28, al autorizar incluir en la escritura y en los estatutos *todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido*.

En México, con la Ley del Mercado de Valores (LMV) vigente desde 2006, se reconoció un nuevo subtipo de S.A., la Sociedad Anónima Promotora de Inversión (SAPI), subtipo privilegiado por cuanto que hasta antes de la reforma a la LGSM del 13 de junio de 2013, y con

¹⁵ Así Sobre los criterios manejados en la reforma del Derecho italiano, v. Jaeger, P.G./Marchetti, P., "Corporate governance", *Giurisprudenza Commerciale*. Sep.-Oct. (1997), pp. 635-636.

¹⁶ Sánchez-Calero Guiliarte, Juan, "Los pactos parasociales anteriores a la entrada en vigor de la ley de transparencia", *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2007, enero 2007, p. 11, [http://eprints.ucm.es/14076/1/Pactos_parasociales_con_terceros_\(comunicaci%C3%B3n_Harvard\)__\(DT_con_car%C3%A1tula_y_patrocinadores\)__\(2\).pdf](http://eprints.ucm.es/14076/1/Pactos_parasociales_con_terceros_(comunicaci%C3%B3n_Harvard)__(DT_con_car%C3%A1tula_y_patrocinadores)__(2).pdf), consultada el 12 de septiembre de 2014.

desprecio hacia las demás S.A. cerradas, solamente sus accionistas y los de las S.A. bursátiles, estaban autorizados para convenir pactos estatutarios y pactos parasociales de voto, entre otros, lo que dio pauta a la preferencia de dichas sociedades sobre el tipo de S.A., creando sociedades de primera y sociedades de segunda clase.

Después de permanecer en una doble legalidad por casi ocho años¹⁷, se reconocen en México de manera generalizada, los pactos estatutarios y los *pactos parasociales* para todas las S.A., mediante la reforma a la LGSM en diversos artículos, especialmente el artículo 91, fracción VII que incorpora las cláusulas estatutarias y el 198 para los pactos parasociales, y con ello se produce un cambio en el tipo y los principios de S.A., paradigma de la sociedad capitalista, se privilegia la Autonomía privada en los estatutos sociales y la validez casi irrestricta de los *pactos parasociales* de voto y de bloqueo, prohibidos los primeros bajo pena de nulidad antes de la reforma en el ex. art. 198 de la LGSM y limitados los segundos al tenor del art. 130 de la misma LGSM.

El art. 91, fr. VII de la LGSM reformada, expresamente permite establecer en los estatutos, pactos que fijen las reglas sobre la organización y funcionamiento de la S.A., que limiten, supriman, suspendan o privilegien ciertos derechos de los accionistas, e incluso que limiten la responsabilidad del administrador, tales como:

a) Restricciones de cualquier naturaleza, a la libre circulación de las acciones, b) Causales de exclusión de socios, c) Causales para ejercer derechos de separación, de retiro, d) Causales para amortizar acciones, así como el precio o las bases para su determinación, d) Nuevas clases de acciones i) sin derecho de voto, ii) de voto restringido a algunos asuntos, iii) con otros derechos corporativos (distintos al derecho de voto), iv) exclusivamente de voto, v) de veto, vi) de voto necesario¹⁸, e) Pactos de salida, para el caso de que los accionistas no lleguen a acuerdos respecto de asuntos específicos, f) Ampliación, modificación o supresión al derecho de suscripción preferente, g) Limitación de la responsabilidad de los administradores y funcionarios, por daños y perjuicios, derivados de los actos que ejecuten o por las decisiones que adopten, excepto dolosos, de mala fe, o bien, ilícitos, y h) Otras cláusulas estatutarias análogas, tales como la relativa al *quórum de unanimidad*¹⁹, primeras opciones etc.

¹⁷ Ya que la S.A.P.I tampoco es una sociedad cotizada y en cambio gozaba en exclusiva de los derechos mencionados, en tanto que todas las demás sociedades abiertas y cerradas, familiares o no familiares, no cotizadas, carecían de esa posibilidad.

¹⁸ El art. 13, fr. III, inciso d) de la LMV admite adicionalmente tres clases de acciones, las de referencia (que limitan el reparto de utilidades), las de limitación de otros derechos económicos (incluso con privación de utilidades) y, las privilegiadas en utilidades u otros derechos económicos especiales.

¹⁹ Se ha reconocido que el consenso en materias sensibles es un mecanismo muy poderoso para crear confianza y limitar la expropiación, y por ello es sensato que las partes sometan acuerdos de esta naturaleza a la regla de la unanimidad

El artículo 8º, segundo párrafo de la LGSM, postula el principio de libertad de pactos estatutarios, al señalar que *las reglas permisivas contenidas en esta Ley no constituirán excepciones a la libertad contractual que prevalece en esta materia*; es decir, la LGSM, reconoce la plena libertad contractual entre los socios, así que, al tenor de lo dispuesto por los artículos 5º y 6º de la misma LGSM, es posible incluir cualquier otro pacto societario, con tal de que no contraríen disposiciones prohibitivas o imperativas, de orden público en la LGSM y que no sean contrarias al orden público, a la ley, a la moral y las buenas costumbres (aa. 6, 7, 8 y 1831 del CCF).

VI] Pactos parasociales o extra estatutarios

A pesar de la libertad contractual y la flexibilidad con la que se muestra el derecho societario y del cúmulo de normas que autorizan²⁰ incluir cláusulas estatutarias de la más variada índole (art. 91, fr. VII de la LGSM) anteriormente prohibidas como las relativas a emitir acciones sin derecho de voto o de veto, la exclusión del accionista o la supresión del derecho de suscripción preferente; el derecho de sociedades todavía contiene normas prohibitivas o imperativas o formalidades que impiden incluir o modificar diversas cuestiones en los estatutos, pero que en cambio el derecho contractual o la propia ley societaria permiten convenir fuera de dichos estatutos²¹, como ocurre por ejemplo en la venta del derecho de suscripción preferente, o la sindicación de voto entre socios y terceros.

²⁰ Cfr. Navarro, Pablo, "Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos", http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono_345.pdf. Consultada el 11 de noviembre de 2014.

²¹ No se pierde de vista que insertar en los estatutos un pacto ilegal no asegura la eficacia del mismo, la decisión del Tribunal de Apelación París es un ejemplo de la dificultad de la aplicación de determinados acuerdos de accionistas (CA París, 01 de octubre 2013 N° 12/17788), cuando al resolver sobre la pretensión relacionada con el hecho de que a pesar de que un accionista fundador con del 33% del capital social, se había reservado mediante pacto parasocial el nombramiento de dos de siete miembros del órgano de vigilancia de una S.A., los accionistas en asamblea no respetaron el pacto, impugnó la nulidad del mismo y la Corte de Casación negó la nulidad basado en que la infracción de los pactos parasociales, no estaba comprendida dentro del párrafo 2 del artículo L.235-1 del Código de Comercio, que establece que "la nulidad de los actos o actuaciones adoptadas por los órganos de una empresa sólo puede ser resultado de la violación de una disposición obligatoria del Libro II del Código o las leyes que rigen los contratos, por lo que el incumplimiento de una disposición de un pacto accionistas, que se resuelve, si es necesario, a través de la asignación de los daños no pueden ser la causa de nulidad de una decisión de los órganos estatutarios de la compañía", por lo que la resolución de la asamblea de accionistas incompatible con una estipulación contractual no violaba ninguna disposición obligatoria del Libro II del Código de Comercio.

Me refiero precisamente a los pactos parasociales, los que se celebran y se hacen constar en documento separado del acto constitutivo o de los estatutos sociales; los cuales por regla, permanecen al margen de estos con carácter confidencial o no, mismos que en principio *per se* no obligan a la sociedad, ni por tanto a los órganos sociales ni a los accionistas que no forman parte de ellos.

1. Concepto.

Los pactos parasociales²², son negocios jurídicos cuyo objetivo radica en regular extremos no recogidos estatutariamente²³, que a la vez integran o modifican la disciplina legal o estatutaria de la relación social en la que las partes del pacto se ven directamente afectadas²⁴, y que no tienen interés en elevarlos a cláusulas estatutarias, ya sea porque no existe beneficio adicional alguno, porque no todos los socios están de acuerdo en ellos, o porque existen ciertos beneficios o supresiones personales de los partícipes frente a los que no forman parte del mismo, que los hace más ventajosos permanecer en secrecía, o en fin, porque ciertas normas imperativas impiden incluirlos en los estatutos.

Se trata de acuerdos sobre el voto y/o sobre las acciones de la sociedad, *convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una S.A. o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen.*²⁵

Con dichos acuerdos, los socios disponen, suprimen, limitan o comprometen, sus derechos de socio (corporativos y/o económicos), regulando en sus relaciones internas, o en sus relaciones sociales, con los órganos sociales o con terceros, intereses sociales o posiciones personales en la asamblea o en los órganos sociales de una manera desigual, o complementaria respecto de lo previsto en los estatutos²⁶.

²² Oppo, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, p.4.

²³ ASÍ, Luceño Oliva, José Luis, Los pactos parasociales: instrumento de protección del socio minoritario, 5 may I, 2020, Legaltoday.com. recuperado de <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/societario/los-pactos-parasociales-instrumento-de-proteccion-del-socio-minoritario>, consultado el 12 de septiembre de 2014.

²⁴ Fernández de Gándara (pacto parasocial, Enciclopedia jurídica Básica, vol. III, Madrid, 1995, p. 2712

²⁵ Así, Paz-Ares, Cándido, “El Enforcement de los pactos parasociales”, *Actualidad Jurídica* (Uría & Menéndez) - Número 5, Mayo de 2003.

²⁶ Scarpa, Darío, *I patti parasociali nelle s.p.a. e nelle s.r.l.*, Guiffrè editore, Milán 2011, p. 1 y 2, los define como: ... *l'accordo tra soci, stipulato al di fuori dell'atto costitutivo, con il quale i soci dispongono di diritti che derivano dal contratto sociale, disciplinando nei loro rapporti interni, ovvero nei rapporti con la società, con organi social o con terzi, interessi sociali e determinati comportamenti all'interno delle dinamiche sociali. Di guisa, i contratti parasociali sono convenzioni estranee al contratto sociale, in quanto aventi lo scopo di disciplinare rapporti*

Son objeto de estos pactos, los derechos políticos, financieros y patrimoniales de los socios en el ente social, y, como consecuencia, conllevan una restricción al derecho de dominio sobre sus acciones o partes sociales y en el ejercicio del derecho de voto en la sociedad.

2. Características²⁷.

Los pactos parasociales se caracterizan porque:

a) En ellos interviene cuando menos un accionista, pero pueden participar varios socios o todos ellos (omnilaterales), la propia sociedad, sus administradores el órgano de vigilancia y terceros.

b) Aunque su contenido puede versar sobre las acciones, o sobre el voto o la organización y funcionamiento de la sociedad, sobre el capital social, o en fin respecto de los derechos y obligaciones de los socios, se caracterizan porque buscan influir en la relación de los contratantes con la sociedad al margen de la reglamentación que resulta de la Ley y de los estatutos.

c) Los pactos parasociales gozan de publicidad y/o se deben publicar²⁸ y en ciertos casos podrían tener eficacia entre los contratantes y terceros.

d) Tienen dependencia funcional, *accesoriedad*, respecto los estatutos sociales que buscan completar, concretar o modificar, de forma que si los estatutos de la sociedad fuesen nulos también lo sería el pacto parasocial. Para algunos se trata de una "*dependencia funcional*, es decir que *el pacto parasocial no se entiende si no existe la sociedad (...) entendiendo por sociedad (...) no solo el contrato de sociedad sino también la actividad desarrollada por la persona jurídica a la que se ha dado vida en el Derecho*"²⁹; aunque gozan de autonomía negocial en el sentido de cierta independencia en la medida en que no forman parte de los estatutos y, por tanto, quedan fuera o al margen de la organización de la persona jurídica.

interpersonali in maniera difforme ovvero complementare rispetto a quanto prescritto nell'atto costitutivo o dallo statuto".

²⁷ Pérez Ramos, *op., cit.* Se trata de un instrumento para organizar inversiones; Ascarelli los califica de *contratos plurilaterales, mediante los cuales los accionistas se obligan recíprocamente a votar en un mismo sentido o se obligan a entregar todas las acciones propias a un gerente de confianza común con mandato irrevocable, para que lleve a cabo la actuación que se acuerda por la mayoría de los sindicados.*

²⁸ Así en España para los protocolos familiares (L 7/2003 disp.final 2ª; RD 171/2007).

²⁹ Así, Henao, Lina, "Los pactos parasociales. Share holder Agreements", *Revista de Derecho Privado*, no. 25, Bogotá, julio-diciembre 2013, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662013000200008&lng=pt&nrm=iso#nu3 Consultada el 23 de septiembre de 2014.

3. Reconocimiento en México.

En México, la LMV vigente desde 2006, autoriza a los accionistas de las Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión (S.A.P.I.) (art. 16, fracción VI, LMV) y de las Sociedades Anónimas Bursátiles (S.A.B.) para suscribir pactos entre ellos: a) de no competencia con la sociedad, b) opciones de compra o venta de las acciones representativas del capital social de la sociedad, c) enajenaciones y demás actos jurídicos relativos al dominio, disposición o ejercicio del derecho de preferencia para suscribir nuevas acciones, d) sindicación de voto, e) acuerdos para la enajenación de sus acciones en oferta pública, y f) pactos de no competencia con la sociedad, limitados en tiempo, materia y cobertura geográfica, sin que excedan de tres años y sin perjuicio de lo establecido en otras leyes que resulten aplicables.

Con la reforma del 13 de junio de 2014, del art. 198 de la LGSM, congruente con los artículos ya citados de la LVM, se suprime la sanción de nulidad de que eran objeto los pactos parasociales sobre el voto y en su lugar, se autoriza expresamente a todos los accionistas de sociedades no cotizadas la celebración de tales pactos, respecto de a) la enajenación de las acciones, b) del derecho de suscripción preferente, c) del ejercicio del derecho de voto, y d) otros convenios *de naturaleza análoga*;

En concreto, la reforma autoriza la celebración de los pactos sobre:

I. Opciones de compra o venta de acciones representativas del capital social de la sociedad, tales como:

a) La obligación para que uno o varios accionistas solamente puedan enajenar la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando el adquirente se obligue también a adquirir una proporción o la totalidad de las acciones de otro u otros accionistas, en iguales condiciones (*tag along*).

b) El derecho de uno o varios accionistas para exigir a otro socio la enajenación de la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando aquéllos acepten una oferta de adquisición, en iguales condiciones (*drag along*).

c) El derecho de uno o varios accionistas a enajenar o adquirir de otro accionista, quien deberá estar obligado a enajenar o adquirir, según corresponda, la totalidad o parte de la tenencia accionaria objeto de la operación, a un precio determinado o determinable (*first opción* o derecho del tanto).

d) La obligación de uno o varios accionistas a suscribir y pagar cierto número de acciones representativas del capital social de la sociedad, a un precio determinado o determinable. Esta posibilidad no está expresamente reconocida en la LMV (compra de derecho de suscripción preferente).

e) Otros, para vender las acciones a la sociedad o a los demás socios y éstos obligarse a adquirirlas, cuando se presenten ciertos

eventos como la muerte o retiro del socio, la prenda de acciones u otro acto que signifique reemplazar al socio por un tercero; pactos anti dilución, de exclusión de socios, etc.

II. Pactos de renuncia, preferencia, venta, dominio, disposición o ejercicio del derecho de suscripción preferente, con otros accionistas o con personas distintas de éstos.

III. Sindicación de voto.

IV. Acuerdos para la enajenación de sus acciones en oferta pública.

V. Otros de naturaleza análoga.

La mayor parte de estos pactos instrumentan acuerdos sobre la composición del órgano de administración, sobre reformas estatutarias, de arbitraje para deshacer situaciones de bloqueo (*deadlock*), sobre la información que debe brindarse a los socios, sobre las decisiones de la asamblea, sobre el órgano de administración³⁰, sobre los quórumes de las Asamblea General; pero también mecanismos de tenencia accionaria entre los socios, para impedir la enajenación total, parcial, temporal o definitiva de sus acciones o su transmisión entre ellos o terceros.

4. Clases o categorías de pactos.

En algunas ocasiones el acuerdo es restringido y su objeto es únicamente la limitación de voto, obligando al socio a votar en un sentido determinado dictado por la mayoría. Otras veces es amplio, los socios se comprometen a votar en un tiempo determinado conforme las directrices dadas por el grupo sindicado, delegar el voto u otorgar poder irrevocable, así como a no ceder la titularidad de sus acciones, o a transmitir la posesión de las acciones al director del sindicato para que las use según la línea pactada (apoderados, fiduciarios, etc.), o ambos.

Los estudiosos del tema han realizado diversas clasificaciones de los pactos, las más destacadas son:

La que atiende al conjunto de accionistas que participan en ellos, como los siguientes:

a) *Pactos Universales u omnilaterales*. Los pactos en los que participa la totalidad de los accionistas, recogen en esencia las reglas de gobierno corporativo de la sociedad, y reglamentan en gran medida la actuación de los socios en situaciones de conflicto de interés.

b) *Pactos de control*. Celebrados entre grupos de socios entre sí o con terceros para reducir los conflictos entre ellos socios en relación con el control de la sociedad, o para conceder derechos a terceros.

De igual modo se estudia la clasificación que atiende objeto directo de los pactos; es decir a las acciones y al voto, y son denominados sindicatos de bloqueo y sindicatos de voto:

³⁰ *Idem*.

a) *Sindicato de bloqueo*. Los socios asumen la obligación recíproca de no enajenar total ni parcialmente sus acciones ni los derechos de las mismas durante un determinado tiempo, o se obligan a someter su transmisión a determinadas limitaciones, como la previa autorización del consejo³¹, concesión del derecho de tanto o de preferencia para adquirirlas³². Se bloquea o condiciona el ejercicio del derecho de voto.

b) *Sindicato de voto*³³. Es la reunión de poderes en pocas manos a través de compromisos de voto (*gentlemen agreements, voting agreements*); se sindicán todos o algunos de los accionistas, entre sí o con terceros; mediante este pacto los accionistas se comprometen a ejercitar sus derechos de voto conforme las directrices pactadas al efecto³⁴, o por el cual se confían las acciones a un tercero (mandatario, director del sindicato) para que ejercite ese derecho en las asambleas, en sentido determinado, a su libre arbitrio, o como previamente se le indique, o que se abstenga de votar (obligación negativa) o bien (otra forma) asuma la obligación recíproca, de votar en un determinados sentido, ya restablecido, o a establecerse caso por caso.³⁵

VII] Algunas cuestiones sobre los pactos

Existen algunos aspectos de los pactos parasociales de los que no debemos ser ajenos ante la aceptación legal de los mismos en nuestro país; por lo cual me permito hacer aunque sea una breve referencia.

1. *Partes del pacto parasocial*. La primera cuestión es la relativa a determinar quiénes pueden ser parte en los *pactos parasociales*. Aunque parece sencilla la respuesta no lo es, pues sabido es que pueden ser

³¹ Robles Martín, *op. cit.*, p. 11.

³² Scarpa, *op. cit.*, p. 10.

³³ Malagarriga y Aztiria, desde los 60s “los convenios de sindicación de acciones son lícitos y los accionistas contratantes pueden ejercer todos los derechos y acciones legales para el cumplimiento debido de sus obligaciones recíprocas y de quienes resulten comprometidos para su debida ejecución. Sin embargo, dichos convenios no producen efecto alguno frente a la sociedad, los demás accionistas y los terceros que puedan resultar afectados a través de la sociedad”³³.

³⁴ Scarpa, *op. cit.*, p. 7

³⁵ Así Messineo, también Halperin. Cfr. también a Ascarelli “*Contratos plurilaterales, mediante los cuales los accionistas se obligan recíprocamente a votar en un mismo sentido o se obligan a entregar todas las acciones propias a un gerente de confianza común con mandato irrevocable, para que lleve a cabo la actuación que se acuerda por la mayoría de los sindicados*” Son los convenios que tienen por objeto vincular ocasional o duraderamente a determinados accionistas entre sí para seguir en la sociedad una conducta determinada. El propósito generador de estos pactos es mantener a un grupo en el gobierno de la sociedad.

celebrados entre varios socios (sindicatos de voto o de bloqueo) o todos los accionistas de una sociedad (pactos omnilaterales); pero también entre uno, varios o todos los socios y terceros, incluyendo como tales a la propia la sociedad, a los administradores y al comisario, con independencia de que estos dos últimos sean socios.

En México, tanto la LGSM (art. 198) como la LMV (art. 16), parecen admitir únicamente pactos parasociales entre accionistas cuando señalan que los accionistas *podrán convenir entre ellos*; sin embargo, admiten tanto pactos a favor de tercero (*vgr.* la sociedad) como pactos con terceros, como expresamente se señala para el caso de la enajenación total o parcial del derecho de suscripción preferente.

Estos pactos con terceros vinculan el derecho de voto, limitan la enajenación de las acciones o conceden otros derechos sociales relativos a la gestión social, con terceros. Surgen por lo general en operaciones de financiamiento, en las cuales la sociedad garantiza al tercero el retorno de su inversión, con el control de ciertas decisiones de los órganos sociales (*vgr.* variaciones del capital social o reforma estatutaria). Por ello, una parte de la doctrina, los rechaza por considerar que son incompatibles, en principio, con el deber de lealtad de los socios a la sociedad; poner en predicamento la primacía del vínculo social frente al contractual y contrariar la prohibición de escindir el derecho de voto respecto de la posición de socio y que sólo pueden admitirse excepcionalmente cuando el tercero ocupa la posición económica del socio o se le reconoce un interés propio y legítimo en la participación de ese socio³⁶; sin embargo, la mayoría de los juristas los admite, sin efectos directos en la sociedad -por ser *inter partes*- sin que la sociedad haya participado en el pacto; aunque a su vez pueden beneficiar a terceros (la propia sociedad) sin ser parte del pacto parasocial, *vgr.* en la concesión de créditos, la realización de aportaciones suplementarias, imposición de obligaciones de no competencia, exclusividad de venta o comisión; etc., en la que el tercero puede reclamar las obligaciones asumidas a su favor por los firmantes del pacto.

De hecho, la suscripción de un pacto parasocial con la sociedad se justifica para obligarla a cumplir prestaciones que de otra manera deberían haberse incluido en los estatutos, o para vincular indirectamente a los administradores; aunque los tribunales han negado que la sociedad pueda ser obligada a cumplir tales pactos cuando limitan los poderes conferidos por la Ley a la sociedad³⁷.

³⁶ Pérez Millán, David, "Pactos parasociales con terceros", *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense*, 2011/42, diciembre 2011, en [http://eprints.ucm.es/14076/1/Pactos_parasociales_con_terceros_\(comunicaci%C3%B3n_Harvard\)__\(DT_con_car%C3%A1tula_y_patrocinadores\)__\(2\).pdf](http://eprints.ucm.es/14076/1/Pactos_parasociales_con_terceros_(comunicaci%C3%B3n_Harvard)__(DT_con_car%C3%A1tula_y_patrocinadores)__(2).pdf), consultada el 04 de octubre de 2014.

³⁷ Así Millán, señala que ese ha sido el sentido de la jurisprudencia y la doctrina británicas, como puede apreciarse en el caso *Russell v Northern Bank Development Corp Ltd*

En cuanto a los pactos con los administradores, se considera que son válidos por cuanto que éstos no infringen sus deberes fiduciarios frente a la sociedad cuando limitan su discrecionalidad, obligándose contractualmente a ejercer sus facultades de una forma determinada en interés de la sociedad; al tiempo que la tendencia actual es admitir los pactos de todos los socios con los administradores que limitan, restringen y hasta suprimen sus obligaciones. Otro problema es el contenido del pacto con estos terceros.

2. *Límites al contenido de los pactos parasociales*³⁸. Una de las cuestiones más debatidas en torno a los pactos parasociales es la de determinar, cuál es el contenido de dichos pactos, cuáles son los límites; si son los mismos de los contratos³⁹, o existen otros adicionales.

La respuesta requiere una precisión, los pactos parasociales no están como cualquier otro contrato, sujetos únicamente a las normas del derecho contractual con todo y que algunos aludan a la *huida del derecho mercantil al derecho civil*, porque son pactos que pueden influir directa o indirectamente en la vida de la sociedad, pero se relacionan con ésta, la cual está sujeta a otras normas especiales algunas de las cuales son imperativas; y, por tanto, habrá que precisar si además de las limitaciones del derecho de las obligaciones y contratos, para pactar cualquier cuestión, dichos pactos deben quedar sujetos a las normas societarias que permitan la subsistencia del tipo social y la supremacía de los estatutos y, por tanto, la aplicación del derecho de sociedades; o si los pactos son válidos aun y cuando violen los estatutos y la ley con tal que se ajusten a los límites del derecho de las obligaciones y contratos.

Para algunos, el límite para la validez de los pactos parasociales *queda reservado a la imperatividad del derecho civil, a los límites*

[1992] 3 All ER 161, en el que los cuatro socios participantes de un pacto parasocial del que también fue parte la sociedad, convinieron que la sociedad no podía aumentar su capital sin el consentimiento por escrito de todas las partes del acuerdo, no obstante lo cual los administradores convocaron a una asamblea extraordinaria para aumentar el capital social, por lo cual uno de los socios demandó a la sociedad por incumplimiento del pacto, demanda que desestimada afirmando que la sociedad no puede obligarse a no aumentar su capital en cuanto ello supone una limitación a los poderes que la Ley le reconoce. La sentencia se confirmó en la Corte de Apelación, y en la casa de los Lores, se resuelve el recurso en el sentido de que el acuerdo es vinculante para todas sus partes, excepto para la sociedad. Es decir, obliga a los socios, individualmente considerados, que suscribieron el acuerdo a votar en contra del aumento de capital (y se cita en el mismo sentido el caso *Welton v Saffeny* [1897] AC 299 at 331, [1895-9] All ER Rep 567 at 585) pero no al ente social.

³⁸ Pérez Ramos Carlos, "Problemas que plantean los pactos parasociales", 8 septiembre, 2012, *Actum Mercantil & Contable* nº 20. Julio-Septiembre 2012, <http://blog.efl.es/articulo-doctrinal/problemas-que-plantean-los-pactos-parasociales>.

³⁹ Paz-Ares Rodríguez, C. "La cuestión de la validez de los pactos parasociales". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, Madrid 2011.

impuestos por el Código Civil⁴⁰; mientras que para otros, los pactos parasociales tienen, además los límites establecidos por las normas imperativas de la ley societaria y los principios que configuran el tipo⁴¹.

Finalmente una tercera posición⁴², sostiene que además las cláusulas de los pactos parasociales no se deben desviar de forma intolerable de alguna norma imperativa (en protección de minorías, o de los acreedores) ni contradecir alguno de los elementos configuradores del tipo a través del cual se proporciona seguridad a los terceros.

En tal sentido, los límites dependerán de la clase de pactos de que se trate; si son pactos de bloqueo, los mismos deben respetar los límites de las normas prohibitivas, el orden público, la moral y las buenas costumbres consagradas en los arts. 6, 7, 8, 1830 y 1831 del CCF; pero si se trata de pactos de voto, deberán sujetarse a las normas imperativas de la LGSM⁴³, vgr. sobre la estructura de organización de la sociedad.

Así, en Alemania, [parágrafo 136.2 de la Ley sobre Sociedades Anónimas de 1965 (AKTG)], es nulo todo pacto mediante el cual un accionista determine el sentido de su voto siguiendo las instrucciones de la sociedad, su dirección, o el órgano de fiscalización, o con las instrucciones de una sociedad dependiente, o bien se comprometa a favorecer las propuestas presentadas por la dirección o el órgano de vigilancia⁴⁴; asimismo, se sanciona (art. 405.3 de la AKTG) a los accionistas o sus representantes que, otorgando o prometiendo ventajas especiales, utilicen acciones de otros para ejercer los derechos en la asamblea general o especial. También se excluye la validez de los acuerdos por los que un accionista se compromete a votar en favor de las propuestas del director o del consejo de vigilancia, bajo pena de nulidad (art. 136, 3er. Párrafo)⁴⁵

3. *Inoponibilidad de los pactos.* Sin duda uno de los temas más importantes en la actualidad es el de la oponibilidad de los pactos celebrado entre accionistas a la sociedad, y aunque no es posible analizarlo en este espacio, me parece oportuno dejarlo anotado.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

⁴² Vaquerizo, A. “comentario de la Ley de Sociedades de Capital”, en Rojo-Beltrán (Dirs.), *Comentario de la ley de sociedades de capital*, II, Editorial Thomson Reuters, Civitas, Madrid 2011, p. 402.

⁴³ Araya, Tomás M., “Reflexiones sobre los acuerdos de accionistas”, *Revista Argentina de Derecho Empresario*, 20.04-2011, IJ-VL-155, <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=42155&print=1>, consultada el 8 de octubre de 2014, alude a varios supuestos de pactos parasociales que sería ilegales.

⁴⁴ *Cfr.* Scarpa, ob. cit., 12 y ss.

⁴⁵ Anaya, Jaime L. “La Sindicación de Acciones”, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de *Anales*, Año XLI, Segunda Época, núm. 34, Bs. As., 1997, p. 6.

Es muy fácil y hasta convincente afirmar que el vínculo que nace del pacto parasocial no afecta a la relación societaria, que solamente tiene eficacia inter partes, *Res inter alios acta*, a diferencia de la relación de socio-sociedad que es *erga omnes*.⁴⁶

Reiteradamente se ha sostenido que los pactos parasociales tienen eficacia meramente obligatoria entre los partícipes y por tanto no son oponibles a la sociedad ni a cualquier otro tercero, por no ser partes, por lo que sus efectos son meramente resarcitorios de los daños y perjuicios, ya que se trata de acuerdos o convenios entre socios aunque destinados básicamente a integrar o modificar la disciplina legal o estatutaria de la relación societaria en la que los firmantes del pacto se ven directamente afectados⁴⁷, en tanto que la sociedad no participa (cuando no lo hace) o no están insertos en los estatutos sociales, caso en el cual sí adquieren por eso mismo, el carácter de sociales y eficacia plena entre todos los accionistas e incluso ante terceros.

Si se acepta que los pactos no son oponibles a la sociedad, entonces:

i) No afectan a la sociedad, ni a los socios y órganos de la misma (nuevos socios o a sus administradores).

ii) No se pueden hacer valer frente a terceros.

iii) No se pueden impugnar con las acciones de oposición o de nulidad que la LGSM concede a accionistas.

iv) La sociedad no puede hacer efectivos los pactos parasociales frente a los socios, ni los socios pueden hacerlos efectivos frente a la sociedad.

v) Prevalen los acuerdos de asamblea sobre los pactos parasociales.

vi) Los votos emitidos en violación del pacto parasocial son válidos en asamblea.

Sin embargo, hoy por hoy no podemos afirmar la relatividad de los pactos, ni que tales pactos permanecen ajenos a la sociedad; la doctrina contemporánea se inclina por considerar que los pactos parasociales son oponibles a la sociedad cuando todos los socios son parte de él, es decir, cuando existe identidad de partes entre el contrato de sociedad y el pacto parasocial. En este mismo sentido se han pronunciado los tribunales europeos con argumentos basados en la doctrina del levantamiento el velo de la persona jurídica o el principio de

⁴⁶ Quizás por ello se justifica que algunas legislaciones, como la española, art. 29 de la LSC, establezcan que los pactos parasociales se mantengan reservados entre los socios y que no serán oponibles a la sociedad, Cfr <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>, consultada el 10 de noviembre de 2014.

⁴⁷ Fernández de Gándara, “pacto parasocial”, *Enciclopedia jurídica Básica*, vol. III, Madrid, 1995, p. 2712.

buena fe ⁴⁸. En México, implícitamente se admite su eficacia frente a la sociedad, al negarse la misma, en el art. 198 de la LGSM, salvo “decisión judicial”.

4. *Oponibilidad*. Consecuentemente, otra cuestión que habrá de analizar la doctrina, antes de dejarla a los tribunales mexicanos, es si un acuerdo parasocial es o no oponible a la sociedad, si dicho pacto le surte efectos al ente social, y, por tanto, si su incumplimiento pudiera provocar la nulidad de los acuerdos adoptados.

Para tal efecto, se debe considerar que cuando se constituye la sociedad, los fundadores establecen las cláusulas conforme las cuales se desarrollará el ente social, en su funcionamiento y organización, de manera que es difícil aceptar que por un acuerdo adoptado fuera de asamblea por algunos de los accionistas se pueda obligar al ente social o a sus órganos sociales, incluyendo a la asamblea que se rige bajo normas imperativas; sin embargo, también resulta incomprensible negar efectos al acuerdo adoptado por todos los accionistas fuera de asamblea y en contra de lo pactado en el acta constitutivo o los estatutos sociales; máxime cuando en países como en nuestro, los accionistas pueden adoptar acuerdos unánimes fuera de asamblea.

¿Cuál es la diferencia, además de la formal, de adoptar acuerdos por mayoría en asamblea general, que hacerlo fuera de dicha asamblea en virtud de un acuerdo parasocial universal? ¿Merece el mismo trato un acuerdo de asamblea adoptado por mayoría con el voto de un solo socio, que un acuerdo adoptado por todos los socios fuera de asamblea, conforme un pacto parasocial y no como acuerdo unánime?

Se deben distinguir los acuerdos parasociales suscritos por la totalidad de los socios, llamados omnilaterales, de los suscritos por algunos de ellos⁴⁹, en algunos países si se depositan y se registran en la sede social los omnilaterales, sí son oponibles a la sociedad sin necesidad de reforma legal⁵⁰, conforme el principio buena fe⁵¹.

Para otros en cambio, aun cuando se trate de acuerdos omnilaterales, no pueden ser oponibles a la sociedad por no poderse

⁴⁸ March Ortí, Carmen <http://www.estudio-broseta.com/biblioteca/documentos/mercantil/La%20eficacia%20de%20los%20Pactos%20Parasociales-CMarchO-expansión.pdf>. Consultada el 24 de septiembre de 2014.

⁴⁹ Zamenfeld, Víctor, “Oponibilidad y contrato de sindicación de acciones”, en *Derechos patrimoniales, Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Efraín Hugo Richar*, t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, ps. 841 y ss. y adoptando la misma postura, Triolo, Ignacio Luis, “Oponibilidad, cumplimiento y límites de los pactos de socios”, *X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. I, Córdoba, 2007, p. 347.

⁵⁰ *Ibidem*. P. 847.

⁵¹ Araya, Tomás M. “Reflexiones sobre los acuerdos de accionistas”, *Revista Argentina de Derecho Empresario*, 20.04-2011., IJ-VL-155, <http://ijeditores>, consultada el 29 de agosto de 2014.

considerar adoptados en asamblea general al no ajustarse a lo previsto en los estatutos y provenir de un acuerdo fuera de asamblea; pero ese argumento no es sostenible ya que, vgr. en México se admiten acuerdos unánimes fuera de asamblea; más bien el tema es si dichos pactos adoptados por todos los socios pueden obligar a la sociedad a pesar de que sean contrarios a los estatutos sociales, o no lo son... *por su propia naturaleza extra societaria o extra corporativa*⁵²; ni serían objeto de oposición ya que su violación no sería una causa prevista por el art. 205 de la LGSM⁵³, puesto que lo que se lesiona es un interés privado del socio.

La jurisprudencia europea, paulatinamente ha reconocido la oponibilidad de los pactos parasociales omnilaterales, con base en algunas doctrinas, como la de la ficción de la existencia de la asamblea general⁵⁴, la del levantamiento del velo de la persona jurídica, la del principio de buena fe, la teoría del abuso del derecho⁵⁵, a la cual podemos agregar la teoría de los actos propios (*Stoppel*), conforme la cual los accionistas no pueden actuar en asamblea en contradicción con lo pactado por ellos mismos (*venire contra factum proprium non valet*).

El debate doctrinal actual se centra en la eficacia, en la oponibilidad de los pactos frente a la sociedad y la posibilidad de invocar su incumplimiento como causa de impugnación de acuerdos

⁵² Así, la Resolución de la Dirección General de Registros (DGRN) sobre derogación singular de los Estatutos del 24-03-2010 (BOE: 10-05-2010), al recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil de Pontevedra, a inscribir el nombramiento de administradores solidarios de una sociedad de responsabilidad limitada en el que se estipulaba que los *“Los nombrados podrán ser separados de sus cargos por acuerdo de los socios que representen dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social”*. <http://www.registradoresdemadrid.org/revista/26/Resoluciones-DGRN/RESOLUCION-DE-24-03-2010-BOE-10-05-2010-SOCIEDAD-LIMITADA-ADMINISTRACION-PACTOS-PARASOCIALES.aspx>, consultada el 30 de septiembre de 2014.

⁵³ Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 6 de marzo de 2009, QC 2009/6221, QC 2009/8029.

⁵⁴ Escuti, Ignacio A., “De la sindicación de acciones a los contratos parasociales”, *La Ley*, 2006, F.938 y del mismo autor, Cfr “Sindicación de acciones. Panorama actual”, *Revista de Derecho Comercial*, 2005, p.275, sostiene que *“... no hay interés digno de protección para parapetarse en el concepto de persona jurídica (no estamos hablando del abuso de la personalidad) si no se afectan los de terceros, cuando se proyecta un pacto parasocial entre la totalidad de los suscriptores del mismo (para simplificar el ejemplo cuando se trata de los únicos y originarios socios) y se lo proyecta hacia la sociedad a la manera de una decisión adoptada en una asamblea unánime”*

⁵⁵ Cfr.

<https://merchantadventurer.files.wordpress.com/2013/01/sentencia-de-la-audiencia-provincial-de-madrid-de-16-11-2012.pdf>, consultada el 19 de octubre de 2014.

sociales, como nulidad del derecho de voto y la aceptación de la validez de los pactos omnilaterales.

a) *Pactos a favor de terceros*. Hay que tomar en consideración la clase de pacto de que se trate, así, cuando se trata de un pacto que concede derecho a la sociedad, una estipulación de derechos a favor de tercero, traspasa la *Res inter alios acta* y la sociedad como tercero se puede beneficiar del mismo⁵⁶ aunque no sea parte, al igual que otro tercero, pues se ha considerado que pueden ser opuestos a la sociedad, los pactos que conceden derecho a terceros, vgr, i) la cesión anticipada del derecho de dividendo a favor de un socio notificada a la sociedad, ii) la cesión del derecho de suscripción preferente, iii) el pacto para impugnar un acuerdo adoptado por la sociedad en contravención del pacto, iv) los pactos omnilaterales o universales. *Y es que los pactos parasociales de todos los socios componen –junto con los estatutos– el contenido contractual de la sociedad*⁵⁷.

Dentro de las decisiones paradigmáticas de oponibilidad citamos las dos siguientes:

El Caso MUNAKA, en el cual los accionistas se habían obligado a reducir el capital social con vistas a la posterior disolución y liquidación pero tres de ellos se reúnen en asamblea y decretan aumento de capital social⁵⁸; el Tribunal anuló la resolución de aumento por estimar que el pacto parasocial constituyó un acuerdo informal de asamblea totalitaria.

El Caso hotel Atlantis playa, en donde el único accionista, titular del 100% del capital social, había celebrado un fideicomiso en el cual reconoció que el 13% del capital pertenecía a otra persona, no obstante lo cual lleva a cabo una asamblea sin convocar a dicha accionista. El Tribunal declaró fundada la demanda.

b) *Reconocimiento legal*. Además de la doctrina, algunas legislaciones han admitido la oponibilidad y eficacia de los pactos de sindicación de acciones, como, entre otros en América Latina, Perú, Uruguay y Brasil.

En México la LGSM, como he mencionado, el art. 91 reformado, reconoce que los *pactos parasociales serán oponibles a la sociedad por resolución judicial*.

⁵⁶ March Ortí, Carmen <http://www.estudio-broseta.com/biblioteca/documentos/mercantil/La%20eficacia%20de%20los%20Pactos%20Parasociales-CMarchO-expansión.pdf>. Consultada el 24 de septiembre de 2014.

⁵⁷ Sáez Lacave, María Isabel, “Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces”, *InDret*, Revista para el WWW.INDRET.COM.M ANÁLISIS DEL DERECHO, Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid, consultada el 19 de septiembre de 2014.

⁵⁸ ZAMENFELD. Víctor, OPONIBILIDAD Y CONTRATO DE SINDICACION DE ACCIONES, cfr. <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/sindicac.pdf>, consultado el 22 de septiembre de 2014.

Conforme lo anterior, no obstante la tendencia favorecedora hacia la eficacia externa de los pactos parasociales, las reformas del art. 198 de la LGS, imponen un gran reto en México: entrar en el análisis y discusión de la validez y eficacia externa de los pactos parasociales, pues por mucho que se celebren entre todos los accionistas, serán nulos pactos que violenten los estatutos sociales o las normas imperativas de la LGSM, o tengan una causa ilícita o inmoral con arreglo a las normas de derecho civil (vgr. aprobar los informes del consejo a cambio de una ventaja al socio).

Los pactos parasociales serían nulos cuando estén en contraste con normas imperativas o si constituyan un instrumento de elusión de dichas normas y principios generales, puesto que las normas permisivas a que alude el artículo 8 de la LGSM no puede ir más allá de los límites de la autonomía de la voluntad, de la libertad contractual y de la configuración del tipo social de S.A., que hoy está en crisis⁵⁹.

De manera que será dudosa la legalidad de los pactos parasociales que priven de derechos a terceros (incluyendo a los socios no partícipes, o a cualquier tercero en sentido lato) sin su consentimiento, o que modifiquen la estructura orgánica de la sociedad, pero serán válidos los que modifiquen, suprimen, suspendan, alteren o aumenten los derechos de los partícipes, sí como aquellos que confieran derechos a terceros sin alterar la estructura orgánica social. La Quinta Directiva de la Unión europea (art. 35) declara nulos los pactos por los cuales un accionista se comprometa a votar siguiendo siempre las instrucciones de la sociedad o de uno de sus órganos, o aprobando siempre las propuestas hechas por la sociedad ejerciendo ese derecho en un sentido determinado o absteniéndose en contrapartida de ventajas especiales. La ley alemana también se refiere a la nulidad de dichos pactos⁶⁰.

No cabe duda que estamos ante una nueva configuración de sociedad anónima, en la que la admisión de los pactos societarios ha influido decididamente.

Bibliografía

ESCUTI, Ignacio. *De la Sindicación de Acciones a los Contratos Parasociales*. Argentina, 2006.

GARRIGUES, Joaquín, Sindicatos de accionistas, en *Temas de derecho Vivo*, Madrid, Ed, Tecnos, 1978

OPPO, *Contratti parasociali*, Milán, 1942

PRAT, Sebastien *Les pacte d'actionnaires relatifs au transfert de valerus mobilières*, Litec, 1992.

⁵⁹ Tobío Rivas, Limitaciones de los derechos de asistencia y voto de los accionistas, *Civitas*, p. 100). En algunos países son lícitos pero inoponibles a la sociedad, por lo que su incumplimiento genera daños y perjuicios.

⁶⁰ Rovira, *op. cit.*, p. 197.

RICHARD, Efraín y Muiño, Orlando. Derecho Societario. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

ROVIRA, Alfredo, *Pactos de socios*, Astrea, Buenos Aires, 2006.

Robles MARTÍN LABORDA, *Sindicación de acciones y mercado de control societarios*, Thompson Aranzadi, 2006.

SANTONI, Giuseppe, *Patti parasociali*, Ed. Jovene, Nápoles 1985.

Revistas:

CERTAD MAROTO, Gastón. "Derecho Societario y Normas de Orden Público". *Revista de Ciencias Jurídicas*. No. 117. San José, Setiembre-Diciembre, 2008.

LEÓN SANS, Francisco José. "La reforma de la regulación de OPAs y el régimen de los pactos parasociales de las sociedades cotizadas". *Noticias de la Unión Europea*. No. 285. España, Octubre 2008.

PAZ-ARES, Rodríguez, Cándido, "El Enforcement de los pactos parasociales", *Actualidad Jurídica* (Uría & Menéndez) - Número 5, Mayo de 2003.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. "Los Pactos Parasociales anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Transparencia". *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*. Universidad Complutense, Madrid, Enero, 2007.

La responsabilidad de los administradores de empresas en insolvencia

LUIS MANUEL C. MÉJAN¹

SUMARIO: I. *Presentación del tema.* II. *El objetivo a buscar en la legislación de insolvencia.* III. *La conducta deseada de los administradores.* IV. *Definir administrador.* V. *Conductas que generan responsabilidad.* VI. *Origen de la responsabilidad.* VII. *Medida de la responsabilidad.* VIII. *Consecuencias adicionales de la responsabilidad.* IX. *Acción de indemnización.* X. *Defensa de los administradores.* XI. *Responsabilidad penal.* XII. *Epílogo.*

Resumen. Recientemente la Ley Concursal Mexicana incorporó un tema que ha venido siendo importante en las legislaciones de insolvencia de todo el mundo: la responsabilidad que puede ser exigida a los que han administrado una empresa durante el tiempo previo a que ésta es declarada en estado de insolvencia (concurso mercantil). En qué casos se puede exigir, a quiénes se les puede exigir, quiénes pueden hacerlo, en qué consiste el remedio y, finalmente, qué responsabilidad penal tienen dichos administradores, son los temas que se abordan en el presente.

Palabras clave: Insolvencia, concurso mercantil, responsabilidad penal, administradores.

Abstract. *The Bankruptcy Mexican Law has recently incorporated a topic that has been important in the insolvency legislations around the world: the liability that could be claimed to those who managed the company during the previous period of time to which it was declared in estate of insolvency (bankruptcy). In which cases could it be demanded, to whom it could be claimed, who can start it up, what does the remedy consist on, and finally, what criminal liability do the managers of the enterprise have. These are the subjects that would be addressed in the present work.*

I] Presentación del tema

Cuando una empresa incurre en una situación de dificultades financieras, éstas se manifiestan por una astringencia de recursos líquidos que ordinariamente llevan a incumplir con las obligaciones

¹ Titular de Asignatura Plus en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

dinerarias en el tiempo que se van venciendo. Ésta es la situación que ordinariamente es conocida como situación de insolvencia.

Antiguamente la insolvencia era definida mediante la fórmula contable que indicaba que cuando el monto de los activos son menores a los pasivos se está en insolvencia ² (activos < pasivos = insolvencia). Hoy en día el concepto de insolvencia es conocido como la incapacidad de atender el cumplimiento de las obligaciones económicas en los tiempos que van siendo exigibles y esto en forma generalizada con el universo de los acreedores de la empresa.

Las causas que generan dicha situación pueden ser muy variables. Ordinariamente pueden clasificarse en dos grandes géneros: las causas exógenas y las endógenas. Por las primeras se entienden aquellas situaciones que están afuera del alcance de la empresa afectada como es el caso de los llamados *actos del príncipe* (por ejemplo: disposiciones administrativas o legales que prohíben la fabricación de los productos que hace la empresa o que la sobregavan fiscalmente de modo que resulta incosteable), o bien actos que provienen de la economía (por ejemplo: escasez o agotamiento de la materia prima, obsolescencia de los productos o servicios que ofrece, importación de otros mercados a precios que es imposible igualar o mejorar, un deterioro del poder adquisitivo de los consumidores de los productos o servicios que la empresa genera). En esos casos los directivos de la empresa poco pueden hacer para evitar el deterioro de la misma; sin embargo, en la mayor parte de los casos, el deterioro financiero proviene de decisiones de administración (podría decirse de *management*) equivocadas (por ejemplo: hacer inversiones elevadas en activos fijos que no tienen productividad inmediata; saturarse de materias primas o de inventario de producto terminado; ampliar o reducir la planta de personal; extenderse a nuevos productos sin el debido estudio de mercado). Incluso en los casos de amenazas externas, una adecuada visión empresarial podrían prever el riesgo inminente y tomar medidas de prevención o reingeniería (por ejemplo: el vendedor de libros debe incorporarse a la venta de lectores electrónicos y de textos digitalizados; el fabricante de discos compactos de música debe evolucionar hacia la venta de la música en línea).

Los directivos de las empresas cuando visualizan un riesgo inminente de deterioro financiero suelen iniciar una toma de decisiones que en muchas ocasiones pueden resultar desacertadas y ese desacierto puede agravar la situación. Esas medidas ordinariamente son hechas de buena fe, aunque algunas pueden conllevar una negligencia seria (por ejemplo: malbaratar activos a precios abajo de mercado a fin de hacerse con la liquidez urgente) pero pueden llegar a ser dolosas (por ejemplo: dejar de enterar los impuestos que se han retenido).

El tema es: ¿Qué pueden hacer quienes tienen interés en el funcionamiento adecuado de la empresa? Y por ellos debe entenderse a

² Artículo 2166 del Código Civil Federal.

tres grandes géneros: primero los acreedores y los accionistas o dueños de la empresa, pues ellos son los que se van a ver directamente perjudicados por el citado deterioro y pérdida de valor de la empresa; en siguiente lugar, a la misma comunidad que sufre lógicamente con el deterioro de una fuente económica de generación de producto interno bruto, de empleos, de productos y de lugares donde varios seres humanos realizan su actividad cotidiana y que deberán ser reabsorbidos por la sociedad.

Aquí es donde se presenta el tema que ocupa el presente documento: la responsabilidad que tienen los directivos administradores de una empresa que llega a la insolvencia y a los correspondientes procedimientos concursales produciendo los daños mencionados.³

II] El objetivo a buscar en la legislación de insolvencia

El tema no puede ser soslayado por la legislación que rige los procedimientos de insolvencia y al ocuparse del mismo debe definir con claridad cuál es la finalidad que se persigue. Los posibles objetivos deben ser idealmente dos: uno preventivo de modo que se promueva una actuación responsable por parte de los administradores valorando con prudencia la toma de decisiones en función de buscar que la empresa no se deteriore, que pueda mantenerse en operación y que ofrezca a sus acreedores y accionistas el mejor retorno posible de su inversión. Un segundo objetivo de la legislación sobre el tema debe ser el correctivo cuando el daño se ha producido y se pueden encontrar caminos para que los responsables puedan ser obligados a mitigar los efectos dañinos de su conducta.

Podría una legislación buscar también un objetivo sancionador a efecto de castigar a quienes con su conducta han dañado a la empresa y como arriba se explicó, a la sociedad. Si bien una comunidad tiene derecho de castigar a quien ha realizado una conducta que socialmente se considera dañina o reprobable, como es el fundamento de todo el Derecho Penal, en materia de insolvencia se debe cauto y no poner el énfasis en la actitud sancionadora sino más bien en los objetivos preventivos y de corrección pues ésta es la manera de alentar la actividad empresarial. Un énfasis en el castigo produce desmotivación en el espíritu de emprendimiento.

³ “La insolvencia encuentra que el deudor, y si este es una persona moral, sus directivos conforme a la ley, o de facto, son responsables por los daños causados a la masa y toma medidas tanto preventivas, como correctivas y de sanción que incluyen la inhabilitación para el desempeño del puesto presente o futuro, la subordinación de un crédito y la exigencia de responder por daños y perjuicios en beneficio de la masa, sin soslayar la posible responsabilidad penal.” MÉJAN, Luis Manuel, *Instituciones Esenciales del Derecho de la Insolvencia*, Tirant lo Blanch, México, 2012, p. 301.

En el caso de la legislación mexicana ha habido una variación en este sentido: cuando el legislador abandonó la antigua Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos y la reemplazó por la Ley de Concursos Mercantiles dio un paso gigante en este camino al eliminar las figuras de calificación de la quiebra (en dolosa, culpable o fortuita), y de la inhabilitación del comerciante reduciendo el capítulo penal a su mínima expresión. Sin embargo con la reforma de enero de 2014 regresa el énfasis punitivo, no sólo añadiendo un nuevo delito (véase más adelante) sino que al agregar el título de la *Responsabilidad de los Administradores* (lo cual es por supuesto plausible) lo hace sin poner el énfasis en la función preventiva como lo vienen recomendando los trabajos hechos por el Banco Mundial y por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sino en el aspecto sancionador.

III] La conducta deseada de los administradores

Desde luego que la conducta básica buscada en un administrador es que su accionar promueva la actividad de la empresa, genere utilidad para los propietarios (accionistas), permita el desarrollo humano de las personas que colaboran en ella, promueva la creación de puestos de trabajo, contribuya al gasto del Estado a través del pago de impuestos y genere riqueza a la comunidad.

Ahora bien, cuando se avizoran las dificultades financieras y se ve en el horizonte la posibilidad de llegar a la insolvencia, la conducta del administrador deberá ser procurar evitar el llegar a la situación de insolvencia buscando los intereses de todos los involucrados: accionistas, acreedores, proveedores, financieros, empleados, clientes, etcétera; de modo que el riesgo pueda desaparecer o al menos reducirse. La conducta más grave puede ser la de omisión, la de no hacer lo que se debe hacer.

El momento ha llegado de revisar las políticas gerenciales y las decisiones de adquisiciones y ventas, de revisar la estructura orgánica de la empresa, de iniciar pláticas con acreedores, de proteger los activos y de reducir gastos. Es importante que el administrador no pretenda resolver sólo la situación, la ayuda profesional de contadores, auditores, abogados, financieros, tanto los internos como externos que lleguen con una visión fresca de la situación, le facilitarán la toma de decisiones. El mantener informados debidamente tanto al Consejo de Administración como a la Asamblea será fundamental.

Según un reporte hecho por el *International Association of Restructuring , Insolvency & Bankruptcy Professionals* (INSOL) sobre los regímenes de responsabilidad de directores en 21 países, usualmente las conductas generadoras de la responsabilidad vienen de hacer negocios en fraude de acreedores, incurrir en pasivos cuando no hay una seguridad razonable de pagarlos, no tomar decisiones cuando se

observa un deterioro importante del capital social o bien conductas equivocadas de adquisiciones, ventas, toma de riesgos, etcétera.⁴

Una conducta que resulta deseable es que, si la insolvencia llega o es inminente, deba el administrador tomar la iniciativa de promover el procedimiento correspondiente. Uno de los mayores males en este terreno es el no tomar esa decisión con oportunidad⁵. El procedimiento de insolvencia no es un mal mayor que se deba evitar a toda costa, por el contrario, puede ser el camino de la salvación de la empresa y de la protección de los derechos de los interesados.

IV] Definir *administrador*

Por administrador o director, para efecto de definir quién tiene la responsabilidad de las decisiones tomadas cuando se avecina la problemática de la insolvencia, debe entenderse a aquellos que tienen la encomienda de dirigir a la empresa (administradores de derecho) y a todos aquellos que tienen la posibilidad de tomar decisiones que afecten y obliguen a la empresa (administradores de hecho).⁶

Por disposición de la legislación societaria, las empresas cuentan con órganos primarios y secundarios de administración que reciben diversos nombres, ellos, por el solo hecho de estar designados como tales órganos son titulares de la responsabilidad de dirigir los negocios y la vida de la empresa. Existen también en la vida de las empresas personas que desempeñan una función vital en las decisiones y actuar de ellas, esos son los administradores o directivos de hecho. Como más compleja sea la estructura de una empresa más de estas personas pueden resultar responsables (gerentes de compras, de producción o de ventas, financieros, contadores y abogados, por citar unos ejemplos).

La ley mexicana indica que son responsables los miembros del Consejo de Administración y los *empleados relevantes*, entendiendo como tales al director general y a las personas físicas que ocupando un empleo, cargo o comisión adopten, ordenen o ejecuten los actos, omisiones o conductas de que se trate.

Es positivo que en esta manera la ley concursal incorpora el concepto de *administrador de hecho*, pero al definirlo es notorio cómo

⁴ Véase INSOL International. *Directors in the twilight zone III*. Report by different authors. Agosto de 2009, p. 4.

⁵ “Con frecuencia, son los acreedores quienes utilizan esas opciones o inician un procedimiento oficial de insolvencia debido a que los directores de las empresas no actuaron en el momento oportuno”. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de Insolvencia-Cuarta Parte*, Naciones Unidas, Viena, 2013, p. 5.

⁶ Esto sucede en todos los regímenes, por ejemplo, en el Derecho Francés: “*l'article L.651-2 précise que sont concernés non seulement les dirigeants de droit, mais aussi les dirigeants de fait*”. PÉRECHON, Françoise. *Entreprises en difficulté*. L.G.D.J., Lextenso Éditions, Paris, 2009, pp. 647-648.

radica la importancia en el acto u omisión cuyo catálogo enumera lo cual no hace sino ratificar la tendencia punitiva y no preventiva de las disposiciones, pues no importa la función administradora sino la comisión de una conducta.⁷

No hay que olvidar que el régimen de insolvencia mexicano, al igual que sucede, por ejemplo en Brasil, España, Uruguay y Argentina, dispone que los socios ilimitadamente responsables de un comerciante declarado insolvente son llevados también al régimen de la insolvencia.⁸

V] Conductas que generan responsabilidad

Si la obligación fundamental de un administrador en esta materia es la de tomar el debido cuidado de los intereses de todas las personas alrededor de la empresa y con eso en mira tomar todas las medidas que resulten razonables para evitar o al menos reducir al mínimo los efectos de caer en la insolvencia, será causa de responsabilidad precisamente el no cumplir con esa obligación.

Como tal enunciado puede ser enormemente genérico, es de sentido común el que puedan identificarse conductas específicas que puedan presumirse violatorias de esa obligación fundamental.⁹

Ese es el camino que ha adoptado la Ley de Concursos Mercantiles: proveer casos en que la conducta es violatoria de la obligación principal. Lamentablemente no se hace énfasis en la obligación principal lo cual reforzaría el carácter preventivo de las normas de responsabilidad de administradores, sino que se insiste en el enfoque punitivo, haciendo un catálogo de conductas a sancionar:

1. Votar o tomar decisiones habiendo conflicto de interés.
2. Favorecer a un accionista o grupo de ellos en perjuicio de

⁷ En la legislación de Colombia se finca la responsabilidad a “socios, administradores, revisores fiscales y empleados”. TALERO CASTRO, Diana Lucía, *Ley 1116 de 2006 en Régimen concursal y de insolvencia Colombiano*, 2ª Edición, Superintendencia de Sociedades, Revisada, Bogotá 2014, p. 125.

⁸ Artículo 14 de la Ley de Concursos Mercantiles. Véase también: COLOMBO ARNOLDI, Paolo y DE MESQUITA FILHO, Júlio, *A responsabilidade dos sócios, acionistas, diretores, administradores e controladores de sociedades empresariais frente ao processo de falência e recuperação de empresas: um estudo comparado com o direito uruguaio, espanhol e argentino*, capítulo en *Libro Homenaje al profesor Emilio Beltrán*, Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Bogotá, 2014, pp. 718-719.

⁹ *World Bank Group Revised Principles for Insolvency and Creditor/Debtor Regimes B2.1. The obligation. The law should require that when they know or ought reasonably to know that insolvency of the enterprise is imminent or unavoidable, directors should have due regard to the interests of creditors and other stakeholders, and should take reasonable steps either to avoid insolvency, or where insolvency is unavoidable, to minimize its extent.*

otros.

3. Obtener, sin causa legítima un beneficio para sí o para otros.
4. Manejen información conociendo su falsedad.
5. Maniobre con los registros de las operaciones.
6. Inscribir datos falsos en la contabilidad incluyendo el no poder probar lo que se dice en los registros contables.
7. Alteración o destrucción de la contabilidad
8. Alterar operaciones y realizar actos ilícitos con perjuicio al Comerciante y en beneficio propio o de tercero inclusive los relacionados.
9. En general la comisión de actos dolosos, de mala fe o ilícitos en beneficio propio o de terceros.

Sin que se haga una mención específica de las conductas omisivas sí se indica al menos que ese listado incluye *actos u omisiones* aunque si se lee con cuidado en la enumeración no se encuentra entre ellas conductas omisivas, y mucho menos se hace referencia a lo que debe ser la obligación fundamental de los administradores como ha quedado comentado.

VI] Origen de la responsabilidad

La responsabilidad de los administradores surge cuando se ha incumplido la obligación general de cuidado que tienen los mismos, esto es, el no comportarse con cuidado de los intereses de los interesados (accionistas y acreedores) procurando evitar la insolvencia o buscando al menos disminuir los efectos de ésta. Conforme el sistema de la ley mexicana debe haberse presentado alguna de las conductas que se han mencionado en el inciso anterior.¹⁰

Adicionalmente al no cumplimiento de la obligación principal y/o la comisión de las conductas específicas, es menester que se haya causado un daño patrimonial al comerciante.

Como requisito de procedencia debe entenderse que el comerciante ha sido declarado en situación de concurso mercantil por sentencia firme porque es la única manera de que se puede cumplir el requisito puesto por el artículo 270 bis de la Ley de Concursos Mercantiles de encontrarse en incumplimiento generalizado en el pago

¹⁰ “Recomendaciones [...] 259. La ley relativa a la insolvencia debería especificar que cuando los acreedores han sufrido pérdidas o perjuicios como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la recomendación 255, la persona en la que recaen las obligaciones puede ser responsable [...] 260. La ley relativa a la insolvencia debería disponer que la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones de la recomendación 255 está limitada a la medida de las pérdidas y los daños que ha causado el incumplimiento”. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *op. cit.* 5, p 28.

de sus obligaciones a que se refieren los artículos 10, 11 y 20 bis de esta ley.

VII] Medida de la responsabilidad

El régimen jurídico de la insolvencia debe establecer las consecuencias de incumplir con las obligaciones básicas y de conducta de los administradores. Tales consecuencias no pueden ser otras que poner un remedio a los daños que se han causado, por eso la medida de la obligación derivada de la exigencia de responsabilidad de los administradores debe ser precisamente la de los daños y perjuicios originados.

En el caso de que hayan sido varios los que han realizado las conductas que han causado el daño a la empresa, la responsabilidad puede exigirse en forma solidaria pues tal es la disposición de la ley mexicana, aunque la lógica debe hacer pensar que si unos directivos realizaron una conducta y otros otra y las dos conductas han sido dañinas a la empresa, sin que entre ambas haya una relación o un nexo, las responsabilidades deberán de ser imputadas tan sólo a los directivos o empleados que generaron el daño con su conducta individual, imponer una solidaridad por conductas diversas y no relacionadas entre sí, parecería ser excesivo e injusto.

Por lo mismo que el que ha recibido el perjuicio es el negocio, el monto de los daños y perjuicios deben dirigirse a la masa de la insolvencia, no es lógico que favorezcan a alguno o algunos de los acreedores, pues iría contra el concepto básico de la materia concursal que supone la atracción de la totalidad de masas activa y pasiva.¹¹

VIII] Consecuencias adicionales de la responsabilidad

Una típica sanción añadida por muchos regímenes de insolvencia, y el mexicano no es la excepción, a la obligación de restañar los daños y perjuicios causado a la masa, es la de establecer que los administradores y directivos en cuestión deben ser separados de su encargo. Algunos regímenes van más allá y establecen una incapacidad para volver a desempeñar cargos directivos en una empresa durante un determinado tiempo.

Existen dos prácticas que se siguen para reducir la responsabilidad de los directivos: una es poner en los estatutos de la persona moral una excluyente de responsabilidad *ex ante* para los directivos. Otra es el tomar y ofrecer una garantía, seguro o fianza de

¹¹ Por ejemplo, en el Reino Unido: "The director of a company owes duties to the State under the criminal law, to the company of which he is director and, in certain conditions, must have regard to the interests of creditors, which are enforced through the company". GOODE, Roy, *Principles of Corporate Insolvency Law*, 2ª Edición, Sweet & Maxwell, Londres, 1997, p. 512.

responsabilidad para los casos que en el futuro llegue a actualizarse la responsabilidad.

La ley mexicana en un principio optó por quitarle validez a un pacto específico o estatutario hecho por el administrador o directivo y por la persona moral lo cual ya se permite con la reforma del 13 de junio de 2014, al régimen jurídico de las sociedades anónimas del mismo modo permite la posibilidad de la toma de los medios de garantía mencionados (seguro, caución o fianza), establece que ellos no serán efectivos cuando se ha actuado con dolo o mala fe.

IX] Acción de indemnización

Ya se ha comentado que la indemnización que se exija a los administradores que han incumplido sus obligaciones de cautela y causado daños a la empresa, está dirigida a la masa del comerciante. Por esa razón, la lógica pide que el titular de la acción sea precisamente la Masa ordinariamente representada por la persona que internacionalmente es conocida como el *Representante de la Insolvencia* (que en México corresponde al *Especialista*, ya sea el conciliador durante la época de reorganización o el síndico en la etapa de quiebra) si acaso el Representante de la Insolvencia no se prestara a ejercer la acción los acreedores deberían estar autorizados para hacerlo pues, al fin y al cabo son los acreedores quienes se beneficiarán en último término de que la Masa se encuentre provista.

Una consecuencia lógica de asignar a la Masa y al representante de la insolvencia como titulares de la acción es que los costes en los que se incurriera con motivo de su ejercicio deberían ser considerados como gastos a cargo de la misma por ejercerse en su beneficio.

Sin embargo, el legislador mexicano ha seguido un camino diverso que no está exento de lógica, al asignar la titularidad de la acción al propio comerciante, pues tiene el mismo interés que los acreedores en exigir a su administrador torpe o infiel la responsabilidad correspondiente y a accionistas que representen al menos el 25% del capital¹². No asigna la acción a los especialistas, ni a los interventores, ni

¹² Refuerza ese criterio la decisión tomada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver una contradicción de tesis, en la que se indica que los accionistas de una sociedad son sujetos pasivos del delito de administración fraudulenta, porque ellos reciben el perjuicio causado por el administrador: “[...] De manera que cualquier socio agraviado por la conducta típica, como titular de las acciones que constituyan el patrimonio afectado, se encuentra legitimado para impugnar los actos fraudulentos que el administrador desleal haya realizado en perjuicio de la integridad de su patrimonio, así como para presentar su formal querrela ante el Ministerio Público”. Época: Décima Época. Registro: 2006792. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 7, Junio de 2014, Tomo I. Materia(s): Penal. Tesis: 1a./J. 32/2014 (10a.), p. 320. Administración fraudulenta. Los socios

a los acreedores quienes debieran estar tan interesados como el comerciante y sus accionistas en lograr el resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Deja, sin embargo, la posibilidad de que se pueda negociar con el representante de la insolvencia (conciliador o síndico) y obtener su autorización para llegar a una transacción respecto del monto de la indemnización que deberá ser cubierta por los administradores responsables.

Congruente con esa visión corporativa, la regulación concursal hace excepción del procedimiento existente en la Ley General de Sociedades Mercantiles que regula la forma como una sociedad puede exigir la responsabilidad a sus directivos (a través de una decisión de la Asamblea General Ordinaria o la conjunción de una minoría de accionistas que representen el 25% del capital¹³).

La acción de responsabilidad, independiente de cualquier otra acción civil o penal que exista prescribirá a los cinco años contados a partir del día en que se hubiere actualizado el supuesto que haya causado el daño patrimonial correspondiente.

Es relevante indicar que se trata de una acción que no debe ejercerse con frivolidad. En situaciones como las que se dan en la llegada de una empresa al procedimiento concursal afloran las reacciones y sentimientos viscerales y puede prevalecer en el ánimo de los accionistas que se han visto dañados en el patrimonio social que han conjuntado un espíritu de venganza. Por ello si la acción resulta no procedente porque se haya ejercido con temeridad o con mala fe, los promoventes deberán asumir las costas judiciales correspondientes.

de una persona moral, en lo individual, pueden ser sujetos pasivos del delito y, por ende, les asiste el derecho a promover la querrela relativa.

¹³ La responsabilidad de los Administradores sólo podrá ser exigida por acuerdo de la Asamblea General de Accionistas, la que designará la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente, salvo lo dispuesto en el artículo 163". Artículo 16 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Artículo 163. Los accionistas que representen el veinticinco por ciento del capital social, por lo menos, podrán ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los Administradores, siempre que se satisfagan los requisitos siguientes:

- I.- Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes, y
- II.- Que, en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la Asamblea General de Accionistas sobre no haber lugar a proceder contra los Administradores demandados.

Los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación serán percibidos por la sociedad.

X J Defensa de los administradores

Al igual que el régimen de la insolvencia prevé la responsabilidad que pueden desarrollar los directivos de una empresa, de la misma forma debe proveerse la medida en la que estos administradores puedan ofrecer justificación y razonamiento de las decisiones que tomaron.

Esta medida de identificar defensas sobre el incumplimiento de las obligaciones no sólo atiende al tradicional derecho de audiencia y defensa cuando se es exigida una responsabilidad, sino que conlleva un propósito que es fundamental: el proveer a los administradores una pauta para orientar su actuación durante el período en el que se teme incurrir en una situación de insolvencia. Tiene pues un efecto preventivo sumamente importante.

Los administradores podrán ser liberados de la responsabilidad si actuaron cumpliendo los requisitos que la ley o los estatutos sociales fijan para tomar las decisiones o las conductas que se les reclaman. Lo mismo se aplica para el caso de que dichas actuaciones u omisiones fueron realizadas en acatamiento a las instrucciones de la Asamblea General. Obviamente, los textos de los estatutos y las instrucciones de las Asambleas deben de encontrarse dentro del marco de la ley.

Otra forma en la que los directivos, administradores o empleados relevantes pueden justificar su conducta es cuando ésta fue desplegada a partir de la información que recibieron de expertos, tanto internos como externos (por ejemplo auditores) cuya competencia y credibilidad está acreditada y fuera de dudas. El historial de dichos asesores y procesadores de información en la vida de la empresa abonará importantemente a la confiabilidad de la información y el consejo que proveen.

Adicionalmente, los directivos pueden razonar que consideraron diversas posibilidades de actuación y optaron por tomar la que ahora resulta cuestionada con base en la información disponible al momento, justificando su selección por ser la más sólida además en que el daño o daños no parecían ser previsibles en ese momento.¹⁴

XI J Responsabilidad penal

La historia del derecho de la insolvencia muestra que nació precisamente como una normatividad sancionadora a quienes habían incumplido sus obligaciones de pago en forma generalizada. Desde la

¹⁴ “Algunos regímenes protegen a los directores, por ejemplo mediante la regla del criterio mercantil bien fundado que establece una presunción de que los directores, por ejemplo, actuaron de buena fe y creían razonablemente que estaban sirviendo los mejores intereses de la empresa, no tenían un interés material personal y se informaron debidamente”. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *op. cit.* 5, p. 22.

sanción de descuartizar al deudor para que los acreedores se repartieran los despojos, prevista en las XII Tablas de Roma, el encarcelamiento del deudor y familia para que pagaran con trabajo en Israel y la decapitación en la Catalunya del siglo XIII, pasando por la rotura de la banca donde los comerciantes despachaban en la Italia antigua, hasta las penas de prisión y de infamia del derecho anterior a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, pareció que la insolvencia era un tema más penal que mercantil.

La evolución hacia un derecho más científico y más puesto en la dignidad del ser humano han cambiado el paradigma para poner el énfasis en el repago a los acreedores y, más recientemente, en la reestructuración y salvamento de la empresa.

Sin embargo no puede negarse que en el camino de la *concuralidad* se pueden dar muchas conductas que son reprobables por la sociedad, tanto que merecen ser punidas severamente.

La tendencia mundial es dejar ese terreno en manos de las normas penales y no *contaminar* las leyes de insolvencia con tales situaciones. Otra tendencia es la de separar el procedimiento penal nacido de una situación concursal del proceso penal para que se manejen con total independencia.¹⁵

La ley mexicana vigente nació eliminando la figura de la clasificación de la quiebra en fortuita, culposa o dolosa y redujo las figuras penales a un mínimo. El énfasis estaba en usar la ley concursal como una herramienta y una visión penal severa ahuyenta el uso de la figura para los nobles propósitos con que se concibió. La reforma de 2014 ha abandonado de alguna manera ese espíritu y además de convertir el trato a la responsabilidad de los administradores en sanciones, como se ha explicado arriba, ha creado un nuevo tipo penal que puede ser cometido precisamente por quienes tienen a su cargo la dirección de la empresa. Así, la legislación penal consagra cuatro figuras delictivas, una que puede ser cometida por acreedores y tres cuya comisión puede darse en el seno de los administradores, directivos y empleados relevantes, amén de los tipos que se contienen en el derecho penal común y que les puede resultar aplicables.

Si bien el texto legal cuando describe las conductas del sujeto activo de los delitos, refiere a *El Comerciante*, debe entenderse que si éste es una persona moral, la responsabilidad penal recaerá en los miembros del Consejo de Administración, administradores, directores, gerentes o liquidadores de la sociedad, por ello estas figuras delictivas se aplican al concepto de administradores analizado en el presente.

¹⁵ “[...] Era necesario un juicio de valor por parte del Juez que conociera de la quiebra, en el ámbito jurisdiccional civil, ordenando en su caso proceder criminalmente contra el quebrado...para remitirlo a la Jurisdicción Penal”. RAMÍREZ, José A. *La Quiebra: Derecho Concursal Español*, 2ª Edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998, Tomo III, p. 2126.

1. *Primer delito: incumplimiento causado o agravado dolosamente.* El primero de los tipos penales puede ser cometido por el comerciante que ha sido declarado en concurso mercantil (la sentencia de declaración del concurso mercantil debe estar firme) y consiste en la comisión de un acto o conducta dolosa que cause o agrave el incumplimiento generalizado de las obligaciones, cometida ya sea antes o después de declarado el concurso mercantil¹⁶. Al mencionar *acto o conducta* parece referir a una acción necesariamente haciendo a un lado la posibilidad (fáctica) de lograr el mismo efecto por omisión.

Se agrega una presunción para tipificar esa conducta cuando se altere, falsifique o destruya la contabilidad, lo cual es obviamente una conducta dolosa.

La pena asignada: de tres a 12 años de prisión se fija según el perjuicio inferido –debe entenderse como tal su cuantía– y el número de acreedores lo cual hace dudar ¿Qué sucederá en un caso de mucha cuantía y pocos acreedores o al revés poca cuantía y muchos acreedores?

2. *Segundo delito: operaciones y registros ilícitos.* Podrán ser sujetos activos de este delito los miembros del Consejo de Administración, administrador único, director general, empleados relevantes o representantes legales del comerciante declarado en concurso mercantil (sentencia firme). La pena es igual al primer delito: tres a 12 años de prisión pero podrá reducirse a de uno a tres si se ha reparado el daño y perjuicio.

Este delito cubre dos conductas típicas: la primera consiste en hacer u ordenar que se registren operaciones o gastos inexistentes a sabiendas, mediante modificar las cuentas activas o pasivas o las condiciones de los contratos, incluso registrar pasivos a favor de partes relacionadas y, la segunda, es un concepto amplísimo: realizar dolosamente cualquier acto u operación ilícita o prohibida por la ley. En ambos casos debe haber un perjuicio patrimonial al comerciante y un beneficio propio, directa o indirectamente o a terceros.

Como la conducta de este delito coincide con la que se pide para exigir responsabilidad a los administradores, directivos o empleados relevantes, éstos podrán usar las mismas causas de exclusión de responsabilidad que se mencionaron en el apartado correspondiente.

¹⁶ Casasa, Bucio, Padilla y Sosa estiman: “La norma en comento describe cinco diferentes conductas: tres con el verbo causar y dos con el verbo agravar, por lo que estamos en presencia de lo que la doctrina denomina un tipo plurisubsistente”. CASASA, Aldo; BUCIO, Rodolfo; PADILLA, Carlos y SOSA, Alejandro, *Ley de Concursos Mercantiles comentada*, Editorial Porrúa, México, 2010, p. 271.

3. *Tercer delito: no poner contabilidad a disposición.* La conducta tipificada es una negativa: no poner la contabilidad, dentro del plazo que para ello el juez concursal le hubiere concedido, a disposición de la persona que el juez designe, salvo que el comerciante demuestre que le fue imposible presentarla por causas de fuerza mayor o caso fortuito.

En este delito, será sujeto activo el comerciante involucrado en un concurso mercantil (incluye sus administradores, directores o empleados relevantes) y la pena será de uno a tres años de prisión.

La ley parece presentar cierta incongruencia entre el primer delito y este último, en efecto, el comerciante que altere o falsifique la contabilidad se arriesga a ser condenado a una pena de uno a nueve años de prisión mientras que si no la exhibe su pena será sólo de uno a tres años, por ello el comerciante que ha alterado la contabilidad preferiría no exhibirla a ser descubierto en la alteración.

4. *Delitos del régimen común.* A las conductas punidas especialmente por la Ley de Concursos Mercantiles deberían agregarse aquéllas que se encuentran contempladas en la legislación penal y que aplican a la conducta de los administradores, amén de los casos de fraude genérico, específico u otros delitos patrimoniales está el caso del llamado delito de administración fraudulenta y el de colocarse en insolvencia para eludir obligaciones de pago.¹⁷

XII | Epílogo

La existencia de un régimen de responsabilidades para quienes dirigen una empresa es una manera de prevenir que la conducción de la misma se haga con estándares de calidad, honestidad y profesionalismo. Desde luego sirve también para permitir una recuperación de los daños causados a acreedores y socios al permitir irresponsablemente un deterioro del valor de la empresa. Adicionalmente puede ser el camino de sancionar las conductas reprochables.

Bibliografía:

CASASA, Aldo; BUCIO, Rodolfo; PADILLA, Carlos y SOSA, Alejandro, *Ley de Concursos Mercantiles comentada*, Editorial Porrúa, México, 2010.

COLOMBO ARNOLDI, Paolo y DE MESQUITA FILHO, Júlio, *A responsabilidade dos sócios, acionistas, diretores, administradores e controladores de sociedades empresárias frente ao processo de falência e recuperação de empresas: um estudo comparado com o direito uruguaio, espanhol e argentino*, capítulo en *Libro Homenaje al*

¹⁷ Véanse los artículos 388 y 388 bis del Código Penal Federal.

profesor Emilio Beltrán, Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Bogotá, 2014.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de Insolvencia-Cuarta Parte*, Naciones Unidas, Viena, 2013.

GOODE, Roy, *Principles of Corporate Insolvency Law*, 2ª Edición, Sweet & Maxwell, Londres, 1997.

INSOL International. *Directors in the twilight zone III*. Report by different authors. Agosto de 2009.

MEJÁN, Luis Manuel, *Instituciones Esenciales del Derecho de la Insolvencia*, Tirant lo Blanch, México, 2012.

PÉRECHON, Françoise. *Entreprises en difficulté*. L.G.D.J., Lextenso Éditions, Paris, 2009.

RAMÍREZ, José A. *La Quiebra: Derecho Concursal Español*, 2ª Edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998, Tomo III.

TALERO CASTRO, Diana Lucía, *Ley 1116 de 2006 en Régimen concursal y de insolvencia Colombiano*, 2ª Edición, Superintendencia de Sociedades, Revisada, Bogotá 2014.

La subordinación de créditos en el Derecho Concursal Comparado El caso mexicano

VÍCTOR MANUEL PEÑA BRISEÑO¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Qué se entiende por Crédito Subordinado?* III. *Clases de Subordinación.* IV. *La Subordinación en España.* V. *La Subordinación en Uruguay.* VI. *La Subordinación en el Derecho Norteamericano.* VII. *La Subordinación en el Derecho Colombiano.* VIII. *La Subordinación en México.* XI. *Conclusión.*

Resumen. No obstante que la Subordinación de Créditos es centenaria en nuestro continente, es novedosa en el Derecho de la Insolvencia en México, de ahí que ha sido poco explorada por nuestros juristas. Siguiendo las orientaciones de la Guía Legislativa de la Organización de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), diversas legislaciones que regulan la insolvencia ya prevén la figura de los créditos subordinados. México la reguló a partir de las reformas a la Ley de Concursos Mercantiles publicadas en el DOF del 10 de enero de 2014 por lo que resulta novedosa en nuestro país. Es menester que los estudiosos del derecho conozcamos esta nueva institución jurídica en virtud de que aquellos acreedores cuyos créditos la ley reputa como subordinados serán pagados hasta el final, inclusive después de los créditos ordinarios, lo que hará casi imposible su pago.

Palabras clave: Subordinación de créditos, Ley de Concursos Mercantiles, acreedores, créditos ordinarios.

Abstract: *In our continent, the figure of subordinated credits have always existed, but until today, our Mexican jurists have not explored this theme yet, this is due to the novelty of the Mexican insolvency law.*

Following the United Nations Commission on International Trade Law's (UNCITRAL) legislative orientation guide, several world insolvency legislations already provide the figure of subordinated credits. Mexico has legislated about this subject, -therefore innovative- in the modifications of the Commercial Insolvency Law, published on January 10th, 2014. It is an attorney's duty to learn the new legal figures in order to give right away consults; now, the creditor's debts considered as subordinates by law, will be paid last, even after the ordinary credits that will make the payment almost impossible.

¹ Profesor de posgrados en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

Keywords: Subordinated credits, Commercial Insolvency Law, creditor, ordinary credits.

I] Introducción

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 Corporación post-medieval estableció el principio parificador.²

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 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.

En prácticamente todas las legislaciones concursales existentes, un privilegio común es el de los trabajadores, quienes siempre tendrán un derecho prioritario para cobrar sus salarios no cubiertos y en algunos casos, sus indemnizaciones por la terminación de la relación de trabajo, antes que cualquier otro acreedor privilegiado. Más adelante comentaremos el caso de México.

La legislación Uruguaya vigente que se inspira en el proyecto del ameritado Profesor español Ángel Rojo, reduce al mínimo la cantidad de créditos privilegiados.

En contraposición a los créditos privilegiados, han venido apareciendo en diversas legislaciones los *créditos subordinados*, que son aquellos que por atender a la calidad personal del acreedor, serán pagados hasta el final. Así, legislaciones Europeas, como la Alemana, Francesa, Italiana y Española, siguiendo a la norteamericana, se han perfilado por tipificar una clase de crédito nuevo, el *crédito subordinado*. México no ha sido la excepción y a partir de las últimas reformas a nuestra legislación concursal que entraron en vigor el 11 de enero del 2014, también regula los créditos subordinados, entendidos como aquellos que

² CREMER, Israel. *Créditos subordinados. Libro homenaje al Profesor Emilio Beltrán*. Editado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Octubre de 2014. Pág. 473.

se cobrarán inclusive después de que se paguen los créditos ordinarios. Esto significa que jamás cobrarán en la práctica.

II] ¿Qué se entiende por crédito subordinado?

La noción de crédito subordinado surge como el opuesto al crédito privilegiado. Éste último cobra antes que el acreedor común o quirografario en el procedimiento concursal. El acreedor subordinado cobrará después que el acreedor común.

La mayoría de los autores que han tratado este tema, concuerdan en que este tipo de crédito subordinado nació en la jurisprudencia norteamericana a raíz de su gran crisis económica de 1929. Se trata principalmente de que los créditos pertenecientes a las partes relacionadas con el deudor (*insiders*), cobren hasta el final bajo la presunción legal de que sus créditos fueron otorgados con mala fe. Un ejemplo de lo anterior sería el caso de los accionistas de una empresa que con una reducida capitalización (*infracapitalización*) la comprometen frente a proveedores, trabajadores, acreedores financieros y el fisco. Los créditos que bajo estas condiciones otorgasen los accionistas se considerarán de mala fe pues en lugar de otorgar crédito a la empresa, debieron capitalizarla adecuadamente. Por ello se subordinan y cobrarán al final.

III] Clases de subordinación

La Subordinación puede ser: Voluntaria o Legal.

1. *Subordinación Voluntaria*. De acuerdo con la definición de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés), La Subordinación Voluntaria o Contractual se produce cuando dos o más acreedores de un mismo deudor conciertan un acuerdo denominado en adelante *Acuerdo de Subordinación* o *Acuerdo de Distribución* en virtud del cual un acreedor acepta recibir el pago de su crédito frente al deudor después de que se haya pagado al otro acreedor o a los demás acreedores.

En el Derecho norteamericano (Art. 510 (a) USC 11) se dice que *un acuerdo de subordinación es ejecutable bajo las reglas de este título del mismo modo que dicho acuerdo sería ejecutable bajo la regulación no concursal*.

Aunque parezca poco probable que alguien celebre voluntariamente este tipo de créditos, existe la posibilidad de estos acuerdos bajo las hipótesis de que el acreedor tiene algún interés directo en aliviar a una empresa en crisis y le otorga un préstamo individual (*fresh money*). También existe la posibilidad de que se otorgue crédito a la empresa en crisis a cambio de la emisión de una serie de obligaciones con carácter subordinado que tenga un retorno más lucrativo para el acreedor. A mayor riesgo, mayor utilidad.

2. *Subordinación Legal*. Es la legislación concursal de cada país la que regula cuales serán aquellos créditos cuyo pago quedará subordinado.

IV] La subordinación en España

La legislación Española, por ejemplo, en el artículo 92 de la Ley Concursal, subordina el pago de los créditos reclamados tardíamente, los que tienen ese carácter por contrato, los créditos por intereses, ordinarios y moratorios (salvo el caso de los créditos con garantía real), las multas y demás sanciones pecuniarias, los créditos cuyo titular es una persona especialmente relacionada con el deudor y los que surgen como consecuencia de una rescisión concursal de que sean titulares personas que actuaron de mala fe. Estas presunciones de subordinación son *iure et de iure* y su enumeración es taxativa. La ley española 38/2011, regula que los créditos entre las sociedades que forman un grupo horizontal ya no son créditos subordinados. Tampoco son subordinados la totalidad de los créditos entre las sociedades que forman un grupo vertical, pues sólo tendrán tal carácter los créditos por préstamos.

V] La subordinación en Uruguay

En la ley concursal Uruguay, se reducen la cantidad de créditos subordinados a dos tipos: las multas y demás sanciones pecuniarias, de cualquier naturaleza, y los créditos de personas especialmente relacionadas. En el caso de personas físicas y morales esta regulación es similar a la mexicana a la que nos referiremos más adelante.

VI] La subordinación en el Derecho Norteamericano

Por lo que ve al derecho Norteamericano, el tema está tratado en el *United States Code*, Título 11, Capítulo 5, subcapítulo 1, sección 510. Este código de quiebra si bien consagra la doctrina de la *Equitable Subordination*, no establece criterios específicos, por lo que la doctrina sigue siendo desarrollada por la jurisprudencia especializada. Su naturaleza no es sancionatoria, sino indemnizatoria en casos como el manejo inadecuado por accionistas controlantes cuando existe algún *insider*. Las Cortes analizan si ha habido fraude, ilegalidad, violación de deberes fiduciarios, infracapitalización, o cuando el reclamante es un testaferrero del deudor. No se trata de una aplicación automática.

VII] La subordinación en el Derecho Colombiano

En la Ley 1116 de 2006 que regula el Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, en su artículo 31 se regula el acuerdo de reorganización e identifica cinco categorías de acreedores:

- a. Titulares de acreencias laborales
- b. Entidades públicas
- c. Instituciones financieras
- d. Acreedores internos
- e. Los demás acreedores externos.

Son acreedores internos los socios o accionistas de las sociedades, el titular de las cuotas o acciones en la empresa unipersonal y los titulares de participaciones en cualquier otro tipo de persona jurídica. En el caso de persona natural comerciante, el deudor tendrá dicha condición.

Este régimen Concursal establece una mayoría especial para aprobar los convenios de reestructura en el caso de las organizaciones empresariales y de acreedores internos. En este caso se exige además el voto emitido en el mismo sentido que los anteriores acreedores por un número plural de acreedores de cualquier clase o clases que sea igual o superior al 25% de los votos restantes admitidos.

También se establece la obligación por parte de los acreedores del mismo grupo empresarial del deudor concursado, de informar la existencia de la relación de grupo del que forman parte al promotor de la insolvencia. El incumplimiento a dicho deber dentro de los plazos establecidos por la ley será penalizado mediante la reducción a la mitad de sus derechos de voto (artículo 32, último párrafo).

En el numeral 69 de la citada Ley 1116, se prevén supuestos de postergación legal de créditos pertenecientes a personas especialmente relacionadas con el deudor (personas jurídicas vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas y aquellas en las cuales exista unidad de propósito y de dirección respecto del deudor). Los adjudicatarios o cesionarios de créditos de personas especialmente vinculadas no quedan exentas de tal subordinación, cuando la iniciación del proceso se produzca dentro de los 2 años siguientes a la adquisición de los mismos (art. 69 párr. 2º).

Mediante el Decreto 1749 de mayo de 2011 que reglamenta a la citada Ley 1116 de 2006, se contempla el tratamiento, tanto a nivel local como en el marco de la cooperación internacional, el caso de los Grupos Empresariales, normativa que se inspira en el modelo de la Tercera Parte de la Guía Legislativa de la UNCITRAL, propuesto por el Grupo de Trabajo V³.

VIII J La subordinación en México

Esta institución jurídica es nueva en nuestro país. Fue a partir de las últimas reformas a la Ley de Concursos Mercantiles publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 2014 que se incluyó a la subordinación de créditos, como una respuesta del legislador mexicano

³ PEÑA BRISEÑO, Víctor Manuel. *Concurso Mercantil de Grupos Empresariales*. Editorial Tirant lo Blanch, México 2014. Pág. 346 y 347.

para evitar que se repitiera el caso del concurso de acreedores de *Grupo Vitro*, en el cual se obtuvo la aprobación de un acuerdo de reestructuración con la aprobación de acreedores relacionados por formar parte del mismo grupo empresarial, que fue considerado lesivo por acreedores terceros.

Así, el artículo 217 que regula la Graduación de Créditos, regula en su fracción V a los acreedores subordinados, que cobrarán después de los Singularmente Privilegiados (gastos de entierro del comerciante o por enfermedad que le haya causado la muerte); después de los Acreedores con Garantía Real (hipotecarios y prendarios); después de los Laborales y Fiscales; después de los Acreedores con Privilegio Especial (los que según el Código de Comercio o Leyes de su materia tengan un privilegio especial o un derecho de retención); y después de los Acreedores Comunes (que son todo el resto). Esto significa que los créditos subordinados serán pagados hasta el final después de todos los anteriores.

Nuestra legislación concursal reconoce la subordinación voluntaria (artículo 222 Bis) de la que hablamos con antelación.

Se regula ahora la subordinación de los acreedores por créditos sin garantía real de que fuera titular alguna de las personas a que aluden los artículos 15 (sociedades controladas); artículo 116 (cónyuge del comerciante persona física, su concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado o hasta el segundo por afinidad y parientes por parentesco civil). También se regula el caso de personas morales en las que las personas antes referidas o el propio comerciante sean administradores o formen parte del consejo de administración, o bien conjunta o separadamente, directa o indirectamente, mantengan la titularidad de derechos que permitan ejercer el voto respecto de más del 50% del capital, tengan poder decisorio en sus asambleas, estén en posibilidades de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar decisiones fundamentales.

Igualmente se subordinan los créditos de personas enunciadas en el artículo 117, fracción I de la Ley Concursal: el administrador, miembros del consejo de administración o empleados relevantes del comerciante o de las personas morales que sean directa o indirectamente controladas por el comerciante, o bien que tengan alguno de los parentescos consanguíneos o civiles antes mencionados con el administrador, miembros del consejo de administración o empleados relevantes.

No se realizarán pagos a los acreedores de un grado sin que queden saldados los del anterior, según su prelación.

Para que el convenio de reestructuración sea eficaz, deberá ser suscrito por el comerciante y sus acreedores reconocidos que representen más del 50% del monto reconocido a acreedores comunes y subordinados y con garantía real o privilegio especial que suscriban el convenio. En el caso de acreedores subordinados que representen al menos el 25% del total reconocido, deberá suscribirse por aquellos que representen al

menos el 50% de la suma total de los créditos reconocidos, con exclusión del monto de los créditos a favor de los subordinados, salvo que estos últimos se allanen a los términos del acuerdo que suscriba el resto de los acreedores reconocidos. Esta limitante del voto es otra novedad respecto de los acreedores de créditos subordinados.

IX] Conclusión

El Crédito Subordinado viene a romper el principio de *par conditio creditorum*.

Puede ser injusto el postergar créditos otorgados por partes relacionadas lealmente, sin ventaja especial y con el auténtico afán de auxiliar a la empresa en crisis.

La legislación Mexicana es taxativa al establecer los créditos que se subordinarán en función de la calidad de la persona del acreedor. Su enumeración no da oportunidad a que estos acreedores acrediten su buena fe, tal y como sucede en los actos que estas mismas personas realizan y que la ley presume como actos en fraude de acreedores si se realizan a partir de la fecha de retroacción (periodo sospechoso), salvo que el interesado pruebe su buena fe (artículo 116).

Por ello resulta concluyente que la regulación de los créditos subordinados en México resulta injusta para los acreedores de buena fe, e inhibe el que los acreedores relacionados con el comerciante puedan otorgar créditos que alivien la precaria situación económica de la empresa en crisis.

El fideicomiso y la inversión extranjera

DIEGO ROBLES FARÍAS¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Fideicomiso de inversión neutra*. III. *Fideicomiso de zona restringida*. IV. *Iniciativa de reforma*. V. *¿Debe conservarse la figura de la zona restringida?*

Resumen. En el presente trabajo analizaremos la utilización de la figura del fideicomiso en relación con la inversión extranjera en México, en dos rubros específicos, los fideicomisos de inversión neutra y de zona restringida. Dos tipos de fideicomisos muy propios de lo que podríamos llamar la idiosincrasia jurídica mexicana, regulados en nuestra ley con el objetivo de resolver necesidades jurídicas muy concretas, por lo que difícilmente encontraremos soluciones parecidas en otros países. Analizaremos también la reciente iniciativa de reforma que de aprobarse, prácticamente terminaría con la utilización del fideicomiso de zona restringida, al establecer la posibilidad de que los extranjeros adquieran directamente casas habitación en esa región del territorio. Finalmente, daremos nuestra opinión acerca de la conservación o no de la zona restringida.

Palabras clave: Fideicomiso, Inversión extranjera, Inversión neutra, Tratado de Libre Comercio, Zona restringida.

Abstract. *In this paper we analyze the use of Trusts in relation to foreign investment in Mexico in two specific areas, neutral investment and restricted area trusts. Two types of trusts that are very typical of what might be called the Mexican legal idiosyncrasies, regulated in our law in order to solve very specific legal requirements, so we will hardly find similar solutions in other countries. We will also analyze the recent initiative that, if approved, would virtually end the use of restricted area trusts by establishing the possibility of foreigners' direct purchase in that region of the country. Finally, we will give our opinion about conservation or the restricted area.*

Keywords: *Trust, Foreign investment, Neutral investment, Free Trade Agreement, Restricted area.*

¹ Profesor Investigador de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara. Editor de la revista *Perspectiva Jurídica UP*.

I] Introducción

Resulta paradójico que el *fideicomiso* –figura de origen romano, que se ha desarrollado principalmente en el derecho anglosajón– esté tan arraigada en el derecho mexicano con una utilidad asombrosa en muy diversas materias, entre ellas, la de inversión extranjera en donde ha sido utilizada para resolver situaciones muy especiales, tendientes a *rodear* o *burlar* las limitaciones y prohibiciones que tienen los extranjeros para invertir en México en ciertas actividades económicas.

El fideicomiso está regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito². La propia ley lo define de la siguiente manera: *En virtud del fideicomiso, la fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o titularidad de uno o más bienes o derechos, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria*³. Son tres partes las que intervienen en el fideicomiso: el *Fideicomitente*, quien es el titular de los bienes o derechos que se transmiten a la Institución Fiduciaria (Art. 384) y que por tanto debe tener capacidad y legitimidad para realizar efectivamente dicho traslado. El *Fiduciario* (Art. 385), que es la institución que recibe los bienes o derechos fideicomitados y ejecuta los fines encomendados y que en México solo pueden ser Instituciones autorizadas por la ley⁴, a diferencia de los fideicomiso en algunos países del sistema anglosajón, en donde el fiduciario puede ser una persona física. Finalmente, los *Fideicomisarios* (Art. 382) o beneficiarios, a favor de quienes se constituye el fideicomiso. Lo interesante de la figura, para los efectos de la inversión extranjera, es que los fideicomisarios foráneos sólo tendrán derechos personales o de crédito –y no derechos reales– sobre los bienes o derechos transmitidos al fideicomiso (el patrimonio del fideicomiso), lo que le otorga utilidad práctica en relación a aquellos bienes, derechos o inversiones que los extranjeros no pueden tener o realizar directamente en nuestro país⁵.

² Arts. 381 al 407, Sección primera, El Fideicomiso en General, Sección Segunda, El Fideicomiso de Garantía de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC).

³ Art. 381 LGTOC.

⁴ En materia de fideicomisos de inversión extranjera sólo pueden ser fiduciarias las Instituciones de crédito autorizadas conforme a la ley (Art. 385 LGTOC). En los fideicomisos de garantía además pueden fungir como fiduciarias: Instituciones de seguros; Instituciones de fianzas; Casas de bolsa; Sociedades Financieras de Objeto Múltiple; Almacenes generales de depósito; Uniones de crédito, y Sociedades Operadoras de Fondos de Inversión. (Art. 395 LGTOC)

⁵ El fideicomiso nace como figura jurídica en México, cuando se promulga la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios el 24 de diciembre de 1924. Dos años más tarde, el 30 de junio de 1930, se promulgó la Ley de Bancos de Fideicomiso, en la que se define y reglamenta el fideicomiso en México como un “mandato irrevocable en virtud del cual se entregaban al banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes para

Son dos los fideicomisos regulados expresamente por nuestra legislación que tienen que ver con la inversión extranjera: el *fideicomiso de inversión neutra* y el *fideicomiso de zona restringida*. A continuación analizaremos cada uno de ellos.

II] Fideicomiso de inversión neutra

En México las actividades económicas que realizan los extranjeros están reguladas por la Ley de Inversión Extranjera (LIE)⁶ y su reglamento (RLIE)⁷, así como por los distintos *Tratados de Libre Comercio*⁸ (TLC) y *Acuerdos Para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones* (APPRI) celebrados para promover los flujos de capital y brindar seguridad jurídica a los inversionistas de los países que los celebran. Actualmente se encuentran en vigor más de 2,500 APPRIs en el mundo, de los cuales México tiene celebrados más de veinte⁹. En la

que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario". Este texto se incorpora a la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 31 de agosto del mismo año. El 27 de agosto de 1932 se publica en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en la cual se conserva en principio el fideicomiso que alude la Ley de Instituciones de 1926. *Cfr. López Mena, Francisco, El Fideicomiso en las Zonas Prohibidas, Revista de Derecho Notarial, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, número 98, México, 1989, p. 73 y Ramos Garza, Óscar, Extranjeros y Propiedad Territorial en México, op.cit. pp. 109-110.*

⁶ Publicada en el DOF del 27 de diciembre de 1993.

⁷ El Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera se publicó en el DOF del 8 de septiembre de 1998.

⁸ Los Tratados de Libre Comercio que nuestra nación ha celebrado son los siguientes:

TLCAN con Estados Unidos y Canadá.	TLC con la Unión Europea
TLC con Costa Rica	TLC con Israel
TLC con Bolivia	TLC con El Salvador, Guatemala y Honduras
TLC con Nicaragua	TLC con Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza
TLC con Chile	TLC con Uruguay
AAE con Japón	TLC con Perú

⁹ Los APPRIs que México ha suscrito son los siguientes:

Argentina	Cuba
Panamá	Trinidad y Tobago
Uruguay	China
Corea	India
Singapur	Alemania

actualidad, la política nacional es de una franca apertura y promoción de la inversión foránea, como expresamente lo señala el artículo 1 de la LIE: *La presente Ley es de orden público y de observancia general en toda la República. Su objeto es la determinación de reglas para canalizar la inversión extranjera hacia el país y propiciar que ésta contribuya al desarrollo nacional.*

Tomando en cuenta esa política de apertura, la LIE establece un principio general que consiste en que la inversión extranjera puede participar en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas (Art. 4), es decir, su participación puede llegar al 100% en el capital de las empresas mexicanas¹⁰.

Como todo principio general, la participación libre y hasta el 100% de la inversión extranjera en el capital de sociedades mexicanas tiene las siguientes excepciones previstas en la propia LIE:

a. *Actividades reservadas de manera especial al Estado a que se refiere el artículo 5 de la ley.* Como exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, planeación y control del sistema eléctrico nacional, el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica¹¹, generación de energía nuclear, minerales radioactivos,

Austria	Belarús
Dinamarca	Eslovaquia
España	Finlandia
Francia	Grecia
Islandia	Italia
Países Bajos	Portugal
Reino Unido	República Checa
Suecia	Suiza
Turquía	Unión Económica Belga-Luxemburguesa
Bahréin	Kuwait
Australia	

¹⁰ Este principio de participación en cualquier proporción contradice al contenido en la antigua Ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 1973, la cual limitaba la participación de extranjeros hasta el 49% en el capital de sociedades mexicanas, prohibición que fue posteriormente matizada en su reglamento de 1989, el cual establecía un régimen de *autorización automática*, para algunos supuestos, o la necesidad de permiso de la antigua Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, para que la Inversión Extranjera rebasara el 49% del capital social.

¹¹ La participación de la inversión extranjera en la rama energética se abrió de manera importante tras la denominada *Reforma Energética* de diciembre de 2013. El Decreto de Reformas Constitucionales en Materia de Energía fue publicado en la edición vespertina del DOF del 20 de diciembre de 2013. Se reformaron los párrafos cuarto, sexto y octavo del artículo 25; el párrafo sexto del artículo 27; los párrafos cuarto y sexto del artículo 28; y se adicionan un párrafo séptimo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 27;

telégrafos, radiotelegrafía, correos, emisión de billetes, acuñación de moneda y control, supervisión y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos.

b. *Actividades reservadas a mexicanos y a empresas mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, también denominadas actividades con regulación específica (Art. 6).* En este rubro se encuentra el transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería; la participación en instituciones de banca de desarrollo y la prestación de algunos servicios profesionales y técnicos que expresamente señalan las leyes.

c. *Actividades que se encuentran sujetas a límites máximos de participación foránea en distintos porcentajes o que requieren autorización especial de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras para rebasar el 49% (Arts. 7, 8 y 9).* Los límites máximos de participación y las actividades señaladas son las siguientes: hasta en un 10% en sociedades cooperativas de producción; hasta en un 25% en transporte aéreo nacional, transporte en aerotaxi y transporte aéreo especializado; hasta el 49% en: la fabricación y comercialización de explosivos, armas de fuego, etc.; la impresión y publicación de periódicos para circulación exclusiva en territorio nacional; las acciones serie "T" de sociedades que tengan en propiedad tierras agrícolas, ganaderas y forestales; la pesca en agua dulce; la administración portuaria integral; los servicios portuarios de pilotaje a las embarcaciones; las sociedades navieras dedicadas a la explotación comercial de embarcaciones para la navegación interior y de cabotaje; el suministro de combustibles y lubricantes para embarcaciones y aeronaves y equipo ferroviario, y la radiodifusión¹².

Precisamente la *inversión neutra* constituye un mecanismo que permite a la inversión extranjera participar en el capital de sociedades mexicanas que no pueden tener socios extranjeros por dedicarse a alguna de las actividades reservadas a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, a que se refiere el inciso b) que antecede, o bien, participar en un porcentaje mayor al permitido en aquellas sociedades sujetas a límites máximos de inversión extranjera mencionadas en el inciso c) anterior. Esto en virtud de que, de

un párrafo octavo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹² En el DOF del 14 de julio de 2014 se publicó la denominada *Reforma en Telecomunicaciones*, que expidió la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y reformó los artículos 6, 7 y 8 de la Ley de Inversión Extranjera. La Reforma en Telecomunicaciones incluyó la expedición de la nueva Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión que permitió la partición libre de inversionistas extranjeros en telecomunicaciones y vía satelital, sin importar si en el país de origen de la inversión se acepta que los mexicanos tengan las mismas condiciones de inversión. Por otro lado, se estableció el tope del 49% de inversión extranjera en la radiodifusión, que comprende la televisión abierta y el radio, siempre y cuando en el país de origen de la inversión se acepte la participación mexicana en los mismos términos.

acuerdo con el artículo 18 de la LIE, la inversión neutra no se toma en cuenta para determinar el porcentaje de la inversión extranjera en una empresa mexicana.

La Ley de Inversión Extranjera, regula la Inversión Neutra en los artículos 18 al 23, mientras que su reglamento dedica al mismo tema los artículos 22 al 25. El primero de ellos nos ofrece la siguiente definición: *La inversión neutra es aquella realizada en sociedades mexicanas o en fideicomisos autorizados conforme al presente Título y no se computará para determinar el porcentaje de inversión extranjera en el capital social de sociedades mexicanas.*

La nota fundamental del concepto antes transcrito, es que dicha inversión neutra no se cuenta para determinar el porcentaje de inversión extranjera en las sociedades mexicanas. La inversión neutra puede beneficiar tanto a las empresas *abiertas* que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores –que fue la fórmula inicial para la que se creó esta figura– como a las empresas *cerradas* que sin cotizar en la Bolsa, también pueden acceder a este tipo de capitalización¹³.

Los mecanismos por los que este tipo de inversión pueden llegar a las empresas son tres, a saber:

i. A través de *fideicomisos de inversión neutra*, mediante los cuales las instituciones fiduciarias emiten *Instrumentos de Inversión Neutra*, previa autorización de la Secretaría de Economía, para ser colocados entre el gran público inversionista. Este tipo de inversión neutra se regula en el artículo 19 de la LIE y, en principio, se pensó para empresas abiertas que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores.

ii. A través de la emisión de *acciones sin derecho a voto o con derechos corporativos limitados*, que realicen las sociedades mexicanas previa autorización de la Secretaría de Economía y en su caso de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, según lo establece el artículo 20 de la LIE.

iii. Finalmente, la inversión que realicen *Sociedades Financieras Internacionales para el Desarrollo* en el capital de sociedades mexicanas, como lo prevé el artículo 22 de la Ley de Inversión Extranjera.

¹³ Esta última característica fue una de las innovaciones de la Ley de Inversión Extranjera y al efecto, así se presentó a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión: *Para que el beneficio de contar con recursos del exterior mediante el mecanismo de inversión neutra favorezca a las sociedades mexicanas que debido a su volumen y montos de operación no pueden cotizar en el mercado bursátil, la presente iniciativa prevé que estas sociedades puedan hacer uso de las distintas modalidades de inversión neutra. De esa manera la pequeña y mediana industria también podrán utilizar este mecanismo de financiamiento.* Salinas de Gortari, Carlos. Documento de presentación de la Ley de Inversión Extranjera a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

Para efectos del presente trabajo estudiaremos únicamente la inversión neutra que se realiza a través de fideicomiso. El artículo de la LIE que regula este tipo de inversión neutra establece:

Art. 19. La Secretaría podrá autorizar a las instituciones fiduciarias para que expidan instrumentos de inversión neutra que únicamente otorgarán, respecto de sociedades, derechos pecuniarios a sus tenedores y, en su caso, derechos corporativos limitados, sin que concedan a sus tenedores derechos de voto en sus Asambleas Generales Ordinarias.

Su redacción es confusa y a todas luces falta de técnica jurídica, lo que hace necesaria una labor interpretativa, a lo que ayuda, en cierta manera, el RLIE cuyo artículo conducente dice:

Art. 22. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley, se requiere autorización de la Secretaria para la constitución o modificación de toda clase de fideicomisos de inversión neutra, así como para la transmisión de acciones a los mismos, independientemente de la actividad que realice la sociedad que pretenda fideicomitir sus acciones. Para obtener esta autorización, las instituciones fiduciarias, en el primer caso, y las sociedades fideicomitentes, en el segundo, deben presentar, en original y copia simple:

I. Solicitud por escrito en la cual se especifiquen los datos generales de identificación de la institución fiduciaria y, en su caso, la actividad económica y estructura accionaria de la sociedad que pretenda transmitir sus acciones al patrimonio del fideicomiso;

II. Proyecto de contrato de fideicomiso o, en su caso, de las modificaciones que se pretendan realizar a un fideicomiso previamente autorizado, y

III. Comprobante de pago de derechos previstos en la Ley Federal de Derechos.

De la interpretación conjunta de ambos artículos pueden obtenerse las siguientes conclusiones acerca del funcionamiento de la inversión neutra a través de la figura del fideicomiso:

a. Se trata de fideicomisos que sólo pueden constituirse por sociedades mercantiles mexicanas por acciones, las que transmitirán acciones al patrimonio del fideicomiso.

b. Las partes del fideicomiso serán:

Fideicomitente, la sociedad mercantil por acciones que transmite acciones al patrimonio del fideicomiso.

Fiduciario, sólo Instituciones de crédito, ya que no se trata de un fideicomiso de garantía y por tanto no podrán fungir como tales otras entidades fiduciarias.

Fideicomisarios, los titulares de los *Instrumentos de inversión neutra* que expedirá la institución fiduciaria.

c. El patrimonio fideicomitado estará constituido por las acciones representativas del capital social de una sociedad mexicana cuyo objeto social comprenda alguna de las actividades reservadas a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros (art. 6 de la LIE) o que tenga límites máximos de participación de la inversión extranjera (Arts. 7 y 8 de la LIE).

d. La finalidad principal del fideicomiso será que la *Fiduciaria* administre las acciones fideicomitadas y vote en las asambleas correspondientes con las limitaciones a los derechos corporativos que se hubieran establecido en el fideicomiso, producto de los términos en que se haya emitido la autorización de la Secretaría de Economía. De igual modo, los *Instrumentos de inversión neutra* se colocarán entre inversionistas mexicanos o extranjeros, quienes únicamente tendrán derechos pecuniarios –recibirán el porcentaje que les corresponda sobre los rendimientos del patrimonio fideicomitado, es decir, los dividendos y demás rendimientos que produzcan las acciones fideicomitadas– y en su caso, les corresponderán derechos corporativos limitados, que sólo podrán ejercer a través de la Institución fiduciaria, única legitimada para hacerlos valer frente a la sociedad fideicomitente.

Como se desprende de los dos artículos transcritos, tanto las instituciones fiduciarias como las sociedades que pretendan fideicomitar acciones, deberán obtener de la Secretaría de Economía autorización para la constitución o modificación del fideicomiso de inversión neutra, para la transmisión de acciones a los mismos y para la expedición de los *Instrumentos de inversión neutra*, debiendo presentar la solicitud en los términos del artículo 12 reglamentario.

Por la redacción de los artículos que regulan este tipo de inversión, es preciso aclarar que sólo podrán ser materia de este tipo de fideicomisos, acciones representativas del capital social de empresas mercantiles de nacionalidad mexicana, por lo que sólo las empresas por acciones tendrán legitimidad para transmitir las. Así también se desprende del documento de presentación de la Ley de Inversión Extranjera que señalaba:

*La inversión neutra constituye un mecanismo que se recoge de las disposiciones reglamentarias en vigor, y que ha probado ser un esquema altamente benéfico para que las sociedades que cotizan en el mercado de valores puedan allegarse recursos externos y financiamiento del gran público inversionista. Esto permite a las empresas la realización de sus proyectos de expansión o saneamiento financiero, sin que ello represente una pérdida de control de los inversionistas mexicanos sobre las sociedades donde participan (...)*¹⁴.

¹⁴ Salinas de Gortari, Carlos. *Documento de presentación...* Op. cit.

Concluimos que sólo pueden acceder a este tipo de capitalización las empresas mercantiles por acciones, principalmente las que coticen en la bolsa mexicana de valores. Dada la complejidad de este tipo de inversión, pero sobre todo por su regulación escasa y deficiente –a la que nos referiremos de nueva cuenta más adelante– consideramos que se justifica su explicación a través del siguiente ejemplo:

La Ley de inversión Extranjera permite a las empresas dedicadas al transporte aéreo nacional un máximo del 25% de inversión extranjera en su capital social (Art. 7-II LIE). Supongamos que una aerolínea mexicana que ya tiene inversión extranjera hasta por dicho monto, pretende recibir más inversión extranjera a través del esquema de inversión neutra.

Su capital total es	\$100.00
Inversionistas mexicanos detentan	\$ 75.00
Inversionistas extranjeros tienen	\$ 25.00

Como primer paso la sociedad decretará un aumento de capital por \$100. Acto seguido, y previas las autorizaciones de la Secretaría de Economía, constituye un fideicomiso de inversión neutra al cual transmite las acciones representativas del aumento de capital.

El fideicomiso suscribe el aumento y se convierte en titular de las acciones fideicomitidas. Inmediatamente después emite *Instrumentos de Inversión Neutra*, que representan el porcentaje de participación de los inversionistas en el patrimonio del fideicomiso y por lo tanto en sus rendimientos, y que son colocados entre inversionistas extranjeros. Con el valor recibido se cubre a la sociedad el monto del aumento. Al final, el capital social de la aerolínea mexicana quedará constituido como sigue:

Capital Total	\$200.00
Mexicanos	\$ 75.00
Extranjeros	\$ 25.00
Fideicomiso de Inversión Neutra	\$100.00 (extranjeros)

Por tanto, los porcentajes, desde el punto de vista económico o del valor de inversión, quedarían como sigue:

Mexicanos	37.50%
Extranjeros	62.50%

No obstante, dado que la inversión neutra no computa para determinar el porcentaje de inversión extranjera en el capital social de sociedades mexicanas, como lo señala el Art. 18 de la LIE, la aerolínea mexicana no rebasará –para efectos legales– el monto máximo del 25% autorizado por ley.

Volvamos ahora a la regulación de este tipo de inversión neutra. El artículo 19 de la LIE antes transcrito, tiene su antecedente en el número 13 del Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 1989, en el que se regulaba la inversión neutra que se realizaba mediante *Certificados de Participación Ordinarios* que emitían las instituciones fiduciarias previa autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, hoy Secretaría de Economía. Hasta antes de la entrada en vigor de la LIE, este medio de inversión neutra, junto con el que realizaban las Sociedades Financieras Internacionales para el Desarrollo, eran los únicos permitidos.

Los Certificados de Participación Ordinarios podían ser adquiridos por inversionistas extranjeros, pero sujetos a dos condiciones:

- i. Que el patrimonio fideicomitado estuviera constituido por acciones representativas del capital social de sociedades cuyas acciones cotizaran en bolsas de valores mexicanas; y
- ii. Siempre que las acciones fideicomitadas integran series "N" o neutras, que sólo podían ser suscritas o adquiridas por instituciones de crédito, como fiduciarias, en los fideicomisos que para ello se constituyesen.

La característica fundamental de este tipo de inversión la establecía la parte final del mencionado artículo 13 del mencionado Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera: *Las acciones de la serie "N" o neutra no se computarán para efecto de determinar el monto y proporción de la participación de inversionistas extranjeros en el capital social de las sociedades emisoras, (...)*

Álvarez Soberanis¹⁵ señala que la denominación que otorgaba el artículo 13 a las series de estas acciones al bautizarlas como acciones "N" o neutras, fue objeto de severas críticas por parte de la doctrina jurídica nacional en distintas conferencias. Por esa razón, la Regla General publicada en el Diario Oficial de la Federación del 3 de febrero de 1988 suprimió la referencia a ese capital, que fue resucitado por el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera en el precepto legal que se comenta.

No obstante, la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras emitió criterios y mecanismos especiales para aplicar las normas contenidas en el Reglamento mencionado, mediante Resolución General número 3, publicada en el Diario Oficial el 9 de agosto de 1990. En esta resolución se establecieron las reglas especiales para lograr la autorización de la antigua Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y se insistía en la denominación de las acciones fideicomitadas como acciones serie "N" o neutras.

¹⁵ Álvarez Soberanis, Jaime. *El Régimen Jurídico y la Política en Materia de Inversiones Extranjeras en México*, Editorial Themis, México, Primera Edición, 1990. Pág. 244.

Como aprecia, existe un viraje en la forma de regulación de este tipo de inversión. Mientras que el reglamento de la antigua ley establecía la posibilidad de emitir *Certificados de Participación Ordinaria*, la actual LIE los denomina *Instrumentos de Inversión Neutra*.

Los primeros, constituyen títulos de crédito que están regulados en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y que representan el derecho a una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase que tenga el fideicomiso irrevocable que para ese propósito se constituyera¹⁶. Se refería exclusivamente a derechos resultantes de las acciones fideicomitidas, concretamente a las pertenecientes a la serie "N" o neutras.

Por otro lado los *Instrumentos de Inversión Neutra* regulados por la LIE, constituyen *papel comercial* que puede ser colocado entre el público inversionista a través de las casas de bolsa y que no se mencionan en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, lo que constituye un problema en cuanto a su falta de regulación legal.

Debe tomarse en cuenta que tanto la LIE como su reglamento, nada dicen acerca de si el patrimonio fideicomitado debe estar constituido por acciones representativas del capital social de sociedades cuyas acciones coticen en bolsa o si las acciones fideicomitidas integrarán la denominada serie "N" o neutras, como lo expresaba el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, por lo que consideramos que se ha abandonado definitivamente esta última clasificación de acciones.

Es un hecho que la redacción de la parte final del artículo 19 de la LIE, que señala que los Instrumentos de Inversión Neutra *únicamente otorgarán, respecto de sociedades, derechos pecuniarios a sus tenedores y, en su caso, derechos corporativos limitados, sin que concedan a sus tenedores derechos de voto en sus Asambleas Generales Ordinarias*, es defectuosa y oscura, ya que en las asambleas de accionistas sólo pueden votar los accionistas, quienes son los titulares de los derechos corporativos, limitados o no, que concedan sus acciones.

Los tenedores de *Instrumentos de Inversión Neutra* no son accionistas, por lo que está por demás que se les prohíba el voto en las asambleas o que se les conceda derechos corporativos limitados. Consideramos que ese artículo debió establecer que son las acciones fideicomitidas las que tendrían derechos corporativos limitados, las que serían representadas por el fiduciario en las asambleas de la sociedad emisora. Además debió señalar con precisión que a los tenedores de los instrumentos de inversión neutra corresponderían únicamente derechos pecuniarios sobre los referidos títulos.

Independientemente de la denominación de este tipo de instrumentos de inversión, es un hecho que se han arraigado en nuestro medio y constituye una forma atractiva de capitalización para aquellas sociedades mexicanas que cotizan en bolsa.

¹⁶ Artículo 228-A de la LGTOC.

III] Fideicomiso de zona restringida

La *zona restringida* es una franja de cien kilómetros de ancho a lo largo de las fronteras y de cincuenta kilómetros de ancho a lo largo de las costas en la cual –de acuerdo a la legislación vigente– los extranjeros no pueden adquirir la propiedad sobre tierras y aguas, según lo señala categóricamente la fracción primera del artículo 27 de nuestra Constitución. En el resto del territorio nacional los extranjeros pueden adquirir inmuebles de cualquier tipo, siempre y cuando celebren con el Estado mexicano un convenio por el cual se obliguen a no solicitar la protección de sus respectivos países –la denominada *protección diplomática*– bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación mexicana los inmuebles adquiridos. A este convenio se le conoce con el nombre de *Cláusula Calvo*.

La instauración de la zona restringida y la adopción de la Cláusula Calvo son consecuencia de las invasiones de potencias extranjeras que en varias ocasiones enviaron sus ejércitos a bloquear los puertos y ocupar el territorio nacional con el pretexto de atender reclamos casi siempre injustificados de sus nacionales. También contribuyó al establecimiento de las dos figuras mencionadas, la pérdida de prácticamente la mitad del territorio nacional por los asentamientos de extranjeros en la frontera norte de nuestra patria, así como por la vocación expansionista de nuestro vecino del norte.

México tiene grandes extensiones de costas y comparte una de las más largas fronteras con el vecino del norte. El área que ocupa la *zona restringida* representa casi la mitad del territorio nacional¹⁷ y ha sido

¹⁷ La extensión de la zona restringida es la siguiente (fuente: <http://presidencia.gob.mx/mexico/> y Arellano García, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, Porrúa, 11ª edición, México, 1995, p. 541):

	TERRITORIO NACIONAL	ZONA RESTRINGIDA
Frontera Norte:	3,152 Km	315,200 Km ²
Frontera del sureste:	1,149 Km	114,900 Km ²
Costa del Golfo de México:	2,809 Km	140,450 Km ²
Costa del Pacífico:	7,446 Km (incluidos 3,428 Km ² de la península de Baja California)	372,300 Km ²
Total de la superficie del territorio nacional (superficie continental)	1,959,248 Km ²	
Total de la superficie de la zona restringida		942,850 Km ²
Porcentaje de la zona restringida respecto del territorio nacional		48.123%

uno de los polos de mayor desarrollo económico reciente debido, en gran medida, a las inversiones extranjeras en hoteles y desarrollos turísticos en las costas y a la instalación de empresas extranjeras, principalmente maquiladoras, en la frontera norte. Así pues, la importancia que tiene la zona restringida es incuestionable.

A esta parte del territorio nacional tradicionalmente se le había llamado *zona prohibida*, denominación que era congruente con el tono de prohibición absoluta del artículo 27 constitucional. A partir de la promulgación del *Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera* de 1989¹⁸, seguido después por la vigente *Ley de Inversión Extranjera* de 1993, se cambió el nombre por el de *zona restringida*. El cambio obedece al viraje en el espíritu de las leyes que la reglamentan, que ahora reflejan la visión moderna de México frente a la inversión foránea.

La adopción de una visión moderna y promotora de la inversión foránea trajo como consecuencia modificaciones legales para permitir el flujo de la inversión extranjera dentro de la zona restringida en desarrollos turísticos, comerciales e industriales, pero sin violar la prohibición constitucional. Así, se permitió que sociedades mexicanas con capital extranjero adquirieran inmuebles en dicha región, siempre y cuando tuvieran un destino diferente al residencial o habitacional¹⁹. Con ello quedó atemperada la prohibición absoluta que existía para que los extranjeros fueran socios o accionistas de sociedades mexicanas que adquirieran inmuebles en dicha franja del territorio, contenida en la Ley

¹⁸ En el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (publicado en el DOF el 16 de mayo de 1989) se establecieron reglas para la adquisición y arrendamiento de inmuebles (Artículos 36 al 38) y se introdujo por primera vez la denominación de *zona restringida*. Fuera de ésta no se requería permiso para adquirir inmuebles por sociedades mexicanas, aun en los casos en que éstas admitieran extranjeros, así como para que las que tuvieran cláusula de exclusión de extranjeros adquirieran inmuebles dentro de la referida zona y que en consecuencia, sólo se requería el referido permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que las personas físicas y morales extranjeras adquirieran derechos de fideicomisarios en fideicomisos cuyo patrimonio estuviera constituido por tierras, aguas y sus accesiones ubicadas fuera de la *zona restringida*, cuando por virtud de dichos fideicomisos se constituyan u otorguen a los fideicomisarios derechos reales sobre dichos bienes. Del mismo modo, se equiparó a la adquisición de inmuebles su arrendamiento por más de 10 años.

¹⁹ Art. 10-I LIE.

Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 de la Constitución General hoy abrogada por la Ley de Inversión Extranjera²⁰.

No obstante el cambio en la denominación, en la legislación vigente continúa la prohibición absoluta para que los extranjeros —personas físicas o morales— adquieran directamente cualquier tipo de inmuebles en dicha zona de exclusión, al igual que para las sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros, respecto de inmuebles con destino residencial o habitacional.

Como lo mencionamos, la forma que se encontró para burlar la prohibición fue el *fideicomiso de zona restringida*, pues la propiedad del inmueble fideicomitado queda siempre en poder y dominio de la institución fiduciaria y en ningún caso los extranjeros ostentan la propiedad o derechos reales sobre los mismos. El origen de los fideicomisos de zona restringida lo encontramos en el acuerdo del presidente Lázaro Cárdenas del 22 de noviembre de 1937 que autorizó a las Instituciones Nacionales de Crédito para efectuar operaciones de fideicomiso y adquirir inmuebles en territorio nacional, permitiendo su uso y disfrute a los extranjeros. Adicionalmente, un decreto del presidente Luis Echeverría de 1971 estableció la solución jurídica del fideicomiso para la adquisición de inmuebles destinados a la realización de actividades industriales o turísticas en fronteras y costas, que después se integraría como un capítulo de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 1973 y después a la Ley de Inversión Extranjera de 1993²¹.

No obstante, para nosotros el fideicomiso constituye una violación a la prohibición contenida en la fracción I del artículo 27 constitucional. De acuerdo con la regulación del fideicomiso²², la propiedad del inmueble la detenta la institución fiduciaria y el extranjero, como fideicomisario, sólo tiene derechos personales o de crédito (nunca reales), por lo que aparentemente no se viola la prohibición constitucional. Sin embargo, el extranjero que adquiere a través del fideicomiso, tiene en esencia los mismos derechos que le otorgaría la propiedad directa. En efecto, el fideicomisario (generalmente una persona física extranjera) de un fideicomiso cuyo objeto sea un inmueble ubicado en la zona restringida, puede usarlo (*ius utendi*) en forma idéntica a como lo disfrutaría un verdadero propietario. Puede también

²⁰ La Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 de la Constitución General fue Publicada en el DOF del 21 de enero de 1926 y abrogada por el artículo segundo transitorio de la Ley de Inversión Extranjera de 1993. La prohibición apuntada decía: *Art. 1.- Ningún extranjero podrá adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras, y de cincuenta en las playas, ni ser socio de sociedades mexicanas que adquieran tal dominio en la misma faja.*

²¹ Cfr. López Mena, Francisco, *El Fideicomiso en las Zonas Prohibidas*, Revista de Derecho Notarial, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, número 98, México, 1989, p. 73 y Ramos Garza, Óscar, *Extranjeros y Propiedad Territorial en México*, *op.cit.* pp. 109-110.

²² Arts. 381 y sigs. LGTOC.

darlo en arrendamiento o comodato, hipotecarlo y en general obtener de él todos los frutos que sea susceptible de producir (*ius fruendi*), esencialmente del mismo modo que lo haría el propietario directo. Finalmente, puede transmitirlo (*ius abutendi*) entre vivos o *mortis causa*, todo ello mediante la instrucción que dé a la fiduciaria o de acuerdo a lo estipulado en el propio contrato de fideicomiso. Como se aprecia, no existe diferencia sustancial entre los derechos que corresponden al fideicomisario respecto del inmueble fideicomitado y aquellos que puede hacer valer el propietario común.

Por otro lado, el fideicomiso tuvo cierta justificación, por lo menos desde el punto de vista formal, cuando estaba prohibida la participación mayoritaria de extranjeros en el capital de instituciones bancarias mexicanas. Pero ahora, que la inversión foránea puede participar en cualquier proporción en este tipo de instituciones –la mayoría de las que funcionan en nuestro país son subsidiarias de entidades extranjeras– la protección que brindaba el fideicomiso ha dejado de tener vigencia. Es evidente que en la actualidad los inmuebles que constituyen el patrimonio de la mayoría de los fideicomisos de zona restringida están en poder de bancos (fiduciarios) controlados por intereses extranjeros.

Por todo ello, no podemos más que concluir que el fideicomiso es a todas luces un artilugio para burlar la prohibición constitucional. Es una pantalla jurídica que pretende hacernos creer que por el sólo hecho de que el extranjero no detente la propiedad del inmueble –sino que lo disfrute en su carácter de fideicomisario– se salvaguardan las razones por las cuales se instituyó la zona restringida. Nada más alejado a la realidad y nada más burdo e ineficaz. Desde nuestro punto de vista el extranjero fideicomisario tiene los mismos derechos que un propietario común.

Dejemos atrás nuestra opinión acerca de la legalidad y pertinencia del fideicomiso como vehículo para permitir la inversión foránea en la zona restringida y concentrémonos en su actual regulación. La LIE establece la posibilidad de constituir dos tipos de fideicomisos, atendiendo al sujeto de la prohibición²³:

- i. Fideicomisos de personas físicas o morales extranjeras, cuyo patrimonio lo constituirán inmuebles residenciales o no residenciales; y
- ii. Fideicomiso de sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros, cuyo patrimonio estará constituido exclusivamente por inmuebles destinados a fines residenciales. Más adelante analizaremos cada uno de ellos.

Estudiaremos ahora los requisitos legales de los fideicomisos de zona restringida.

²³ Arts. 10-II y 11 LIE.

Permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Las Instituciones de Crédito que pretendan actuar como fiduciarias en los fideicomisos mencionados, están obligadas a obtener el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores²⁴ con anterioridad a la formalización de la constitución del fideicomiso, según lo establece el artículo 11 de la Ley de Inversión Extranjera, que dice:

Art. 11. Se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que instituciones de crédito adquieran como fiduciarias, derechos sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la zona restringida, cuando el objeto del fideicomiso sea permitir la utilización y el aprovechamiento de tales bienes sin constituir derechos reales sobre ellos, y los fideicomisarios sean: I. Sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros en el caso previsto en la fracción II del artículo 10 de esta Ley; y II. Personas físicas o morales extranjeras.

Debe quedar claro que el artículo se refiere exclusivamente a instituciones de crédito. No obstante, en la actualidad pueden actuar como fiduciarias otras instituciones, como instituciones de seguros, instituciones de fianzas, casas de bolsa, Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, almacenes generales de depósito, uniones de crédito y sociedades operadoras de fondos de inversión, pero todas estas sólo pueden fungir como fiduciarias en fideicomisos de garantía²⁵, por lo que los de zona restringida quedan reservados a las instituciones de crédito.

En forma por demás defectuosa, el artículo 10 del Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera condiciona el otorgamiento de los permisos para la constitución de fideicomisos de zona restringida, cuando los fideicomisarios sean personas físicas o morales extranjeras, a que los inmuebles objeto de los mismos tengan alguno de los siguientes destinos, listados de manera limitativa, según se desprende de la redacción del artículo:

- i. Parques y fraccionamientos industriales;
- ii. Hoteles y moteles;
- iii. Naves industriales;
- iv. Centros comerciales;
- v. Centros de investigación;
- vi. Desarrollos turísticos, siempre que no contengan inmuebles destinados a fines residenciales;
- vii. Marinas turísticas;
- viii. Muelles e instalaciones industriales y comerciales establecidos en éstos, y

²⁴ Los requisitos de la solicitud se precisan en el artículo 9 del Reglamento de la LIE.

²⁵ Art. 395 LGTOC.

ix. Establecimientos dedicados a la producción, transformación, empaque, conservación, transporte o almacenamiento de productos agropecuarios, silvícolas, forestales y pesqueros.

x. Oficinas consulares y residencias oficiales de gobiernos extranjeros.

Como dijimos, la enumeración anterior parece ser de carácter limitativa, pues la forma en que está redactado el artículo no indica que sea sólo enunciativa, como en su caso lo dice el artículo 5 del mismo reglamento cuando ejemplifica los bienes que se consideran destinados a la realización de actividades no residenciales.

Como se aprecia, dentro de la enumeración anterior no se encuentran las casas habitación (inmuebles residenciales), a pesar de que la mayoría de los fideicomisos de zona restringida que constituyen personas físicas o morales extranjeras tienen como patrimonio este tipo de inmuebles. Respecto de esta omisión hay dos posibilidades. O bien se trata de una omisión deliberada del legislador que ha tomado la decisión de no permitir el asentamiento con carácter de habitación o residencia de extranjeros en esa zona de exclusión y terminar con ello las agrias críticas que ha recibido la figura del fideicomiso de zona restringida en el sentido de que constituye una forma legal de burlar la prohibición constitucional, lo cual reconocemos es improbable o, por el contrario, lo que se pretende es que la Secretaría de Relaciones Exteriores esté obligada a expedir el permiso para la constitución del fideicomiso cuando el inmueble se destine a cualquiera de las nueve actividades mencionadas²⁶ y tenga la facultad discrecional para otorgarlos cuando se trate de fideicomisos cuyos inmuebles se destinen a actividades diferentes, como las residenciales. Definitivamente nos pronunciamos por este último criterio, dado que en la práctica, la Secretaría expide de manera incondicional los permisos para la constitución de fideicomisos cuyo patrimonio son inmuebles residenciales.

Objeto del Fideicomiso. El objeto de los fideicomisos de zona restringida debe consistir en que la Institución Fiduciaria permita a los fideicomisarios la utilización y el aprovechamiento de los bienes que constituyan su patrimonio sin ostentar derechos reales²⁷. Por utilización y aprovechamiento de los bienes fideicomitados debe entenderse el otorgamiento de los derechos de uso, goce y aprovechamiento, incluyendo la obtención de frutos y productos y en general cualquier rendimiento que resulte de la operación y explotación lucrativa de tales inmuebles²⁸.

²⁶ Así lo afirma Cárdenas González, Fernando Antonio, *op.cit.*, p. 177.

²⁷ Art. 11 LIE.

²⁸ Art. 12 LIE.

La operación y explotación lucrativa de los inmuebles afectos al fideicomiso, debe realizarse a través de terceros o de la propia institución fiduciaria, por lo que queda expresamente prohibida esa actividad al fideicomisario, es decir a la persona física o moral extranjera o a la sociedad mexicana con cláusula de admisión de extranjeros²⁹. Lo anterior es congruente con el espíritu de la prohibición constitucional, ya que si se les permitiera esa explotación directa, se les estaría concediendo idénticas facultades que al titular del derecho de propiedad.

Requisitos especiales de los contratos de Fideicomiso de Zona Restringida. El artículo 11 del Reglamento de la LIE establece ciertos requisitos que debe contener el contrato constitutivo del fideicomiso, señalando también las consecuencias de que se constituya sin alguno de ellos.

i. *Cláusula Calvo.* Que el instrumento público respectivo establezca que los fideicomisarios extranjeros convienen en considerarse como mexicanos respecto a sus derechos como fideicomisarios y a no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos, bajo la pena, en caso contrario, de perder dichos derechos en beneficio de la Nación;

ii. *Conservación de la titularidad fiduciaria.* Que durante toda la vigencia del fideicomiso la institución fiduciaria conserva la titularidad de los inmuebles fideicomitados, sin conceder derechos reales a los fideicomisarios.

iii. *Obligación de Informar a la Secretaría.* Que la institución fiduciaria presente ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, a más tardar en abril de cada año, un informe sobre los fideicomisos autorizados en caso de sustitución fiduciaria, así como de designación de fideicomisarios sustitutos o cesión de derechos fideicomisarios a favor de personas físicas o morales extranjeras, o de sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros, tratándose de inmuebles adquiridos para fines residenciales.

iv. *Información sobre el cumplimiento de los fines del fideicomiso.* Que los fideicomisarios se obliguen a informar a la institución fiduciaria sobre el cumplimiento de los fines del fideicomiso, y que esta última se obliga a informar a la Secretaría de Relaciones Exteriores sobre el particular, cuando sea requerida para ello, siempre que existan motivos que hagan suponer el incumplimiento de las condiciones bajo las cuales fue otorgado el permiso;

v. *Nuevo permiso en caso de aportación de nuevos inmuebles o cambio de fines.* Que la institución fiduciaria obtenga permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores tratándose de ampliación de la materia y cambio de los fines de fideicomiso;

vi. *Notificación de la Extinción del Fideicomiso.* Que la institución fiduciaria se comprometa a notificar la extinción del fideicomiso a la

²⁹ *Idem.*

Secretaría de Relaciones Exteriores, dentro de los cuarenta días hábiles siguientes a la fecha de extinción, y

vii. *Extinción del fideicomiso a solicitud de la Secretaría.* Que las partes en el contrato se comprometan a extinguir el fideicomiso a petición de la Secretaría de Relaciones Exteriores, dentro de un plazo de ciento ochenta días contados a partir de la fecha de notificación del requerimiento, en caso de incumplimiento o violación a cualquiera de las condiciones establecidas en el permiso correspondiente.

vii. *Sanciones en caso de incumplimiento de fines o violación de los requisitos.* El mismo artículo 11 del reglamento que se comenta, establece que en caso de incumplimiento o violación a cualquiera de las condiciones establecidas en el permiso correspondiente, la institución fiduciaria contará con un plazo de sesenta días hábiles para subsanarlas o corregirlas, contados a partir de la fecha de notificación por parte de la Secretaría de Relaciones Exteriores de dichas irregularidades; en caso contrario, se procederá en los términos de la fracción VII del referido artículo. También señala que los permisos a que se refiere el artículo 11 de la Ley, no eximen del cumplimiento de los planes y programas de desarrollo urbano y ordenamiento ecológico de la localidad en la que se ubique el inmueble, ni de los criterios de sustentabilidad de la política ambiental.

Por su parte el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley de Inversión Extranjera, señala que la Secretaría de Relaciones Exteriores podrá verificar en cualquier tiempo el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales se otorguen los permisos previstos en el Título Segundo de la ley, es decir, en el que se refiere a todo el régimen de adquisición de inmuebles por extranjeros y a los fideicomisos, así como la presentación y veracidad del contenido de los avisos dispuestos en el mismo.

Duración de los fideicomisos de zona restringida. Los fideicomisos de zona restringida tienen una duración máxima de cincuenta años. Dicho plazo podrá ser prorrogado a solicitud de los interesados –es decir, de los fideicomisarios– a la Secretaría de Relaciones Exteriores, por conducto de la institución que funja como fiduciaria, dentro de los noventa días hábiles anteriores a la expiración del plazo³⁰, pues no puede prorrogarse lo que se ha extinguido. La prórroga se otorgará siempre que subsistan y se hayan cumplido los requisitos a que se refiere el artículo 11 del mismo reglamento, que han sido transcritos.

En caso de que se llegue el término del fideicomiso sin que se haya solicitado su prórroga, el fideicomiso deberá extinguirse y los inmuebles fideicomitados deben ser transmitidos a persona capaz de adquirir en zona restringida o a otro fideicomiso de zona restringida.

³⁰ Art. 12 de la LIE.

Un dato interesante es que el plazo original pactado en el TLCAN fue de 30 años. Sin embargo, en la Ley de Inversión Extranjera se estableció el plazo máximo de 50 años prorrogables a solicitud del interesado. El argumento de esta discrepancia fue que la disposición de la Ley de Inversión Extranjera debería ser acorde a lo dispuesto por el artículo 73³¹ de la Ley General de Bienes Nacionales³².

Registro del Fideicomiso en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras. En los términos del artículo 32 de la Ley de Inversión Extranjera, deben inscribirse en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, los fideicomisos de bienes inmuebles ubicados en zona restringida, cuyos fideicomisarios sean personas físicas o morales extranjeras o aquellos que tengan por patrimonio inmuebles destinados a fines residenciales ubicados en la misma zona restringida y sea fideicomisaria una sociedad mexicana con cláusula de admisión de extranjeros.

La obligación de inscribir tales fideicomisos y de renovar la inscripción anualmente, recae en la Institución Fiduciaria³³, quien debe presentar una solicitud con la información a que se refieren la fracción II del artículo 33 de la Ley de Inversión Extranjera y el artículo 41 de su reglamento. También corresponde a esas instituciones solicitar la cancelación de la inscripción en caso de que los fideicomisos dejen de encontrarse en los supuestos de registro a que se refiere el artículo 32 de la misma Ley, siendo responsables de la veracidad de los datos que contengan las solicitudes, avisos e informes, los representantes legales y delegados fiduciarios de las Instituciones de Crédito interesadas.

IV] Iniciativa de reforma

No cabe duda que las razones históricas por las que se instauró la zona restringida en nuestro país han sido superadas y por ello su existencia ha sido frecuentemente cuestionada. Es un hecho que la inversión extranjera participa en dicha región del territorio nacional mediante la constitución de sociedades mexicanas con capital extranjero que desarrollan inmuebles turísticos, industriales y comerciales en las costas y fronteras mexicanas. Del mismo modo, un gran número de extranjeros han adquirido casas de recreo o de residencia permanente en esa misma región a través de la figura del fideicomiso de zona restringida, institución que, como lo hemos sostenido, tampoco cumple

³¹ Ley General de Bienes Nacionales. Artículo 73.- Las concesiones sobre inmuebles federales, salvo excepciones previstas en otras leyes, podrán otorgarse por un plazo de hasta cincuenta años, el cual podrá ser prorrogado una o varias veces sin exceder el citado plazo, a juicio de la dependencia concesionante (...)

³² Villarreal Corrales, Lucinda, *TLC Las Reformas Legislativas para el Libre Comercio*, Porrúa, México 2001, pp. 102-103

³³ Arts. 32 y 35 de la LIE.

con la finalidad originaria, pues la gran mayoría de las instituciones de crédito que detentan la propiedad fiduciaria de dichos inmuebles son bancos con capital enteramente extranjero, con lo que se desvirtúa completamente la finalidad original de que se conservaran en manos de instituciones nacionales sin participación extranjera y se mantuviera incólume la prohibición constitucional del artículo 27.

Hemos dichos que los extranjeros que detentan propiedades habitacionales a través de esta figura tienen, en realidad, los mismos derechos y prerrogativas que un verdadero propietario. Por esa razón, recientemente se han presentado distintas iniciativas de legisladores para regularizar la situación y abrir aún más la zona restringida a la inversión privada extranjera³⁴. La más reciente fue aprobada en la Cámara de Diputados el 23 de abril de 2013 y turnada a la de Senadores para su revisión. En caso de aprobarse deberá ratificarse por la mayoría de las legislaturas de las Entidades federativas³⁵.

La parte medular de la reforma consiste en que los extranjeros (personas físicas o morales) podrán adquirir directamente, es decir, sin fideicomiso, inmuebles en zona restringida cuando sean exclusivamente para uso de vivienda. Para ello proponen la modificación de la fracción I del artículo 27 de la Constitución para quedar redactado, en su parte conducente, como sigue:

Art. 27. (...)

I. Sólo los mexicanos (...)

(...) En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta de las playas, los extranjeros por ningún motivo podrán adquirir el dominio directo sobre las aguas, en el caso de las tierras, podrán adquirirlas cuando sean exclusivamente para uso de vivienda sin fines comerciales, para lo cual deberán convenir con la Secretaría de Relaciones Exteriores en los términos descritos en esta fracción.

En los transitorios, la iniciativa de reforma establece que la modificación entrará en vigor al día siguiente de su publicación y que deberán realizarse las adecuaciones al marco jurídico dentro de los 180 días de su entrada en vigor. Establece también que las leyes secundarias establecerán los procedimientos de ejecución en caso de destino

³⁴ En marzo de 2009 el Senador Mario López Valdez y en agosto de 2012 el Diputado Miguel Ángel García, presentaron distintas iniciativas de reforma al artículo 27 Constitucional con la finalidad común de que los extranjeros pudieran adquirir directamente inmuebles residenciales en la zona restringida.

³⁵ Dicha iniciativa fue presentada por los Diputados Gloria Elizabeth Núñez Sánchez, Manlio Fabio Beltrones Rivera, ambos del PRI y Raúl Paz Alonzo del PAN el 3 abril del año 2013. Fue aprobada por el Pleno por 356 votos a favor el 23 abril 2013 y turnada al Senado para su revisión. En caso de aprobarse deberá ratificarse por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

diferente a la vivienda, haciendo alusión al convenio denominado Cláusula Calvo que no se modifica.

Es interesante señalar que el dictamen positivo de la reforma elaborado por la Comisión de puntos constitucionales de la Cámara de Diputados, reconoce expresamente que la "razón de ser de la zona prohibida es sólo histórica y en consecuencia la prohibición que la afecta ha dejado de tener vigencia y contenido práctico, pues en la actualidad la suscripción de tratados internacionales, así como del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, entre otros, dan a México la garantía legal y política en el ámbito del derecho internacional público, de que la inversión extranjera en la zona referida no representará un riesgo para nuestro país."³⁶

En caso de aprobarse la reforma, la zona restringida continuará restringida a la inversión extranjera, pero en mucho menor medida. Los extranjeros sólo podrán adquirir inmuebles destinados a exclusivamente vivienda, es decir, casas habitación para el uso de sus propietarios y sin fines comerciales. No podrán adquirir aguas, tampoco inmuebles con fines comerciales. Por otro lado, las sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros únicamente podrán adquirir inmuebles no residenciales, es decir, destinados a fines comerciales, industriales o turísticos.

Los fideicomisos de zona restringida seguirán vigentes, pero sólo para los extranjeros que quieran adquirir inmuebles con fines comerciales, es decir, distintos a los habitacionales y para que las sociedades mexicanas con admisión de extranjeros adquieran inmuebles residenciales (habitacionales) en esa zona de exclusión.

Fuera de la zona restringida los extranjeros y las sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros podrán adquirir directamente cualquier tipo de inmuebles. En todos los casos se requerirá la celebración del convenio denominado Cláusula Calvo.

V] ¿Debe conservarse la figura de la zona restringida?

Como hemos visto la tendencia actual es de apertura a la inversión extranjera. Si se aprueba la iniciativa de reforma que analizamos en el punto anterior, será un paso más hacia la desregulación. Pero ¿será suficiente? ¿por qué no abrir totalmente la región a la inversión foránea? En el presente apartado analizaremos la conveniencia de desaparecer totalmente la prohibición constitucional de la inversión extranjera en la zona restringida o bien, de conservarla, pero con una regulación distinta a la actual y distinta también a la que quedaría después de la reforma planteada.

El desarrollo interno de nuestro país impulsado por la apertura a la inversión extranjera; aunado al vigoroso tráfico internacional y al

³⁶ El Dictamen en sentido positivo a la iniciativa que se comenta fue publicado en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados número 3755-IV del 23 de abril de 2013.

desenvolvimiento del Derecho internacional que promueve mecanismos jurídicos de solución de controversias, son factores que han alejado la amenaza de invasiones a nuestro territorio por potencias extranjeras. Por otro lado, la "colonización" de la totalidad del territorio nacional y la firma de un gran número de Tratados de Libre Comercio y Acuerdos para la Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones, que contienen cláusulas de solución de controversias a través de sistemas como el arbitraje, nos hacen preguntarnos si debe conservarse la zona restringida.

La mayoría de los autores coinciden en que la zona restringida es un concepto obsoleto y su conservación en nuestra legislación no se encuentra justificada. Si bien esa prohibición se justificó plenamente por las amargas experiencias históricas de las que hemos dado cuenta, es un hecho que ahora resulta anacrónico e invita a analizar, como dice Siqueiros³⁷, si a la luz de la realidad actual y dejando a un lado nacionalismos dogmáticos, es procedente una nueva reglamentación de la zona prohibida.

En los párrafos que siguen se analizarán las distintas posturas acerca de la conservación o desaparición de la zona restringida y daremos nuestra opinión al respecto.

Opiniones a favor de su conservación. Son muchos los autores que se pronuncian por su permanencia. Algunos piensan que de levantarse la restricción, la afluencia de capitales extranjeros buscando la especulación con inmuebles no se haría esperar y las franjas fronterizas recibirían el impacto expansionista de compradores extranjeros, en detrimento de los intereses de nuestros nacionales, que verían subir el valor de los inmuebles y contarían con menor capacidad adquisitiva³⁸. Para otros la prohibición constitucional se justifica tanto desde el punto de vista histórico como práctico, pues "es útil para evitar que la penetración de la Inversión Extranjera Directa resulte tan exagerada en litorales y fronteras que se convierta en invasión y pudiera dar lugar a conflictos que desembocaran en pérdida irreparable"³⁹. Concluyen que no es recomendable la supresión de la prohibición constitucional, sino que lo conveniente es revisarla para modernizarla.

Opiniones que pugnan por su eliminación. Por el contrario, otros afirman que la conservación de la zona prohibida se debe a razones históricas que han dejado de tener valor y contenido práctico. Señalan que la prohibición no ha sido eliminada de nuestra Constitución por razones sentimentales o románticas y por la facilidad con la que sería explotada políticamente. Desde este punto de vista, su supresión sería vista por los *impreparados* como una campaña de venta de nuestro

³⁷ Siqueiros, José Luís, *Aspectos Jurídicos en Materia de Inversiones Extranjeras*, El Foro, quinta época, n. 6, México, abril-junio 1967, p. 92

³⁸ Arellano García, Carlos. *op. cit.* p. 542

³⁹ Álvarez Soberanis, Jaime. *op. cit.* p. 473

territorio a países extranjeros y auguran que por esas razones la prohibición seguirá plasmada en nuestra Constitución⁴⁰. De igual modo, es claro que en caso de guerra o invasión, la zona restringida no cumpliría su propósito de proteger el territorio nacional tomando en cuenta los actuales medios bélicos, además de que en el ámbito de las relaciones entre las naciones, las actuales luchas y conquistas son más bien por el control de la economía y no por el control del territorio físico⁴¹.

Opinión ecléctica. La opinión de Leonel Péreznieto⁴² es en el sentido de que la zona restringida debe conservarse en las fronteras y eliminarse de las costas. Nos explica que en el caso de las costas ya no hay peligro alguno para la soberanía nacional en virtud de que se ha desarrollado la figura del fideicomiso. Sin embargo, el caso de la frontera norte es diferente. Los antecedentes históricos que dieron lugar a la instauración de la zona prohibida en esa región del país nos han dado una lección que no debemos olvidar, por lo que, de acuerdo a su criterio, no es recomendable eliminar la prohibición para la adquisición de propiedad inmueble en la zona fronteriza, sobre todo por la creciente industria maquiladora propiedad de extranjeros y en gran medida por empresas estadounidenses. Otorgar propiedad inmueble a dichas empresas podría ocasionar problemas de presión al gobierno mexicano de parte de gobiernos extranjeros, principalmente por los Estados Unidos de América. El autor señala que si la regulación actual a través del fideicomiso es eficiente y por tanto da buenos resultados, no hay razón para levantar la prohibición en esa zona. Finalmente concluye que la zona restringida –al igual que la Cláusula Calvo– tiene un carácter más mítico que real y agrega que el sometimiento actual que llevan a cabo las naciones fuertes respecto de las débiles es más simple, aunque no siempre menos brutal, en virtud de que lo logran a través de la economía, las finanzas, la tecnología y la ciencia.

Nuestra opinión. No cabe duda que han cambiado radicalmente las condiciones que motivaron la instauración de la zona restringida. Las actuales circunstancias mundiales, sobre todo en lo que se refiere a los avances en materia de tecnología –particularmente la bélica– nos permiten afirmar que las razones militares por las que se estableció la prohibición en las costas se encuentran ampliamente superadas. Por lo que respecta a las fronteras, los motivos de la prohibición a los extranjeros de colonizar, asentarse y adquirir propiedades en esa región del país también han desaparecido. El territorio de las fronteras está totalmente *colonizado* por mexicanos y, por tanto, el peligro de perder

⁴⁰ Cfr. Ramos Garza, Oscar, *México Ante la Inversión Extranjera*. op. cit. p. 260

⁴¹ Vid. Cárdenas González, Fernando Antonio, *Inversión Extranjera, Extranjeros y Sociedades*, Porrúa, México, 2005, p. 173

⁴² Péreznieto Castro, Leonel, *op.cit.*, pp. 132-133

nuestro territorio por una declaración de independencia regional y su anexión al país vecino es francamente remoto.

Una de las principales razones por la que no se ha discutido de manera seria la desaparición de la zona restringida, es la convicción popular –frecuentemente compartida por algunos juristas y políticos– de que la medida atentaría gravemente contra la soberanía nacional, al ser la zona prohibida uno de sus principales baluartes, a la par que un escudo en contra de los intereses expansionistas de otros países. Esta visión supone que la adquisición de inmuebles por extranjeros es indeseable, pues con cada compra extranjera se pierde un trozo de soberanía, como si el extranjero pudiera llevarse una porción de México.

En la posición anterior es claro que se está confundiendo soberanía con territorio. La soberanía, conforme su concepto clásico desarrollado en el siglo XVI, constituye el poder absoluto y supremo del Estado sobre su territorio, que no reconoce ningún otro poder superior y por tanto es un poder único, supremo e independiente⁴³. Como tal, se ejerce sobre el territorio independientemente de la nacionalidad de sus propietarios. Por ello, los extranjeros que adquieren propiedades en México están sometidos a las leyes nacionales y no pueden, bajo ninguna circunstancia, confrontar o contradecir la supremacía del Estado.

Independientemente de lo anterior, hemos sido testigos del desarrollo del comercio internacional, en el que México ha sido partícipe desde la década de los ochentas que inició su apertura comercial. El despegue del comercio global ha propiciado la movilidad de personas que fijan su residencia y tienen su trabajo en distintos países, al igual que ha incrementado sensiblemente las inversiones inmobiliarias de extranjeros en cualquier parte del mundo, incluyendo nuestro país.

Es claro que en este aspecto México ha hecho un esfuerzo para abrir a la inversión extranjera inmobiliaria la zona restringida, a través de la posibilidad de que empresas mexicanas con capital extranjero (hasta en un 100%) puedan adquirir inmuebles no residenciales en esa zona⁴⁴. Pero continúa la desventaja respecto de otros países por la limitación que implica que las personas físicas o morales extranjeras no puedan adquirir directamente la propiedad de inmuebles en esa región, como si pueden hacerlo en otros países. Desde el punto de vista económico, la permanencia de esa zona de exclusión constituye un obstáculo al comercio y a las inversiones internacionales, las que, nos guste o no, constituyen una necesidad para impulsar la economía de los países en desarrollo.

Como lo mencionamos, la figura del Fideicomiso ha sido la solución que se ha dado en nuestro medio al conflicto entre la permanencia de la zona restringida y la adquisición directa de inmuebles por extranjeros. Sin embargo el fideicomiso, como medio de adquisición

⁴³ Cfr. Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, Prólogo y traducción Fernando de los Ríos, FCE, México, 2002, p. 387

⁴⁴ Art. 10-ILIE.

indirecta de la propiedad de inmuebles en la zona restringida y cuya regulación jurídica hemos analizado, constituye una burla a la prohibición constitucional. Por otro lado, el requisito del fideicomiso como único medio para adquirir inmuebles en zona restringida, no ha desestimado la inversión extranjera en costas y fronteras. Por el contrario, hemos visto la proliferación de inversiones inmobiliarias de extranjeros en esa región del territorio. Es un hecho que a la inversión foránea no la detiene este tipo de restricciones, pues se rige por parámetros económicos y no jurídicos. En consecuencia, el fideicomiso constituye un obstáculo que dificulta las inversiones extranjeras.

Por otro lado, el hecho de que una sociedad mexicana con mayoría de capital extranjero (incluso con 100% de capital foráneo) pueda tener en propiedad inmuebles no residenciales en la zona restringida es otra burla a la prohibición constitucional por razones obvias. Es claro que se encontró una manera para rodear la prohibición constitucional, pero no pasa desapercibido para un observador atento que esa pantalla no es más que una fórmula legal para no honrar una prohibición asentada en nuestra Constitución, aunque su existencia se deba a razones históricas inexistentes en la actualidad. Si esto es así, ¿por qué continuar con la parodia jurídica? ¿No sería mejor reconocer la realidad y modificar nuestras leyes en consecuencia?

No obstante nos pronunciamos por que no desaparezca la zona restringida, sino que se modifique la forma como se encuentra regulada. Tampoco estamos de acuerdo con la apertura parcial que se daría con la reforma constitucional propuesta en la iniciativa analizada en el punto anterior.

Pensamos que debe conservarse la zona restringida pues existen razones que justifican que porciones de nuestro territorio no puedan ser adquiridas por extranjeros, pero nos parece inadecuada la concepción de una zona restringida absoluta, genérica e indiferenciada, que involucra una gran porción del territorio nacional (todas las costas y fronteras) y no toma en cuenta las diferentes regiones y tipos de terreno, los distintos estados de desarrollo y densidad de población, y las necesidades e intereses particulares de salvaguarda o protección que el Estado pueda tener sobre las distintas regiones del país. Una prohibición genérica como la actual se comprende en virtud de las razones históricas que motivaron su instauración. Las fronteras estaban alejadas del centro neurálgico del país, poco pobladas y en cierta forma abandonadas a su suerte. Las costas, por su parte, constituían una región que había que proteger para efectos militares, dado el estado de la técnica militar de la época. Como hemos visto, esas razones han desaparecido.

A nuestro juicio debe darse un giro completo a la forma en que se concibe la prohibición, pues como señalamos, tampoco conviene desaparecerla. Ha de conservarse en aquellas regiones específicas del territorio nacional en las que convenga mantener prohibida la adquisición del dominio de tierras, aguas y sus accesiones, así como el otorgamiento de concesiones para la explotación de minas o aguas, por razones de

Estado, ya por tratarse de zonas de carácter estratégicas desde el punto de vista económico, cultural o de seguridad para nuestro país. La prohibición que proponemos podría incluir regiones específicas del territorio, ubicadas en las mismas costas y fronteras, pero también en el interior del país. Se trata de aquellas áreas que por su importancia arqueológica, cultural, histórica, ecológica, turística, económica, por la presencia de recursos naturales, e incluso por razones militares o de seguridad interna, deban ser consideradas como zonas de exclusión para los extranjeros y por tanto que solamente puedan ser susceptibles de ser apropiadas por mexicanos.

Por ello pensamos que la prohibición no debe ser genérica. El Estado mexicano, previo análisis de las distintas regiones del territorio, determinaría la pertinencia de establecer la prohibición respecto de aquellas latitudes en las que convenga. Lo que se propone es, por un lado, disminuir la superficie de la zona prohibida para con ello fomentar la inversión extranjera y coadyuvar al desarrollo económico de las regiones que hoy forman parte de la misma y, por el otro, identificar aquellas regiones en las que convenga proteger la adquisición y por tanto declarar la prohibición a extranjeros, todo ello atendiendo al estudio de zonas en particular en las que razones objetivas lo justifiquen. Incluso la prohibición podría referirse a personas extranjeras en lo individual.

La página web corporativa de las sociedades mercantiles en el Derecho español

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA¹

SUMARIO: I. *Consideraciones generales sobre la página web corporativa de las sociedades mercantiles en Derecho español.* II. *La página web «voluntaria».* III. *La página web en las sociedades cotizadas.* IV. *Comunicaciones con el socio por medios electrónicos.* V. *Conclusiones.*

Resumen. En la legislación española se ha introducido recientemente la posibilidad de que toda sociedad de capital pueda tener una página web corporativa, con constancia registral en el Registro Mercantil, a través de la cual se realicen las convocatorias de la junta, y que pueda servir también de cauce de comunicación entre socios y sociedad. Esa página web corporativa es distinta (aunque podría tener el mismo dominio) que la web comercial que esa misma entidad pueda tener para publicitar sus productos, o incluso comercializarlos. En el presente artículo se expone la regulación legal española, haciendo referencia también a la web corporativa de las sociedades cotizadas, que es obligatoria y que además tiene un contenido mínimo fijado en la Ley y en el desarrollo reglamentario.

Palabras clave: Página web corporativa, sociedades de capital, sociedades cotizadas.

Abstract. *The Spanish legislation has recently introduced the possibility for every company to have a corporate website, with registration record in the Commercial Register, through which calls for the assembly are made, and can also serve as a channel of communication between partners and partnership. This corporate website is different (although it could have the same domain) from the commercial website that the entity may have to advertise its products, or even sell them. In this article the Spanish legal regulation is presented, referring also to the corporate website of listed companies, which is mandatory and there is even a minimum content set by law and further regulations.*

Keywords: *Corporate website, corporations, listed companies.*

¹ Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Navarra (España).

I] Consideraciones generales sobre la página web corporativa de las sociedades mercantiles en Derecho español

Los modernos sistemas electrónicos de comunicación han supuesto una verdadera revolución en nuestro Derecho privado, permitiendo operaciones que cuando se redactaron nuestras Leyes clásicas resultaban impensables. En el mundo del Derecho societario, por ejemplo, la irrupción de internet ha supuesto el poder pasar de unos escaparates físicos de las tiendas y de unas comunicaciones postales por escrito, a los escaparates virtuales y a la comunicación sociedad-socios a través de la red y del correo electrónico. Para los que han nacido en la era de internet puede que esto sea lo normal, pero para todos los que hemos conocido las formas de comunicación clásicas, esto supone un vuelco a muchos aspectos de la regulación societaria ordinaria. En este aspecto, uno más, de la introducción de las nuevas técnicas de comunicación electrónica, se plantean los problemas comunes de seguridad en las comunicaciones y de dependencia de un sistema técnico.

Las páginas web pueden ser utilizadas por las sociedades para dos aspectos completamente distintos de la actividad societaria: la actividad externa de la sociedad (el ejercicio de su objeto social) y las relaciones internas socio-sociedad. Así, la *página web comercial* constituirá la forma de dar publicidad a los productos de la empresa, permitiendo incluso la adquisición de los mismos a través de la red (de forma que no sólo constituya difusión, sino también posibilidad de contratación en línea). Esos aspectos se hallan regulados en la Unión Europea mediante Directivas que aseguran una relación parcialmente uniforme dentro de ese mercado común². En cambio, la *página web corporativa* constituirá la forma de difusión, por la sociedad, de los datos puramente societarios. Esa difusión será importante para los socios (constituiría una forma *sui generis* de facilitar el ejercicio de su derecho de información), pero también para los inversores actuales (que pueden

² Por citar sólo los hitos fundamentales, en materia de firma electrónica se dictó la Directiva 1999/93/CE, de 13 diciembre, por la que establece un marco comunitario para la firma electrónica; en materia de sociedad de servicios de la información y de comercio electrónico, la Directiva 2000/31/CE, de 8 junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en ella se regulan aspectos más propios de internet, como el régimen jurídico de los prestadores de servicios –los titulares de páginas web– y de las empresas que prestan servicios de comunicación; junto a aspectos más propios del comercio electrónico, como la perfección del contrato y su ejecución); y para regular la defensa del consumidor en las adquisiciones a distancia (de las que el paradigma serían las compras por internet), la Directiva 7/97/CE, de 20 mayo, relativa a contratos a distancia con consumidores.

no ser socios, así, inversores en títulos de deuda) o potenciales (que están estudiando realizar inversiones en la entidad y quieren conocer su realidad societaria y económica). En esta perspectiva, la creación de una web corporativa será una muestra más de *disclosure*, de transparencia, de comunicación de datos empresariales para los terceros interesados. Por supuesto, una sociedad podría tener una única página web común tanto para realizar la actividad comercial como para la difusión de datos societarios. Pero aparte de aspectos de simple *elegancia* y de técnica comercial (que aconsejan no mezclar ambos tipos de información, dirigidos a tipos distintos de destinatarios, compradores *versus* inversores), esto podría ocasionar problemas de seguridad, y por eso está desaconsejado³.

El tema que va a ser objeto de la siguiente exposición es el de la web corporativa, no el de la web comercial. En esta materia, las sociedades cotizadas españolas tienen como obligación el disponer de página web y publicar en ella una serie de contenidos mínimos; y para el resto de las sociedades, la web corporativa es una simple posibilidad que les facilitará, entre otras cuestiones, la comunicación con los socios. Se va a exponer la moderna regulación española, no porque sea un *modelo* de regulación (esto es, una regulación *modélica*), sino simplemente como un ejemplo de regulación, que pone de manifiesto cuáles son los problemas básicos de admitir la web corporativa. Hay que hacer constar, además, que esta regulación no viene impuesta por normativa comunitaria, de forma que no existe una exigencia comunitaria de regulación de las páginas web.

Dejando aparte la página web de las sociedades cotizadas (véase más adelante epígrafe 3), la regulación no establece un *contenido mínimo*, ni siquiera un *contenido orientativo*, de la página web. Por supuesto deberá contener los datos identificativos de la sociedad⁴, pero

³ Como defiende JORQUERA GARCÍA, Luis, *La web corporativa como instrumento de relación de las sociedades mercantiles con socios y terceros. Aspectos prácticos Diario La Ley*, editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, núm. 8186, pág. 3, en tal caso sería mejor, por temas de seguridad, utilizar dos servidores, y alojar en uno los datos y servicios de la web comercial, y en otro los datos y servicios de la web corporativa.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 octubre 2012 ya puso de manifiesto que la web comercial es algo distinto de la web corporativa, y que la regulación legal del art. 11 bis LSC se refiere únicamente a esta última. Las Resoluciones de la citada Dirección General (en adelante, RDGRN) son decisiones mediante las cuales se deciden los recursos interpuestos frente a la calificación del Registrador Mercantil al denegar la inscripción de los documentos presentados. Se trata de resoluciones administrativas, no judiciales, de forma que no constituyen jurisprudencia ni vinculan a los tribunales; sin embargo, sí tienen un valor importante para la práctica registral, y además gozan de un merecido prestigio.

⁴ La RDGRN 10 octubre 2012 exigió que *En todo caso, los datos de inscripción y demás a que se refiere el artículo 24 del Código de Comercio deberán ser indicados en la web corporativa en*

no existe una *información societaria* mínima concreta, quedando al arbitrio de la sociedad publicar mucha o poca. Lo único que la Ley exige que se publique en la web, de haberse creado ésta, es: la convocatoria de la junta general [art. 173 de la Ley de Sociedades de Capital⁵ (en adelante LSC)], la adopción del acuerdo de reducción de capital en las anónimas (art. 319 LSC); y la adopción del acuerdo de reducción de capital con restitución de aportaciones en limitadas cuando, estatutariamente, se hubiese reconocido derecho de oposición (art. 333.2 LSC)⁶. Los demás acuerdos y/o información relevante se podrán publicar o no, y todos o algunos. Dicho de otra forma, y salvo esos tres aspectos, el socio o tercero no tiene la garantía de que siguiendo la página web conocerá toda la información importante. Como antes señalaba, quizás la parte más relevante y más útil de esta nueva regulación es la que no está en los arts. 11 bis a 11 quáter, y consiste en la posibilidad de convocar la junta mediante anuncio en la web, incluso sin más publicidad si así se estableció en los estatutos (art. 173.2 LSC). De esta forma no sólo se facilita el conocimiento de la convocatoria (pues el socio no deberá estar pendiente de otros medios), sino que se abarata la misma.

*cumplimiento de lo que se establece en el artículo 5 in fine de la Directiva 2009/109/CE de 16 de septiembre de 2009. La información actualizada puede hacerse efectiva mediante conexión telemática por hipervínculo con la base de datos del Registro Mercantil. En este sentido LUCEÑO OLIVA, José Luis, «Más aclaraciones sobre la web corporativa (Comentario a la RDGRN de 10 de octubre de 2012)», *Diario La Ley*, editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, núm. 8012, págs. 1-3; Jorquera, *op. cit.*, pág. 8.*

⁵ La Ley de Sociedades de Capital es un texto aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio. Supone una refundición de los textos de la Ley de Sociedades Anónimas, de 1989; de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 1995; de los preceptos que antes se situaban en la Ley de Mercado de Valores, relativos a las sociedades cotizadas; y de las normas contenidas en el Código de Comercio sobre sociedades comanditarias por acciones. Constituye, por lo tanto, una regulación unitaria de las formas sociales mercantiles de capital. Las sociedades personalistas siguen teniendo su regulación en el Código de Comercio de 1885. El anteproyecto de Código Mercantil sí supondría una regulación, dentro del Código, de todo el régimen de sociedades mercantiles.

En la web www.boe.es (del Boletín Oficial del Estado español), en el apartado «Legislación», puede descargarse gratuitamente una edición del código de comercio español y legislación complementaria que incluye la Ley de Sociedades de Capital.

⁶ Es importante recalcar que la Ley de Modificaciones Estructurales también impone publicar, si está creada la página web, una serie de documentos que son importantes en casos de fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo (véanse arts. 32.1, 36.3, 39, 40.2, 51.1, 73.1 y 87.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales –en adelante LME–). A este respecto puede verse JORDÁ GARCÍA, Rafael, «Páginas web corporativas de las sociedades no cotizadas», *Diario La Ley*, editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, núm. 7873, págs. 1-3. Para las sociedades cotizadas véase lo dicho en el epígrafe 3.

Cuando la Ley ordena publicar algo en la página web, de estar ésta creada, regula también la eficacia de esa publicación. P. ej., la convocatoria de la junta se publicará en la web, no siendo preciso ningún otro mecanismo de publicidad (art. 173 LSC). Cabe plantear, entonces, si mediante disposiciones estatutarias podría determinarse que se publiquen otros anuncios o comunicaciones en la web, y que tal publicación sustituya las formas de publicidad legal que ordena la Ley. A mi juicio, las disposiciones legales que exigen algún tipo de publicidad o comunicación específicos son imperativas, el medio que el legislador considera adecuado, y mínimo, para publicar determinados datos o comunicaciones. Por lo tanto, que se decida, además, publicarlos en la página web no puede evitar ni suplir esa publicidad exigida legalmente. Sólo cuando la Ley lo ha querido (p. ej., art. 173.2 LSC antes citado) ha permitido esa operatividad que excluye las otras formas requeridas.

II] La página web *voluntaria*

1. *La regulación general de la página web en la Ley de sociedades de capital.* La introducción de los actuales arts. 11 bis a 11 quáter de la Ley de Sociedades de Capital ha sido fruto de una *accidentada* travesía legal. En 2003, y mediante la Ley 27/2003, se creó la exigencia de que las sociedades cotizadas dispusieran, obligatoriamente, de una página web para facilitar el derecho de información del socio, y difundir la información relevante. Mediante el Decreto Ley 13/2010, y sin modificar la Ley, se permitió la comunicación de ciertas informaciones a través de una página web corporativa. La defectuosa redacción y los problemas que generó dieron lugar a que la Ley 25/2011⁷ modificase la Ley e introdujese el art. 11 bis, que reguló la *sede electrónica*, efectuando a su vez otras adecuaciones (como la posibilidad de convocatoria de la junta a través de la web). Esta nueva redacción originó nuevos problemas interpretativos, y el Decreto Ley 9/2012⁸ la modificó, añadiendo además el art. 11 quáter. Finalmente, la Ley 1/2012 ratificó el Decreto Ley, pero añadiendo dos nuevos *retoques* (el inciso final del art. 11 quáter, y una disp. trans. para las sociedades cotizadas). Como fácilmente se aprecia, nos hallamos ante una muestra más de la perfección, cuidado, reposo y meditación con la que opera actualmente nuestro legislador.

⁷ Ley de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y 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 accionistas de sociedades cotizadas.

⁸ Real Decreto Ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital. En España, los Decretos-Ley son normas dictadas por el Gobierno en casos de urgente necesidad, que luego son ratificadas por el Parlamento.

En la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, se acuñaba el término de *sede electrónica* para las páginas web de los organismos públicos⁹. Inicialmente, en la regulación del art. 11 bis LSC se utilizó también como rótulo o nombre del precepto el de *sede electrónica*. Esto ha desaparecido en la nueva redacción realizada en 2012. Desde luego, la página web corporativa podía tener un cierto paralelismo con la *sede electrónica* a la que se refieren las normas de derecho público, pero se trataba de regímenes distintos en cuanto a sus funciones y exigencia. Por eso, posiblemente, en la regulación de 2012 se modificó esta dicción¹⁰. Además, inicialmente el art. 11 bis introducido por la Ley 25/2011 se integraba en la Sección 3ª del Capítulo II del Título I de la Ley, Sección relativa al *Domicilio*. Se creaba así un cierto equívoco de que la *sede electrónica* y/o la página web corporativa constituían una parte de la regulación del domicilio social (como si fuese una especie de *domicilio virtual*), cuando es claro que nada tiene que ver con lo que supone el domicilio social como concepto normativo¹¹. La reforma operada por la Ley 1/2012 ya introduce en el Capítulo II del Título I LSC no sólo los arts. 11 bis, 11 ter y 11 quáter, sino la nueva Sección 4ª que lleva el título de *Página web*.

Con esta regulación, la Ley aprovecha las nuevas técnicas de comunicación para modernizar el Derecho de sociedades y permitir la difusión pública de la información relevante (por lo tanto, mayor transparencia), y también una comunicación más fluida y fácil entre

⁹ Concretamente, conforme al art. 10.1 de dicha Ley *La sede electrónica es aquella dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una Administración Pública, órgano o entidad administrativa en el ejercicio de sus competencias*. Y el apartado segundo de dicho precepto establece que *El establecimiento de una sede electrónica conlleva la responsabilidad del titular respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que pueda accederse a través de la misma*.

¹⁰ Ponen de manifiesto esta «interferencia» entre los términos y conceptos de «sede electrónica» en ambas normas FARRANDO MIGUEL, Ignacio, «La página web de la sociedad y el régimen de comunicaciones electrónicas entre socios y sociedad», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando et alii (drs.), *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pág. 63; FRANCH FLUXÁ, Juan – MORELL RAMOS, Jorge, «Página web y sociedades de capital. ¿Un nuevo Derecho Mercantil 2.0?», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 286, octubre-diciembre 2012, págs. 156-159.

¹¹ Ya ponían de manifiesto la incorrecta ubicación de la regulación dentro del apartado relativo al domicilio social RECALDE CASTELLS, Andrés –APILÁNEZ PÉREZ DE ONRAITA, Eduardo, «Reforma de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», *Diario La Ley*, editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, núm. 7853, pág. 2.

sociedad y socio. Singular importancia tiene la posibilidad de convocar la junta mediante un anuncio en la página web, de forma que ya el socio no está obligado a *vigilar* el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) ni los periódicos para conocer de tal convocatoria. De todas formas, y salvo para las sociedades cotizadas, la existencia de una página web societaria es voluntaria, lo cual resulta lógico porque pueden haber muchas PYMES que no precisen de la misma y que, además, no quieran hacer públicos sus datos relevantes de forma indiscriminada, ni soportar el coste de creación y mantenimiento de la web.

La sociedad deberá garantizar el acceso gratuito a la página web, con posibilidad de descarga e impresión de lo insertado en ella (art. 11 ter.1 LSC). Aquí se aprecia la finalidad informativa, pues no sería página web corporativa del art. 11 bis una web con acceso restringido a, p. ej., sólo los socios, mediante clave. Una web de este tipo puede crearse, obviamente, pero no se registrará por los arts. 11 bis y 11 ter, y no servirá a los fines previstos para ésta¹².

2. *Acuerdo de creación, modificación, traslado o supresión de la página web.* A creación de una página web corporativa incide de forma relevante en la posición jurídica de los socios, al permitir la comunicación de ciertos aspectos a través de la misma. Por eso no es un simple *acto de gestión*, y la Ley encomienda el acuerdo de adopción a la junta general [Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) 9 febrero 2012 y 10 octubre 2012], debiendo además figurar expresamente la creación de la web como punto del orden del día de la reunión (art. 11 bis.2 LSC). Obviamente, y aunque no lo contemple la Ley, también puede ser una decisión que se adopte al momento de crear la sociedad.

La existencia de la página web no es una mención estatutaria. Ciertamente podría incluirse como tal (arg. ex arts. 11 bis.3.5 y 28 LSC), bien en el momento constitutivo, bien posteriormente mediante una modificación de estatutos. Sin embargo, considero que esta opción puede no ser más acertada, pues entonces la modificación de esa mención estatutaria¹³, o la supresión, exigiría cumplir los requisitos de la modificación de estatutos, mucho más rigurosos. De hecho, la regulación

¹² Lo que sí puede hacerse es que en la página web corporativa se habilite un área especial, accesible sólo a los socios mediante una clave –o incluso a inversores– con contenidos diversos que puedan ser interesantes para tales socios y/o inversores (incluso, con áreas distintas para unos y otros, para no difundir información que puede ser confidencial a inversores no socios). Así como ciertos aspectos publicados deben ser «públicos», otros no exigidos pueden ser reservados para ciertos grupos de interesados.

¹³ Si en los estatutos simplemente se hiciera constar que la sociedad tendrá página web, sin determinar su «nombre» ni dirección, entonces las modificaciones de estos aspectos no constituirían modificación de estatutos; únicamente la supresión de la web supondría una modificación.

legal presupone que no es una mención estatutaria (pues faculta para su supresión al órgano administrativo, algo que sería imposible para una modificación estatutaria). Por lo tanto, la junta general que adopte este acuerdo lo será con la convocatoria, *quórum* y mayorías ordinarios¹⁴.

La RDGRN 10 octubre 2012 consideró que el acuerdo de creación podría consistir en, simplemente, decidir que la sociedad tenga página web corporativa (con todo lo que ello supone), pero sin determinar la ubicación, nombre, dominio, etc. de la misma, cuestiones que pueden delegarse en el órgano administrativo. De hecho, ésta será la forma normal de operar, pues lo ordinario será decidir el dominio de la web una vez adoptado el acuerdo de creación, y jugando con las denominaciones que estén *libres* según, además, el dominio de primer nivel en el que vaya a publicarse la página¹⁵. Por supuesto antes de la junta podría realizarse también esa elección, y aprobar no sólo la creación, sino también el nombre del dominio; pero entonces habría que realizar unas gestiones y, sobre todo, unos gastos (los de adquisición del dominio) que estarían pendientes de una decisión de la junta. También podría la junta no aprobar el nombre del dominio, pero sí exigir algún aspecto del mismo (p. ej., cuál sea el dominio de primer nivel: .mx, .es, .com, etc.). En el acuerdo de creación también podría determinarse que contenidos se van a publicar en la web (aparte de los exigidos legalmente), así como otros aspectos de su utilización (como la existencia de áreas reservadas para los socios y/o inversores, con contraseña, etc.).

La modificación, traslado o supresión de la página web corporativa es, sin embargo, competencia del órgano de administración, salvo disposición estatutaria en contrario¹⁶. Como, además, el socio y el

¹⁴ En la misma línea de que no supone cambio de estatutos (salvo que la propia sociedad quiera incorporar la existencia de web como mención estatutaria) ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA, Segismundo, «La web corporativa y otras modificaciones al régimen general de las sociedades de capital en la Ley 25/2011, de 1 de agosto», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Colegio oficial de Corredores de Comercio, Madrid, 2011, núm. 56, pág. 18; RECALDE – APILÁNEZ, *op. cit.*, pág. 2; FARRANDO, *op. cit.*, pág. 71. En cambio, consideran que sí sería una mención estatutaria FRANCH – MORELL, *op. cit.*, págs. 167-169. Desde luego, exigir *quórum* y mayorías, y todos los demás requisitos (como las especiales menciones en el orden del día, etc.) propios de una modificación de estatutos me parece excesivo.

¹⁵ En www.up.edu.mx, hay dos dominios de primer nivel (*top level domain*, TLD), el .edu (gTLD, dominio de primer nivel genérico, que pueden usar instituciones educativas superiores), y el .mx (ccTLD, dominio de primer nivel geográfico), y el dominio de segundo nivel es .up.

¹⁶ También, claro está, salvo que la web sea una mención estatutaria y en función de cómo esté fijada en estatutos (puede poner simplemente que tendrá una web, pero también puede poner concretamente el nombre del dominio) la modificación de la web sea modificación de estatutos, en cuyo caso exigiría acuerdo de la junta con *quórum* y mayorías reforzados. En este sentido FARRANDO, *op. cit.*, pág. 75.

tercero ya están advertidos de la creación de la web por la publicación en el BORME, ya podrán seguir, a través de ésta, los actos de modificación, traslado o supresión (que, como ordena el precepto, y enseguida se expondrá, se publicarán en la misma página). Así como parece lógico encomendar la modificación o el traslado al órgano administrativo, no ocurre así con la supresión, pues se está dejando en manos de los administradores vaciar de contenido un acuerdo de la junta (que, además, es indelegable)¹⁷. Si el acuerdo de la junta no sólo fue de creación de la web, sino también de qué actos se publican en la misma (aparte de los obligados ya referidos), la modificación podría consistir en ampliar o restringir algunos de esos actos (manteniendo siempre los mínimos legales). En cuanto al traslado, parece hacer referencia al simple cambio de la denominación o del dominio¹⁸. Cuando el *dominio* no lo ha decidido la propia junta, sino que encomendó la búsqueda de un dominio *libre* al órgano de administración, modificar ese dominio por la propia administración mantiene sentido. Nótese, en todo caso, que la Ley permite que estos actos sean también, por previsión estatutaria, de competencia de la junta general.

Para que estos acuerdos de creación, modificación, traslado o supresión sean cognoscibles por todos, la Ley exige que se hagan constar en la hoja abierta a la sociedad en el registro mercantil, y que se publiquen gratuitamente en el BORME¹⁹. El acuerdo de modificación,

¹⁷ Igualmente críticos con esta decisión legal de que la supresión sea competencia del órgano administrativo ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA, *op. cit.*, pág. 20; FARRANDO, *op. cit.*, pág. 75; FRANCH – MORELL, *op. cit.*, pág. 176.

¹⁸ Como han señalado FRANCH – MORELL, *op. cit.*, pág. 178, distinguir «modificación» de «traslado» no es una labor fácil, pues posiblemente todo traslado suponga una modificación. Para estos autores, el «traslado» podría hacer referencia al cambio de servidor en el que se aloje la web. Para FARRANDO, *op. cit.*, pág. 76, el traslado consistiría en la sustitución de la dirección o cambio del dominio. En opinión de RECALDE – APILÁNEZ, *op. cit.*, pág. 3, el traslado supondría el cambio de servidor, o el cambio en el nombre de acceso o dirección de la página. Para ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA, *op. cit.*, pág. 19, no tendría sentido que el traslado fuera un cambio de servidor (no hay porque comunicar tal modificación), y por lo tanto la Ley sólo puede referirse al cambio del nombre del dominio.

¹⁹ En la redacción original del precepto, de 2011, la inscripción registral no era obligatoria, pudiendo optar la sociedad por tal inscripción o por la notificación individual a todos los socios. La regulación actual es mucho más acertada, pues puede haber terceros interesados en conocer la creación de la página (como los acreedores, para ejercitar en su caso el derecho de oposición a la reducción de capital).

La RDGRN 10 octubre 2012 establece que para la inscripción de la creación *será necesario acreditar el correspondiente acuerdo social de creación de la página web adoptado en junta válidamente convocada y con los requisitos de mayoría y quórum oportunos y la identificación de la dirección en Internet que puede completarse por declaración de los*

traslado o supresión, además, se publicará en la propia web que se acuerda modificar, trasladar o suprimir, durante los treinta días siguientes a contar desde la inserción del acuerdo (por lo tanto, no cabe una supresión con efectos inmediatos. Al menos debe mantenerse la página durante treinta días). Hasta que tenga lugar la publicación del acuerdo de creación de la página web en el BORME, las inserciones que realice la sociedad en la web no tendrán efectos jurídicos. De esta forma se evita, p. ej., que, antes de esa publicación, se convoque junta general mediante la página web, sin que el socio pueda conocer por el BORME de la creación de ésta.

Los estatutos sociales podrán exigir que estos acuerdos (de creación, modificación, traslado o supresión) se notifiquen individualmente a cada uno de los socios antes de que se hagan constar en la hoja abierta en el registro. Parece excesiva tanta obsesión por la comunicación previa, cuando además parte de los socios, los que hayan acudido a la junta, ya conocen tal adopción. Además, si la precaución puede ser lógica para la creación (pues permite convocar la junta general de una forma distinta), no parece tanto para los demás acuerdos. De todas formas, la regla sólo opera si los estatutos sociales así lo exigen; y la comunicación individual podrá realizarse, si se cumplen los requisitos, mediante comunicación electrónica (art. 11 quáter LSC. Véase lo dicho en el epígrafe 4).

Un aspecto que no regula la Ley (posiblemente, porque no debe regularlo) es lo relativo a la presentación de contenidos en la web. Como antes he expuesto, lo ordinario será que la junta simplemente acuerde que exista una web, y el órgano de administración sea el que elija el dominio y otros aspectos de la misma. Pues bien, la *creación de la página web* suele ser objeto de un contrato acuñado en la práctica empresarial, celebrado con una empresa especializada en creaciones informáticas. Normalmente, la sociedad (el órgano de administración) suministrará a la empresa los contenidos que quiere que aparezcan en la

administradores y sin perjuicio, claro es, de la calificación registral de todos esos extremos y de la comprobación de su existencia y vigente localización que haga el registrador en sede de calificación. Nada obsta a que la junta que decida la creación de la página web encomiende la ejecución del acuerdo y la selección del sitio en la web al propio órgano de administración.

En la doctrina, FRANCH – MORELL, *op. cit.*, pág. 182, y RECALDE – APILÁNEZ, *op. cit.*, pág. 3, han criticado que toda modificación, incluso cuestiones mínimas que puedan referirse a los colores utilizados en la página, deba ser objeto de publicación en la hoja registral y en el BORME, con los costes, operativos y económicos, que esto conlleva. A mi juicio, los aspectos concretos de formas, colores, presentación, etc. de la web no tienen por qué constar ni en el registro ni en el BORME, puesto que en ellos sólo hay que dejar constancia de la existencia de la web y del dominio utilizado. Si, además, en el registro figurara la disposición concreta y presentación de la web (y si, además, el Registrador ha admitido tal constancia y la publicación), entonces sí que cabría plantear si cualquier mínima modificación debería ser objeto de publicidad.

página, tanto textos como fotografías o música, y una idea, precisa o imprecisa, de cómo organizar esos contenidos, así como del público al que se dirige la página. La sociedad responderá (si aporta algo), de la autoría de la propiedad intelectual de los contenidos suministrados o, en su caso, de tener los derechos de explotación, incluyéndose normalmente en el contrato una exoneración de la empresa informática respecto de estas cuestiones. La empresa informática suele realizar un estudio y proponer varias posibilidades, y a partir de unas primeras decisiones del cliente va perfeccionando y ultimando la presentación final de la página. El cliente es quien tiene que dar el visto bueno a la propuesta definitiva. Además, suele realizarse una *prueba de visualización*, para comprobar el resultado final, el funcionamiento de los enlaces, la interactividad, etc.

Cuestión especialmente relevante es la titularidad de los derechos de explotación de la propiedad intelectual. En principio cabe afirmar que la creación de la página corresponde a la empresa informática, pues aunque el cliente le ha suministrado materiales, quien los *coloca* y presenta de forma atractiva es aquélla. Desde luego puede pasar lo contrario, que el cliente ya aporte una idea acabada y definitiva, o bien una situación intermedia, de verdadera colaboración entre ambos sujetos en el diseño y definición de la página, en cuyo caso la autoría intelectual correspondería a ambas partes como *obra en colaboración*. Fuera de este caso, que no es el estadísticamente común, y presuponiendo que el derecho moral de creador corresponderá normalmente a la empresa de informática, es crucial determinar a quién se atribuyen los derechos de explotación. A falta de pacto expreso la Ley de Propiedad Intelectual española no resuelve el tema, y por eso lo mejor es precisarlo en el contrato. Lo más común y adecuado, a nuestro parecer, será atribuir tales derechos a la sociedad, que es quien ha pagado por la creación y quien tiene interés en difundirla y, en su caso, explotarla comercialmente, así como en transformarla o suprimirla. De esta forma, además, se evita el uso de la empresa de informática, que podría dar lugar incluso a actos de competencia desleal²⁰.

²⁰ También es importante pactar un deber de confidencialidad. Aunque este normalmente se deriva del contrato *per se*, como una consecuencia del deber de buena fe, es mejor establecerlo también expresamente. A menudo el cliente suministra información confidencial (público potencial de la página, estrategias de marketing, etc.), que la empresa debe utilizar únicamente para la creación de la página, y mantener en todo caso en secreto. En ocasiones se acuerda también una especie de «exclusividad», en el sentido de que la empresa no pueda diseñar páginas para empresas competidoras con el cliente, en las cuales podría aplicar conocimientos e incluso *know-how* aprendidos en el diseño anterior (si bien, lógicamente, este pacto encarece el contrato). Aunque estos aspectos son más propios del diseño de «web comerciales», también podrían surgir en el de la web corporativa, en función de la posible complejidad de la misma.

Cuestión distinta a la atinente a las obligaciones de las partes es la relativa a la responsabilidad por los *enlaces* o *links* incluidos en la página. Se trata de una cuestión no regulada, que sin embargo ocasiona bastantes problemas en la práctica, sobre todo en páginas web comerciales que, a veces, pueden utilizar los *enlaces* como actos de competencia desleal para aprovecharse del prestigio de competidores, o realizar actos de confusión. Es el cliente (en nuestro caso, la sociedad) quien establece que enlaces desea realizar, y no está claro en Derecho comparado si la realización del enlace a una página ajena es un acto lícito. En principio parece que sí, dado que las páginas web son públicas, justamente se cuelgan para ser visitadas, y por lo tanto incluso el enlace supone un favorecimiento al titular de la página para ser *encontrado*. Pero partiendo de esta regla, también es cierto que a veces los enlaces pueden suponer una cierta competencia desleal, o un aprovechamiento de la reputación ajena, si con ellos el sujeto busca prestigiar su propia página con el mérito de las páginas a las que dirige. Ante la incertidumbre lo más conveniente es pedir un permiso por escrito a la entidad a la que se va a hacer el enlace. De hecho, hay muchas empresas que realizan la admonición expresa en su web de que no cabe hacer enlaces a tal web salvo con el consentimiento expreso, y por escrito, de la empresa.

Todas estas cuestiones son más propias de la página web comercial, que sí suele tener unos contenidos más *evocadores* y de atracción del interés del cliente. La página web corporativa, en cambio, tiende a ser más *neutra* y puramente informativa. Sin embargo, cuando se entra en su diseño puede que se acuda a buscar una presentación más compleja en la que se planteen estos problemas propios de las web comerciales.

Como normalmente son los administradores quienes se encargan del diseño, ellos responderán ante los socios (como es obvio) de la diligencia al buscar el dominio que mejor responda al nombre de la sociedad, la forma de presentación, etc. También podría darse el caso de que todo el diseño se realice antes de la junta de creación de la página, y sea la propia junta la que apruebe no sólo la creación de la web, sino el diseño preparado. En tal caso existiría una mayor *legitimidad* o respaldo en el uso de esa presentación, si bien ello no eximiría a los administradores de su posible responsabilidad (art. 236.2 LSC, la autorización o ratificación de la junta no exonera de responsabilidad a los administradores).

3. *Publicaciones en la página web*. La existencia de la página web permite difundir información a socios y terceros, en algunos casos con relevancia jurídica (como forma de realizar la convocatoria de la junta, de informar del proyecto de fusión, etc.). Por eso es importante garantizar que el acceso a la página sea posible, demostrar que y cuando se publica, y

determinar las consecuencias de que dicho acceso se interrumpa. A ello se dirige el art. 11 ter LSC.

Como regla general, la sociedad garantiza la seguridad de la página web (que el navegar por ella sea seguro), la autenticidad de los documentos en ella publicados, y el acceso gratuito con posibilidad de descarga e impresión de lo insertado en ella (toda la información debe poderse descargar e imprimir, no basta con un documento que sólo pueda consultarse en pantalla). La carga de la prueba del hecho de la inserción de documentos y de la fecha de la inserción corresponderá a la sociedad, que por lo tanto tendrá que asegurarse de disponer de los medios de prueba convenientes (bien acreditación notarial, del servidor que provee el acceso a internet, *time stamping*, etc.)²¹.

Además de publicarse algo, debe hacerse durante el tiempo que sea preciso para que esa publicación surta efecto. P. ej., la convocatoria de la junta debería estar accesible durante, al menos, el mes o los quince días que exige el art. 176 LSC; o los acuerdos de modificación, traslado o supresión de la web se publicarán durante treinta días en la web, art. 11 bis.3.II. La norma impone a los administradores el deber de mantener lo insertado durante el término exigido por la ley, bastando para probarlo la declaración de los administradores, que podrá ser desvirtuada por cualquier interesado mediante cualquier prueba admisible en Derecho. Por lo tanto, si la prueba de la inserción es de carga de la sociedad, no es preciso probar que se ha mantenido tal inserción si los administradores simplemente así lo manifiestan. De esta forma, el tercero que alegue que el anuncio no se mantuvo durante un tiempo determinado deberá acreditarlo de alguna manera (normalmente, acudiendo a un acta notarial en la que el notario haya comprobado que no figura tal anuncio, adjuntando un «pantallazo» que así lo demuestre²²).

²¹ Suele ser común que la sociedad, para probar la inserción de un documento o anuncio, acuda a un notario para que éste dé fe de la inserción por haber comprobado en la pantalla de ordenador la inserción, adjuntado a la escritura notarial un «pantallazo» en el que se refleja el anuncio. Ciertamente, desde un punto de vista de técnica informática parece ser que ese «pantallazo» no es una prueba muy fidedigna, pero al menos muestra una voluntad de la sociedad de probar el hecho de la inserción. Señalan que esa es una de las formas usuales de probar el hecho FARRANDO, *op. cit.*, pág. 79, o JORQUERA, *op. cit.*, pág. 5; y ponen de manifiesto la falta de rigor de esa prueba FRANCH – MORELL, *op. cit.*, pág. 180.

En cuanto al *time stamping*, es un mecanismo en línea que permite demostrar que una serie de datos han existido y no han sido alterados en un momento dado y durante un tiempo. Es un protocolo que se incluye en el registro de estándares de internet, actuando una autoridad de sellado de tiempo como tercera parte de confianza, testificando la existencia de los datos en una fecha y hora concretos.

²² Si en la práctica es usual admitir que un pantallazo es prueba suficiente de la inserción (véase nota anterior), habría que admitir igualmente la validez de esta forma de acreditar la falta de mantenimiento del anuncio en un momento determinado.

Los administradores responderán solidariamente entre sí y con la sociedad frente a los socios, acreedores, trabajadores y terceros de los perjuicios causados por la interrupción temporal de acceso a esa página, salvo que la interrupción se deba a caso fortuito o de fuerza mayor²³. Si la interrupción fuera superior a dos días consecutivos o cuatro alternos, no podrá celebrarse la junta general convocada, si se cumplen los requisitos, y también con una excepción, que se fijan en el precepto²⁴.

4. *La utilidad de la web. Convocatoria de junta y otros anuncios.* Como llevamos señalando, la mayor *utilidad* de la existencia de una web corporativa es que a través de ella se realizará la convocatoria de la junta general, pero también se podrán efectuar diversos anuncios de interés para socios, inversores o terceros. La creación de la web es una muestra más de transparencia de la sociedad, y de hecho mostrará que existe un interés real en que los socios conozcan la convocatoria y el resto de información que se muestre en ella. Es conocido que en muchas sociedades medianas o pequeñas a menudo los socios de control intentan hurtar a los minoritarios el conocimiento de la convocatoria de junta (se han dado casos realmente curiosos, buscando la publicación en el diario más pintoresco). Pues bien, la creación de la web supone una garantía para los socios de que las convocatorias serán publicadas y fácilmente cognoscibles por todos, más aún si se instaura un sistema de alerta a los socios (como luego se expone). El moderno Derecho societario busca de esta forma incentivar también la participación de los socios, o al menos, la información de los mismos.

Por lo que se refiere a la convocatoria de la junta, el art. 173 LSC establece que *la junta general será convocada mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad si ésta hubiera sido creada,*

²³ Como señalan FRANCH – MORELL, *op. cit.*, pág. 181, resulta innecesario afirmar esta responsabilidad, que es general para cualquier acto lesivo de los administradores. Por otra parte, FARRANDO, *op. cit.*, pág. 81, pone de manifiesto que no tiene sentido una responsabilidad solidaria de los administradores con la sociedad cuando la responsabilidad es únicamente de los administradores. Igualmente RECALDE – APILÁNEZ, *op. cit.*, pág. 7, se unen a esta crítica de afirmar una responsabilidad que ya existe de forma general, y además añadiendo que sólo exonera el caso fortuito o la fuerza mayor (de forma que parece deducirse que la relación de causalidad entre los daños –que deben probarse– y la conducta de los administradores se presume, debiendo el administrador probar la causa de exoneración de la responsabilidad).

²⁴ En efecto, conforme al apartado cuarto del art. 11 bis LSC *Si la interrupción de acceso a la página web fuera superior a dos días consecutivos o cuatro alternos, no podrá celebrarse la junta general que hubiera sido convocada para acordar sobre el asunto a que se refiera el documento inserto en esa página, salvo que el total de días de publicación efectiva fuera igual o superior al término exigido por la ley. En los casos en los que la ley exija el mantenimiento de la inserción después de celebrada la junta general, si se produjera interrupción, deberá prolongarse la inserción por un número de días igual al que el acceso hubiera estado interrumpido.*

*inscrita y publicada en los términos previstos en el artículo 11 bis*²⁵. De no existir tal web, la convocatoria se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social; si bien en sustitución de esta forma de convocatoria, los estatutos pueden establecer que se realice por un procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad²⁶. Además, conforme al apartado tercero del art. 173 LSC, 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 insertos en la web de la sociedad. Como se aprecia, entonces, la creación de la web, y la introducción en estatutos de un sistema de alerta a los socios, supondría la máxima garantía de que los socios pueden conocer el hecho de la convocatoria, pues no sólo se publica durante el tiempo que ordena la Ley, sino que se avisa a los socios de tal publicación. En más de un caso, incluso, supondría una mayor garantía que la comunicación escrita al domicilio del socio, que en más de un caso resulta infructuosa por errores en el domicilio, cambio del mismo, recepción por terceros, etc.

De la expresión legal se deduce que el anuncio de convocatoria no sólo debe publicarse en la web con la antelación suficiente (de quince días o un mes antes de la junta, según la sociedad sea limitada o anónima, art. 176 LSC), sino que debe mantenerse publicado durante todo ese plazo. Así se deriva del art. 11 ter.4 LSC, que establece que si existe una interrupción en la publicación superior a dos días consecutivos o cuatro alternos no podrá celebrarse la junta *salvo que el total de días de publicación efectiva fuera igual o superior al término exigido por la ley*. Este *mantenimiento* del anuncio durante el plazo (del que responden los administradores, art. 11 ter.3 LSC) supone igualmente una posibilidad de conocimiento de la convocatoria mucho mayor que el régimen general de un anuncio en el BORME o en un diario con la antelación legal.

²⁵ Para sociedades cotizadas, además de la publicación en la web se exige publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en uno de los diarios de mayor circulación en España; y difusión en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 516.2 LSC).

²⁶ JORQUERA, *op. cit.*, pág. 7, se plantea qué pasa si los estatutos exigían una convocatoria individual a los socios, y posteriormente se aprueba la creación de la web, pero no se elimina aquella exigencia estatutaria. La RDGRN 9 febrero 2012 estimó que si no se modificaban estatutos, persistía la obligación estatutaria. Así lo estimo yo también, pues no cabe entender que el acuerdo de creación de la web suponga, implícitamente, una modificación de estatutos (menos aún si el acuerdo de creación no fue tomado con la mayoría propia de una modificación). Para Jorquera debería realizarse una interpretación flexible de la Ley que permitiera la validez de la convocatoria a través de la web.

La RDGRN 10 octubre 2012 corroboró que para la validez de una convocatoria de junta a través de la página web se precisa que se haya creado tal página por la junta, y que se haya hecho pública la creación en la hoja abierta a la sociedad y en el BORME. En el mismo sentido, la RDGRN 09 febrero 2012 determinó que, constando en estatutos como forma de convocatoria de la junta de *comunicación individual y escrita del anuncio a todos los socios en el domicilio que conste en el libro registro, por correo certificado, con acuse de recibo*, no es eficaz que por certificación del administrador único se consigne en la hoja abierta a la sociedad, por nota marginal, la dirección electrónica de la página web de la sociedad a los efectos de lo dispuesto en el artículo 173.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010; *para la constancia de la web en la hoja de la sociedad, lo primero que debe hacerse es modificar los estatutos sociales en el punto relativo a la forma de convocatoria y una vez establecida como forma de convocatoria, al amparo del artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la web social es cuando podrá hacerse constar la concreta dirección de dicha web en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil. Y ello es claramente incumbencia de la junta general*. Por lo tanto, y como ya se ha señalado, no basta con la creación de la web, sino que es precisa la publicación de esta creación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 11.bis.3.4 LSC: *Hasta que la publicación de la página web en el Boletín Oficial del Registro Mercantil tenga lugar, las inserciones que realice la sociedad en la página web no tendrán efectos jurídicos*).

Aparte de esta regulación, la Ley también exige la publicación en la web de algunas otras circunstancias, sobre todo en materia de modificaciones estructurales. Pero, además, la sociedad podría usar la página web creada para realizar una publicidad añadida a la exigida legalmente; publicidad que no eliminaría la necesidad de realizar la imperativa, pero que añadiría eficacia a ésta. P. ej., al convocarse la junta ordinaria para aprobar las cuentas anuales, los documentos que han de aprobarse podrían ponerse a disposición de los socios en la web de la sociedad, en un área de acceso restringido a socios (con contraseña). Y de esta forma los socios tendrían acceso inmediato y gratuito a tales documentos y no sería preciso que se los pidieran a la sociedad²⁷. De igual manera otras informaciones relevantes para los acuerdos de una junta podrían publicarse en la web para que el socio pudiera formar su voto con toda la información precisa.

²⁷ El art. 272.2 LSC ordena que los socios deben poder obtener tales documentos de forma inmediata y gratuita, pero a menudo esas peticiones de documentación originan no pocos problemas, o malentendidos: tanto de socios que los piden de forma intempestiva, buscando crear problemas de cumplimiento del derecho de información; como de administradores que de alguna forma dificultan la remisión, o la realizan de la forma menos adecuada.

III] La página web en las sociedades cotizadas

En las sociedades cotizadas ocurre que existen miles de socios, pequeños inversores con cuotas de participación social muy pequeñas, que no pueden influir en la marcha de la sociedad. Pero además hay una masa importante de potenciales inversores que querrían conocer la marcha de la sociedad para decidir si invertir o no en ella. Por existir tantos afectados por la gestión social, la Ley impone a las cotizadas una mayor transparencia y exigencias especiales de información o *disclosure*, en comparación con otras entidades. Lo mismo ocurre en Derecho mexicano que, al igual que en el español anterior a 2010, exige en la Ley de Mercado de Valores que las cotizadas tengan una página web para publicar los hechos relevantes. Por eso, el apartado segundo del art. 539 LSC establece que *las sociedades anónimas cotizadas deberán disponer de una página web para atender el ejercicio, por parte de los accionistas, del derecho de información, y para difundir la información relevante exigida por la legislación sobre el mercado de valores*²⁸.

En España, La Circular 1/2004, de 17 marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, establece como contenido mínimo de la web *al menos los estatutos sociales, el reglamento de la junta general, el reglamento del consejo de administración y en su caso los reglamentos de las comisiones del consejo de administración, la memoria anual, el reglamento interno de conducta, los informes de gobierno corporativo, los documentos relativos a las Juntas Generales ordinarias y extraordinarias y los hechos relevantes, deberán estar directamente referenciados en el mapa o cualquier otro índice de contenidos de la web* (art. 9.A). A su vez la Circular 5/2013, de 12 junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, establece los modelos de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores²⁹. Pues bien, ese informe anual (en el que constan, p. ej., los socios con una

²⁸ En la doctrina se ha planteado si una sociedad cotizada que ya disponga de página web antes de 2011 (la exigencia de la página web en cotizadas es de 2003) cumpliría con ello la exigencia del art. 11 bis LSC, o si debería adoptar un acuerdo expreso indicando que la página web que ya tiene (y en la que se publica la «información relevante») cumple también las funciones del art. 11 bis LSC (como las de convocar la junta). A este respecto FARRANDO, *op. cit.*, pág. 70, considera que la junta debería ratificar que la web del art. 539 LSC va a cumplir también las funciones de la web corporativa del art. 11 bis LSC. Además, la disposición transitoria primera de la Ley 1/2012 reguló expresamente cómo operar la transición de la web de las cotizadas a web corporativa.

²⁹ Puede consultarse en <http://www.boe.es/boe/dias/2013/06/24/pdfs/BOE-A-2013-6805.pdf>

participación social relevante; el capital del que son titulares los administradores de la entidad; los posibles pactos parasociales que se refieran al derecho de voto o a la transmisión de acciones o participaciones; etc.) debe ser objeto de publicación en la página web, así como otros aspectos importantes, como el reglamento de la junta general (art. 513 LSC) o el reglamento del consejo de administración (art. 529 LSC). De igual forma, todos los *hechos relevantes*, que deben ser comunicados a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, tendrán que publicarse también en la web.

A lo largo de la regulación de la sociedad cotizada se van descubriendo otros preceptos que imponen cierta información en la web que sirve para facilitar la intervención de los socios en la junta futura, o para difundir datos sobre el devenir de ésta. Así, y por poner algunos ejemplos, el art. 517 establece que en la convocatoria de junta se hará constar *la dirección de la página web de la sociedad en que estará disponible la información que exige la norma*; el art. 518.2 exige la constancia de una información (que abarca la convocatoria de junta, pero también muchos otros aspectos³⁰) en la página web en el tiempo que media entre la convocatoria de la junta y su celebración; el art. 520 establece que los administradores no estarán obligados a responder a preguntas concretas de los accionistas cuando, con anterioridad a su formulación, la información solicitada esté clara y directamente disponible para todos los accionistas en la página web de la sociedad bajo el formato pregunta-respuesta; o el art. 525 determina que los acuerdos aprobados en la junta y el resultado de las votaciones se publicarán íntegros en la página web de la sociedad dentro de los cinco días siguientes a la finalización de la junta.

Además, si bien con otro alcance (más cercano al sentido del art. 11 quáter, que luego se expone en el epígrafe 4), el mismo precepto antes citado exige que *en la página web de la sociedad se habilitará un*

³⁰ Art. 518.2. LSC: *Además, el anuncio deberá contener una información clara y exacta de los trámites que los accionistas deberán seguir para participar y emitir su voto en la junta general, incluyendo, en particular, los siguientes extremos:*

a) El derecho a solicitar información, a incluir puntos en el orden del día y a presentar propuestas de acuerdo, así como el plazo de ejercicio. Cuando se haga constar que en la página web de la sociedad se puede obtener información más detallada sobre tales derechos, el anuncio podrá limitarse a indicar el plazo de ejercicio.

b) El sistema para la emisión de voto por representación, con especial indicación de los formularios que deban utilizarse para la delegación de voto y de los medios que deban emplearse para que la sociedad pueda aceptar una notificación por vía electrónica de las representaciones conferidas.

c) Los procedimientos establecidos para la emisión del voto a distancia, sea por correo o por medios electrónicos.

Foro Electrónico de Accionistas, al que podrán acceder con las debidas garantías tanto los accionistas individuales como las asociaciones voluntarias que puedan constituir, con el fin de facilitar su comunicación con carácter previo a la celebración de las Juntas generales. En el Foro podrán publicarse propuestas que pretendan presentarse como complemento del orden del día anunciado en la convocatoria, solicitudes de adhesión a tales propuestas, iniciativas para alcanzar el porcentaje suficiente para ejercer un derecho de minoría previsto en la ley, así como ofertas o peticiones de representación voluntaria. Por lo tanto, la web no es sólo un instrumento de información, sino también de participación de los socios –normalmente, los minoritarios– para facilitar su intervención en la gestión social a través de complementos del orden del día u otros aspectos. Y todos estos aspectos de la web en la sociedad cotizada muestran la amplia utilidad que puede darse a dicha web para la información y para la participación en la vida de la sociedad.

IV] Comunicaciones con el socio por medios electrónicos

Ya antes de la reforma operada por el Decreto Ley 9/2012 existía alguna previsión en la Ley acerca de la posibilidad de comunicarse electrónicamente con los socios, pero el nuevo art. 11 quáter realiza una regulación más general. Debe hacerse notar que aunque el precepto se incluye dentro de la sección *Página web*, no tiene que ver necesariamente con la creación de una página web, pues las comunicaciones electrónicas podrán realizarse exista o no página web, y lo que se publica en ésta, y su eficacia, es algo distinto de la utilidad que pueda tener la comunicación electrónica.

La Ley permite ahora que las comunicaciones entre sociedad y socios (en una u otra dirección) podrán realizarse por medios electrónicos *siempre que dichas comunicaciones hubieran sido aceptadas por el socio*. Si bien el Decreto Ley 9/2012 exigía un consentimiento expreso, la posterior ratificación por Ley 1/2012 ha suprimido la exigencia de ese carácter expreso³¹. Parece que sería suficiente con una cláusula estatutaria que estableciera la validez de esta forma de comunicación, pero en otro caso sería preciso un consentimiento individual del socio, que además, no está claro si podría o no revocarse en algún momento. También cabrá la ratificación, expresa o tácita, de haberse recibido la

³¹ Como pusieron de manifiesto RECALDE – APILÁNEZ, *op. cit.*, pág. 7, la aceptación «expresa» no se exigía en la Directiva comunitaria, por lo que esta exigencia suponía un retroceso importante respecto de la situación previgente, pues hasta entonces se consideraba que bastaba una previsión en los estatutos sociales de la posibilidad de establecer mecanismos de relación directa entre la sociedad y los socios, eventualmente a través del correo electrónico. Por eso era criticable este requisito, que posteriormente se suprimió.

comunicación electrónicamente y no oponerse a la eficacia de esta forma de contacto.

Esta posibilidad de realizar comunicaciones por medios electrónicos facilitará enormemente la labor de los administradores, que en estos supuestos ya no tendrán que acudir a otros medios de notificación escrita y con acuse de recibo. La Ley se refiere a cualquier comunicación, incluida la remisión de documentos, solicitudes e información [así, y entre otras muchas, véanse arts. 84.1, 107.2.a), 168, 172, 196 y 197, 272.2 LSC, etc.], y puede ser especialmente útil para que el socio ejerza su derecho de información, y para remitirle, a su solicitud, los documentos pertinentes (arts. 196, 197 y 272.2 LSC). Obviamente, la prueba de que se realizó la comunicación electrónica corresponde a la sociedad, que tendrá que acudir a los medios precisos (normalmente a certificaciones del servidor que provee el acceso a internet) para acreditar la fecha indubitada de la recepción y el contenido de los mensajes electrónicos intercambiados. La Ley admite cualquier forma de comunicación electrónica, lo que incluye el correo electrónico, pero también la inclusión en redes sociales, o el *whatsapp*³². Si bien realizar esta comunicación cumple el requisito legal de contactar con el socio, cuando así se exige, no creo que sea suficiente cuando la Ley requiere una comunicación notarial [p. ej., art. 107.2.c LSC]. Es posible que el legislador quisiera abarcar también los supuestos de exigencia de comunicación notarial, pero a falta de una modificación expresa de esos preceptos, no supone la misma garantía de comunicación efectiva la notarial que la realizada por medios electrónicos (aunque existan dispositivos de acreditación de la recepción).

La ratificación de la Ley 1/2012 añadió, además, que la sociedad habilitará, a través de la propia web corporativa, el correspondiente dispositivo de contacto con la sociedad. Parece que no se trata de una obligación (pues el precepto, en general, no impone que exista la posibilidad de comunicación electrónica), y que simplemente la sociedad podrá, si crea una página web corporativa, habilitar un dispositivo de contacto (normalmente un correo web). De esta forma, las solicitudes de los socios (p. ej., de convocatoria de junta, o de complemento de junta, arts. 168.1 y 172 LSC, o de nombramiento de auditor, art. 124.2.II LSC) podrán hacerse por este medio³³.

³² FARRANDO, *op. cit.*, pág. 88.

³³ En este mismo sentido FARRANDO, *idem*. JORQUERA, *op. cit.*, pág. 8, llega incluso a proponer que la representación en la junta general puede hacerse llegar a la sociedad mediante medios electrónicos si se ha aprobado esta forma de comunicación socio-sociedad.

V] Conclusiones

Como fácilmente se aprecia, la *combinación* de la existencia de una página web con la comunicación socio-sociedad por medios electrónicos facilita aún más la información a los socios, máxime si además se establece un sistema de *alertas* al socio cada vez que se publique información en la web (como permite el art. 173.3 LSC para las convocatorias de junta en la web). Con el uso de los medios electrónicos se puede publicar (en la web) e incluso enviar (a través del correo electrónico) toda la información que se quiera suministrar, y también establecer cauces de intervención del socio en la sociedad (p. ej., permitiendo la propuesta de complementos del orden del día a través del correo electrónico de la sociedad –como existe ya en las sociedades cotizadas, con el *Foro Electrónico de Accionistas*, art. 539.2.2 LSC). Si una sociedad quiere, realmente, ser *transparente* frente a socios y terceros, ahora lo tiene muy fácil. Y, viceversa, la no implementación de una web y de estos sistemas de comunicación puede ser síntoma de un cierto *oscurantismo* en la gestión social.

De todas formas, no hay que menospreciar el coste económico de la creación y mantenimiento de la web corporativa, pues además debe contar con unas medidas específicas de seguridad. No toda sociedad pequeña, e incluso mediana, podrá soportar estos costes, y desde luego en las muy pequeñas o familiares la información socio-sociedad puede articularse con mecanismos tan eficaces y mucho menos técnicos.

Vida en la facultad

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
04 SEMESTRE I
2015
AÑO 2

Congreso Internacional de Derecho Mercantil

ERIC COUFAL LEAÑO¹

Las leyes mercantiles a nivel internacional han sido objeto de importantes reformas, ameritando un estudio profundo y crítico para conocer sus contenidos y alcances en beneficio para abogados o estudiantes de derecho, así como para aquellas personas que llevan a cabo actos de comercio día a día, siendo sujetos a veces inadvertidos dentro de este campo jurídico en un mundo cada vez más globalizado.

Es por ello, que la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, a través de su Instituto de Investigaciones Jurídicas, decidió organizar y ser sede del segundo Congreso Internacional de Derecho Mercantil que se llevó a cabo los días 26 al 28 de noviembre de 2014. En palabras del Dr. Edmundo Romero Martínez, coordinador general del Instituto de Investigaciones Jurídicas, *lo que se busca es actualizar el foro jurídico, desde una plataforma dirigida a estudiantes y abogados de la región.*

Expertos de México y España, compartieron con los presentes las reformas actuales del derecho mercantil. La conferencia inaugural estuvo a cargo del Dr. Carlos Felipe Dávalos Mejía, con una interesante exposición titulada *¿Cómo gravita el Estado de Derecho en el Rendimiento de la Banca?*, explicando sus alcances y problemáticas en el México del siglo XXI. Los temas principales que se tocaron dentro de la conferencia fueron los de comercio electrónico, contratación mercantil, el sistema financiero, sociedades mercantiles, proceso mercantil, entre otros.

El momento culminante dentro del marco de la celebración del Congreso, fue la participación del Catedrático emérito de Derecho Mercantil, el Prof. Dr. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, miembro permanente de la Comisión General de Codificación y Presidente de la Segunda Sección de Derecho Mercantil, autor y co-autor de numerosas publicaciones, libros y artículos en revistas a nivel internacional, quien llevó a cabo la conferencia de clausura, compartiendo con los asistentes algunos de los retos titánicos que ha tenido que sortear y enfrentar en la modernización de la legislación mercantil española, desde el encargo de redacción por parte del Ministro de Justicia Español en el año 2006 hasta la fecha.

Dentro de su exposición, el Dr. Bercovitz compartió con los presentes de manera pormenorizada el contenido de la propuesta del Nuevo Código Mercantil Español, que se espera sea aprobado por el Parlamento Español durante la presente legislatura para que llegue a ser

¹ Alumno de 10° Semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

una ley formal. El propósito o razón de ser de este nuevo Código, en palabras del Dr. Bercovitz, *resulta de la distinción de las partes de los Códigos en relación con las competencias legislativas que se establece entre el Código civil y el Código mercantil con el fin de integrar las distintas aportaciones [...], la existencia de un cuerpo de normas claras y adaptadas a la realidad es extraordinariamente beneficiosa para la actuación de los operadores en el mercado y, por consiguiente, ofrece una base sólida para el desarrollo económico en general.*² Al finalizar su interesante exposición, el Dr. Bercovitz de manera elocuente mencionó que *el nuevo Código Mercantil Español marcará un hito fundamental para impulsar la seguridad jurídica en las operaciones que se realicen en ese mercado único que es España.*³

Sin duda alguna, la celebración del segundo Congreso Internacional de Derecho Mercantil fue todo un éxito, con la participación de personalidades reconocidas en el ámbito jurídico a nivel nacional e internacional, donde se pudo compartió un intercambio de ideas y actualizaciones del derecho mercantil en sus distintos rubros, donde los más beneficiados no solo fueron los profesores y catedráticos presentes, sino los alumnos y abogados que tomamos como fuente de inspiración su gran trayectoria académica y experiencia profesional. Y con ello, poder abrir brecha hacia nuevos horizontes en el ámbito jurídico.

² El Nuevo Código Mercantil. Texto de la conferencia impartida en el campus de la Universidad Panamericana de Guadalajara, el día 28 de noviembre de 2014 dentro del marco del Congreso de Derecho Mercantil organizado por esa Universidad por el Prof. Dr. Dres. h.c. Alberto Bercovitz, Catedrático emérito de Derecho Mercantil. Presidente de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación de Derecho Mercantil Español.

³ *Idem.*

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA *UP***

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA