

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA®**

CAMPUS GUADALAJARA

NÚMERO

07

SEMESTRE II
2016

AÑO 4



ISSN - 2395-9541

PERSPECTIVA JURÍDICA UP, año 4, número 07, semestre II, junio-diciembre 2016, publicación semestral editada por Centros Culturales de México, A.C., ubicada en Calzada Circunvalación Poniente número 49, Colonia Ciudad Granja, C.P. 45010, Zapopan, Jalisco, México, Tel. (33)13682200. Correo electrónico: mtovarh@up.edu.mx, Editor Responsable: Diego Robles Farías. Reserva de derechos al uso exclusivo número 04-2014-121714090400-102, ISSN 2395-9541, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de título y contenido número en trámite, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Diseño editorial e impresión: Editorial y Servicios Creativos, S. de R.L. de C.V., Calle San Juan de los Lagos 151, Colonia Vallarta Poniente, C.P. 44110 Guadalajara, Jalisco, México, Tel. (33)18171385. Este número terminó de imprimirse el día 30 de diciembre de 2016 con un tiraje de 300 ejemplares.

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

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

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

Fecha límite de recepción de artículos para el próximo fascículo: 31 de enero de 2017. Se resolverá sobre su aceptación el 28 de febrero de 2017.

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

Consejo Editorial

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

Comité Directivo

DR. ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ
Director de la Facultad de Derecho

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

Comité Editorial

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS
Editor General

MTRO. MANUEL TOVAR HERNÁNDEZ
Coordinador Editorial

LIC. JULIETA ARIADNA MÉNDEZ ANGULO
Coordinadora del Comité Editorial

JUAN PABLO ANDRADE ROJAS ROMINA GUARNEROS GALAZ
ALEJANDRO AVIÑA ESTRADA GIULIANA MARTÍNEZ CORONA
PAULINA BATANI MUÑOZ PALOMA MEJÍA MACEIRA
DANIEL BELTRÁN COTA JORGE ANDRÉS VILLA DELSORDO

Mensaje del director

Estimada comunidad jurídica:

Con mucho gusto presentamos a ustedes el número siete de la revista de la Facultad de Derecho, ahora dedicada al III Congreso Internacional de Derecho Mercantil que la misma organizó, y que ya ha tomado carta de naturalización, con gran éxito y participación de destacados conferencistas y especialistas, algunas de cuyas aportaciones se recogen en esta edición para delicia del foro comercial. Al mismo tiempo, se incluye la reseña del reconocimiento 2016, muy merecido, efectuado a nuestro Profesor fundador del Posgrado en Derecho, Don Héctor González Schmal, por su destacada trayectoria profesional.

Como pueden apreciar, la Facultad continúa con su labor de divulgación del talento jurídico. Enhorabuena al equipo editorial.

Dr. Isaías Rivera Rodríguez
Director de la Facultad de Derecho

Editorial

El presente número de la revista *Perspectiva Jurídica UP* está dedicado a los trabajos presentados con motivo del III Congreso Internacional de Derecho Mercantil que se llevó a cabo en el campus Guadalajara de la Universidad los días 26, 27 y 28 de octubre de 2016. El congreso ha obtenido su carta de naturalización en nuestra ciudad y ha adquirido un prestigio nacional e internacional, principalmente por la calidad de los expositores y los temas de actualidad, pero también por la excelente organización.

Debemos reconocer el trabajo de la Academia de Derecho Mercantil y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad y especialmente a sus respectivos presidentes la Dra. Soyla H. León Tovar y el Dr. Edmundo Romero Martínez quienes junto con un nutrido equipo de colaboradores y alumnos de la facultad hacen posible tan magno evento.

En esta ocasión publicamos diez de las ponencias presentadas en el congreso: la del profesor español Manuel Alba Fernández acerca de los *Límites y alcances de la terminación de los contratos de larga duración conforme a los nuevos Principios Unidroit*; la de Mario de la Madrid Andrade que trata sobre *La responsabilidad civil de los hospitales privados por la actuación de los médicos en México*, al tiempo que Gonzalo García Velazco expone *La develación de personalidad en la jurisprudencia mexicana*. Hugo González García analiza de manera profunda *El derecho de veto en la sociedad mercantil* y Soyla H. León Tovar *Las sociedades por acciones simplificadas en México*, dos temas de una gran actualidad por su reciente incorporación al derecho mexicano.

Por su parte Luis Manuel Méjan Carrer escribe acerca de *Las reestructuras empresariales y el concurso* y José Ovalle Favela sobre *La codificación mercantil y los juicios mercantiles*. Finalmente Víctor Manuel Peña Briseño estudia *La responsabilidad de los administradores en el concurso de la sociedad. La nueva responsabilidad penal por delitos cometidos por una persona jurídica*, mientras que Diego Robles Farías presenta el trabajo intitulado *El derecho contractual en la época postmoderna*. Complementamos la edición con la reseña de un evento importante para la comunidad jurídica de nuestro

Estado, la ceremonia de entrega del reconocimiento por la trayectoria profesional a Don Héctor González Schmal que le otorga el capítulo Jalisco de la Barra Mexicana Colegio de Abogados y que redacta Jorge A. Torres González.

Como se aprecia, la actividad académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, sigue viento en popa. Este número se publica también dentro del marco de las celebraciones por el treinta aniversario de la facultad.

Aprovecho también para dejar constancia del equipo editorial formado por los alumnos de los últimos semestres de la carrera que participaron en la edición de la revista y cuyos nombres aparecen al inicio. No debemos olvidar que la revista no sólo es el conducto de difusión de los trabajos de investigación de profesores y alumnos de la universidad así como de la comunidad jurídica en general, sino también un vehículo que contribuye a la educación de nuestros alumnos. Seguiremos manteniendo el esfuerzo de edición y publicación de la revista.

Zapopan, diciembre de 2016

Dr. Diego Robles Farías
Editor General

Contenido

Mensaje del director..... p. 5

Editorial..... p. 7

Estudios jurídicos

Los contratos de larga duración en la reciente revisión de los Principios sobre los Contratos Comerciales de UNIDROIT
por MANUEL ALBA FERNÁNDEZ p. 13

La responsabilidad civil de los hospitales privados por la actuación de los médicos en México
por MARIO DE LA MADRID ANDRADE p. 43

La develación de personalidad en la jurisprudencia mexicana
por GONZALO GARCÍA VELASCO p. 69

Los derechos de veto en la Sociedad Mercantil
por HUGO GONZÁLEZ GARCÍA..... p. 99

Las Sociedades por Acciones Simplificadas en México
por SOYLA H. LEÓN TOVAR..... p. 135

Las reestructuras empresariales y el concurso mercantil
por LUIS MANUEL C. MÉJAN..... p. 167

La codificación mercantil y los juicios mercantiles
por JOSÉ OVALLE FAVELA p. 187

La responsabilidad de los administradores en el concurso de la sociedad. La nueva responsabilidad penal por delitos cometidos por una persona jurídica
por VICTOR MANUEL PEÑA BRISEÑO..... p. 195

El derecho contractual en la época postmoderna
por DIEGO ROBLES FARÍAS..... p. 205

Vida en la facultad

Reseña de la ceremonia de entrega del reconocimiento a la trayectoria profesional 2016 a Don Héctor González Schmal por **JORGE A. TORRES GONZÁLEZ** p. 239

Estudios jurídicos

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
07 SEMESTRE II
2016
AÑO 4

Los contratos de larga duración en la reciente revisión de los Principios sobre los Contratos Comerciales de UNIDROIT

MANUEL ALBA FERNÁNDEZ¹

SUMARIO: I. *Derecho de los negocios internacionales y adaptación al mercado.* II. *Los contratos de larga duración en los PICC.* III. *La edición de 2016 de los PICC.* IV. *Conclusiones.*

Resumen. La que será la edición 2016 de los Principios UNIDROIT (cuya finalización está prevista para finales del indicado año) incorporará varios cambios, todos ellos definidos por el deseo de abordar las necesidades de los contratos de larga duración, y en particular los que presentan un alto contenido relacional o una cierta complejidad en las prestaciones de las partes. Los Principios parten de una concepción dinámica y contextualizada de los contratos mercantiles internacionales que sin duda los convierten en un instrumento más que apto para abordar los contratos de larga duración y los retos que plantean. Con todo, el foco en esta ocasión está puesto en las específicas necesidades de este tipo de relaciones, y se centra por ello en los aspectos del contrato que se han identificado como más relevantes y sensibles a la vista de las cualidades indicadas y sus implicaciones. La estrategia adoptada para la revisión, de este modo, además del interés que presenta, posiblemente marcará la evolución de los Principios en el futuro cercano.

Palabras clave: Principios UNIDROIT, contratos de larga duración, comercio internacional.

Abstract. *The upcoming 2016 edition of the UNIDROIT Principles (which is supposed to be finished by the end of the year) will incorporate several changes, most of them drawn from the desire to incorporate and satisfy long term contract needs, and in particular the ones that represent a complex standard of contract provisions and benefits. The Principles address a dynamic and contextualized conception of international commercial contracts,*

¹ Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid (España).

which undoubtedly makes them an ideal tool to study and regulate long-term contracts and their specific challenges. This time therefore, the aim of the Principles will be to cover the specific needs of this kind of contractual relations, and they will thus be focused in the more relevant aspects of them. The implemented strategy for the study of long-term contracts, together with the high relevance and interest they show, will most likely mark an evolution of the UNIDROIT Principles in the near future.

Keywords: UNIDROIT Principles, long-term contracts, international commerce.

I] Derecho de los negocios internacionales y adaptación al mercado

El Derecho de los negocios, y en particular el de los negocios internacionales en diferentes épocas, y en medida y manera variadas, ha mostrado una clara conciencia de la necesidad de adaptar sus normas a la realidad del mercado presente en cada momento. Si bien el proceso, o los procesos mediante los cuales esta adaptación puede llegar a tener lugar son por definición más lentos que la propia evolución práctica del mercado, la naturaleza y morfología heterogéneas del derecho de los negocios, y los diferentes cauces mediante los cuales cobran vida sus normas, siempre le han proporcionado una ventaja comparativa en este concreto sentido. Frente al acervo común de origen eminentemente consuetudinario que alcanzó mayor visibilidad en Europa durante la Alta Edad Media², la a menudo denominada *nueva Lex Mercatoria*, en el correoso debate del que ha sido objeto³, ha venido a caracterizarse como un conjunto normativo en

² Cierto es que ya en este momento dicha visibilidad se adeuda en importante medida a su formulación escrita, derivada de la actividad de los Consulados, tribunales de comerciantes al fin y al cabo (*vid* Goldschmidt, Levin; *Storia universale del diritto commerciale (Prima traduzione italiana di Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja)*; Unione Tipografico-editrice Torinese; Turín, 1913; p. 143 y ss.).

³ Debate prolongado durante años entre los que perciben la *Lex Mercatoria* como un sistema (más que como un mero conjunto de normas) integrado sobre todo por usos, costumbre y prácticas, capaz de materializarse y sobrevivir de manera autónoma y desvinculada del Derecho estatal (*vid*. Goldman, Berthold; “Arbitrage International et Droit Commun des Nations”, 3 Rev. de L’Arbitrage 115 (1956), pp. 115-116; Teubner, Gunther; “Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems”; *Am. J. Comp. L.*; 1997; Vol. 45; p. 156 y ss.), y entre los que cuestionan tales caracteres y definición, o incluso su existencia

medida significativa común a varios Estados que, si bien necesita de un mínimo reconocimiento o recepción por el Derecho de origen o genética estatal, continúa sometido a una dinámica condicionada por la evolución y las necesidades del mercado, y en buena medida ajena a las fuerzas propias de los procesos legislativos de corte político⁴.

Además de las prácticas que llegan a adquirir la consideración de usos del comercio, quizá ayudadas por su plasmación en instrumentos predispuestos de carácter contractual (tales como formularios, reglas, estándares o prácticas con algún reflejo formal), los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Mercantiles Internacionales⁵ son sin duda uno de los ejemplos con más frecuencia empleados para ilustrar las ideas recién señaladas. Los PICC son en este sentido un producto de su tiempo. Responden a una apuesta clara por la unificación del Derecho contractual en el ámbito internacional, y en particular en el ámbito de los contratos mercantiles internacionales,⁶ pero al mismo tiempo supusieron una innovación en este contexto. Son una creación de un organismo de base intergubernamental, y sin embargo, y a diferencia de otros instrumentos elaborados por UNIDROIT, su producción no obedece a la dinámica de la negociación política o diplomática y no aspiran a adquirir naturaleza de Derecho positivo por definición. Su confección responde a una estrategia de orientación única y exclusivamente técnica.⁷ Concebidos desde su

como sistema autónomo (Mustill, Michael; "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years"; *Arb. Int'l*; 1988; Vol. 4; *passim*; véanse diferentes posiciones también en de Ly, Filip; "Lex Mercatoria (the new Law Merchant): Globalisation and International Self-Regulation"; *Rules and Networks: the Legal Culture of Global Business Transactions*; Richard P. Appelbaum, William L.F. Felstiner and Volkmar Gessner (eds.); Hart Publishing; Oxford-Portland; 2001; p. 189 y ss.).

⁴ Clive M. Schmitthoff, "The Unification of the Law of International Trade", 1968 *J. Bus. L.* 105 (1968), pp. 108-110; Ralf Michaels, "The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State", 14 *Ind. J. Global Legal Stud.* 447 (2007), pp. 458, 462-464, 468; Graf-Peter Callies, "The Making of Transnational Contract Law", 14 *Ind. J. Global Legal Stud.* 469 (2007), pp. 475-476; Emmanuel Gaillard, "Transnational Law: a Legal System or a Method of Decision Making?", 17 *Arb. Int'l* 59 (2000), *passim*.

⁵ En adelante PICC (en sus siglas inglesas) o los Principios; véase la última edición en la versión oficial castellana en <http://www.unidroit.org/unidroit-principles-2010-official-languages/spanish-integral> (última visita el 5 de noviembre de 2016).

⁶ Véanse, con todo, las aclaraciones que el propio instrumento realiza sobre el sentido que dicha expresión adquiere en los PICC (Comentarios 1 y 2 al Preámbulo).

⁷ A diferencia de otros organismos igualmente creados con vocación técnica (tales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI),

inicio como un instrumento de carácter no vinculante y, en muchos de sus varios usos, de adopción voluntaria, en la actualidad su relevancia y posible aplicación se aprecia también desde otros ángulos, y en particular como normas jurídicas aplicables en la resolución de controversias sometidas a arbitraje⁸ o como un esquema a ser usado en todo o en parte como modelo o referencia en la elaboración, o en la interpretación y aplicación de leyes nacionales (domésticas o de origen internacional)⁹.

Las varias utilidades y aspiraciones de los PICC quedan reflejadas también en su variado contenido. Enunciados en su estructura básica con una lógica y redacción normativa y por artículos, están acompañados por un comentario oficial cuyo texto tiene, por un lado y principalmente, la finalidad de asistir en la interpretación de sus normas mediante explicaciones y ejemplos (en frecuentes casos extraídos de laudos o sentencias), y por otro, con carácter más ocasional, ilustrar sobre el uso que las partes pueden dar a los Principios en el marco de la negociación, redacción, conclusión, modificación y ejecución de las relaciones contractuales (o incluso sobre la prácticas que, a la luz de los problemas que los Principios abordan, pueden resultar aconsejables o recomendadas). Igualmente, y por las razones previamente ideadas, los Principios son periódicamente revisados y actualizados; son a la postre un instrumento de evolución más flexible.

II] Los contratos de larga duración en los PICC

Desde su primera edición (1994), los PICC han sido revisados dos veces, en 2004 y en 2010, y recientemente ha sido

UNIDROIT elabora buena parte de sus instrumentos en el seno de grupos de trabajo integrados por expertos, en lugar de bajo una dinámica basada en la negociación multilateral entre Estados.

⁸ En particular, y además de en los casos en que las partes en la controversia los hayan hecho aplicables [por ejemplo, incorporándolos o identificándolos como norma aplicable al contrato – *vid.*, *e.g.*, Art. 28(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1986 (con las enmiendas de 2006), así como la Nota Explicativa a la misma, en su par. 39 –disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html, última vista en noviembre de 2016], cuando, en defecto de pacto, la *lex arbitri* permita al tribunal o a los árbitros determinar las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia recurriendo a normas no necesariamente de origen Estatal (tal es el caso, por ejemplo, de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje española –Art. 34, par. 2).

⁹ Véase nuevamente el Preámbulo de los PICC (2010), así como Comentario 7 al mismo.

culminada su última revisión, misma que está previsto que sea, en principio, la edición de 2016, centrada en los finalmente denominados contratos de larga duración.¹⁰ El objetivo de este breve escrito es exponer y valorar de manera muy básica los cambios introducidos en dicha revisión. Estos contratos, tal como veremos enseguida, y como revela la expresión escogida para la nueva edición, se distinguen por prolongar sus efectos en el tiempo, ya sea por requerirlo así las prestaciones contempladas, o por acuerdo expreso o tácito de las partes; y lo cierto es que ni mucho menos son ignorados los PICC en la edición actual, e incluso en las previas.

Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que los PICC se aplican a los contratos comprendidos en su amplia concepción de contratos mercantiles internacionales con independencia de su duración, o de la mayor o menor prolongación de sus efectos en el tiempo. Como marco normativo contractual de carácter general, parte de sus normas se refieren al contrato como tal, en todos o en alguno de sus varios aspectos – negociación, conclusión o formación –incluida la realizada mediante representante–, interpretación, integración, ejecución, efectos, y extinción,¹¹ mientras que parte de las mismas se refieren en concreto a las obligaciones nacidas de un contrato contenido, cumplimiento, incumplimiento y remedios, compensación, cesión de crédito y transferencia de obligaciones, prescripción, pluralidad de deudores o de acreedores;¹² normas que en cualquier caso pueden potencialmente tener aplicación a los contratos mercantiles, o a las obligaciones resultantes de los mismos, con independencia de su duración .

Más allá de esto, y en segundo lugar, los PICC, desde su primera versión, son obviamente conscientes de los diferentes perfiles que, en función de lo antes mencionado, muestran los

¹⁰ Sin perjuicio de las referencias que haremos en páginas posteriores a su contenido, los documentos producidos por el Grupo de Trabajo sobre Contratos de Larga Duración constituido con este propósito, y los que siguieron a la labor por éste desarrollada [UNIDROIT 2013 C.D. (92) 4 (b); UNIDROIT 2014 Study L – Doc. 126; UNIDROIT 2015 Study L – Misc. 31 Rev.; UNIDROIT 2016 Study L – Misc. 32; UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3; UNIDROIT 2016 C.D. (95) 15], pueden consultarse en la web de UNIDROIT (<http://www.unidroit.org/work-in-progress-studies/current-studies/long-term-contracts> –última visita en octubre de 2016).

¹¹ Con carácter general, Capítulos 1 a 4, parte del 5, del 7 y del 9 (en particular en lo relativo a la cesión del contrato) en la edición de 2010.

¹² También con carácter general, Capítulos 6, y 8 a 11, así como parte del 5 y del 7 en la edición de 2010.

diversos tipos de contratos mercantiles existentes en la práctica y, al menos en parte, regulados en la ley. Las instancias en las que esto queda reflejado en su contenido son más bien pocas, pero los Principios claramente revelan que además de los contratos cuya duración (o la prolongación de cuyos efectos) en el tiempo no es objeto en términos generales del acuerdo entre las partes y queda determinada o delimitada por la ejecución de las prestaciones previstas,¹³ toman en cuenta también los contratos o las transacciones de larga duración (a largo plazo) o a ser ejecutados durante un cierto período de tiempo.¹⁴

III] La edición de 2016 de los PICC

A la vista de lo recién apuntado, podríamos decir que la nueva edición de los PICC dará continuidad a las tímidas reacciones previas de los Principios ante las necesidades específicas de los contratos duraderos. Sin embargo, en esta ocasión las modificaciones se centran de manera expresa en tales contratos y en los problemas que, podemos presumir, se entiende que plantean. La propia revisión parte de la conciencia del fuerte influjo que la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías ejerció en la estructura y contenido de los PICC, y el tratamiento parcial que por ello los Principios quizá pueden otorgar a algunos de los problemas identificados como propios de los contratos duraderos, la

¹³ Así por ejemplo, el comentario al artículo 6.1.2 (1994, 2004 y 2010) distingue entre las obligaciones que han de ser ejecutadas de una sola vez (“*at one time*” en la versión inglesa, “*en une seule fois*” en la francesa; “en un solo momento” en la versión castellana de 2004), y las obligaciones cuya ejecución o cumplimiento debe necesariamente prolongarse durante un período de tiempo (el artículo en particular se refiere a las primeras exclusivamente, aclarando el comentario que las mismas en algunos casos, y a pesar de su carácter unitario, pueden ser cumplidas de forma fraccionada o por etapas).

¹⁴ El ejemplo 2, Comentario 3 al Artículo 2.1.6 (modo de aceptación, y en concreto en relación a la aceptación por silencio) se refiere a un contrato “a largo plazo”; en tono similar el Comentario 1 al Artículo 2.1.14 (sobre términos dejados intencionadamente abiertos) se refiere a las “operaciones a largo plazo”. El Comentario 5 al Artículo 6.2.2, sobre *hardship*, destaca la mayor relevancia que dicha noción puede llegar a tener en los contratos “de larga duración” (véase también el ejemplo incluido en el Comentario 4); mientras que el Artículo 7.3.6 (en la edición de 1994 y la de 2004), o los Artículos 7.3.6 y 7.3.7 (en la edición de 2010), sobre obligaciones de restitución recíproca entre las partes en caso de resolución del contrato, se refieren a los contratos cuyo cumplimiento “se extendió durante algún tiempo”, o distinguen entre los contratos “a ser cumplidos en un solo momento” y los contratos de “cumplimiento prolongado”.

compraventa es al fin y al cabo uno de los contratos típicamente identificado en los propios Principios como contratos de ejecución o tracto único o puntual.¹⁵

El mero hecho de que el contrato, y la consiguiente relación entre las partes, se prolongue en el tiempo de manera mínimamente significativa entraña dificultades añadidas, para las partes en primer lugar. Así, en el momento de formar y prestar su consentimiento a un contrato que conservará su efecto vinculante en el tiempo, las partes son más vulnerables, por un lado, a las limitaciones que puedan afectarles a la hora de recolectar, seleccionar y valorar la información relevante sobre los intereses y elementos en alguna medida sujetos al contrato o dependientes de su contenido y, por otro, a los cambios sobrevenidos en las circunstancias presentes en el momento de contratar que no puedan anticiparse ni siquiera con decisiones óptimas (idealmente eficientes).¹⁶ Ello desemboca en muchas ocasiones en una característica frecuente en algunos tipos de contratos concluidos por un largo período de tiempo. Precisamente para reducir o mitigar la exposición a los señalados riesgos y el indicado mayor grado de vulnerabilidad frente a los quizá eventualmente indeseados efectos de un contrato, el acuerdo de las partes acaba viéndose afectado por un mayor grado de indeterminación. El precio que puede llegar a pagarse en estos casos, por tanto, estará condicionado por la capacidad de las partes, o la eficacia de los mecanismos contractuales en su caso previstos, para superar la incertidumbre que esto puede llegar a conllevar en la interpretación y ejecución del contrato.¹⁷

En este sentido, una ventaja de la que los Principios parten es, creemos, que debe apreciarse en su mayor sensibilidad, en

¹⁵ Vid. UNIDROIT 2014 Study L – Doc. 126, Annex I, p. v (comentarios de Paul Finn, J); UNIDROIT 2013 C.D. (92) 4 (b), pars. 1 y 2; UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex I, pp. 2-3 (modificaciones en el Comentario 2 al Preámbulo); Bonell, Michael Joachim; “International Investment Contracts and General Contract Law: a Place for the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts?”; *Unif. L. Rev.*; 2012; Vol. 17; p. 141.

¹⁶ Eisenberg, Melvin A.; “Why There Is No Law of Relational Contracts”; *Nw. U. L. Rev.*, 1999; Vol. 94; pp. 811-812, 815.

¹⁷ Vid. Macneil, Ian R.; “Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law”; *Nw. U. L. Rev.*; 1977-1978; Vol. 72, p. 865, 873; Eisenberg, “Why There Is No Law of Relational Contracts” *cit. supra* nota 15, pp. 815-816; Posner, Eric A.; “A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error”; *Nw. U. L. Rev.*; 1999-2000; Vol. 94; p. 751; véanse también los comentarios en UNIDROIT 2014 Study L – Doc. 126, par. 19, así como Annex I, p. ii (comentarios de Neil B. Cohen).

comparación con otras normas contractuales también de vocación armonizadora y con algunos derechos nacionales, a la hora de aproximar el contrato como proceso más que como un acto con su epicentro en el momento de su conclusión o formación, significativamente condicionado además por el contexto específico en el que tiene lugar.¹⁸

Con intensidad variable, las normas que integran los PICC abordan las diferentes fases de la vida de un contrato y sus posibles implicaciones, desde su negociación y conclusión, en la fase precontractual, pasando por su ejecución o cumplimiento, y a partir de este momento, su interpretación, su incumplimiento y las consecuencias del mismo, su extinción y superada la fase contractual las consecuencias o los efectos del contrato que deban prolongarse más allá de la misma en la fase postcontractual, por consiguiente. Esta concepción contextualizada y dinámica del contrato se percibe en particular, creemos, en la relevancia que pueden llegar a adquirir los actos de las partes anteriores, coetáneos y posteriores a la perfección del contrato,¹⁹ en las apelaciones que, con ánimo también interpretativo o integrador se realizan, además de a la intención de las partes, a las circunstancias concurrentes en cada transacción y al sentido común, por definición también contextualizado,²⁰ o en la atención y tratamiento prestados a las circunstancias sobrevenidas o a las condiciones del contrato que tratan de adaptar sus efectos²¹.

¹⁸ Vid. Macneil, Ian R; "Relational Contract Theory: Challenges and Queries"; *Nw. U. L. Rev.*; 1999-2000; Vol. 94; p. 881, 891; Eisenberg, "Why There Is No Law of Relational Contracts" *cit. supra* nota 15, pp. 807-808, 810 quien destaca en este sentido la dudosa adecuación de las normas tradicionales o clásicas del Derecho general sobre contratos para regular la realidad de la contratación (desde hace tiempo) existente en el mercado, definida (además de por las limitaciones previamente indicadas) por procesos de carácter dinámico.

¹⁹ Véanse Artículos 1.8 (comportamiento contradictorio), 1.9 (usos y prácticas), 2.1.9 (aceptación tardía y demora en la transmisión), 2.1.11 (aceptación modificada), 2.1.12 (confirmación por escrito), 2.1.13 (perfeccionamiento del contrato condicionado a un acuerdo específico o a una forma en particular), 2.1.15 (negociaciones de mala fe), 2.1.17 (cláusulas de integración), 2.1.18 (modificación en una forma concreta) o 3.1.3 (imposibilidad inicial).

²⁰ Véanse Artículos 4.3 (circunstancias relevantes), 4.8 (integración del contrato), 5.1.2 (obligaciones o términos implícitos), 5.1.3 (cooperación entre las partes), 5.1.6 (determinación de la calidad de la prestación) o 5.1.7 (determinación del precio).

²¹ Artículo 2.1.14 (contratos con términos intencionadamente abiertos), Artículos 6.2.1 a 6.2.3 (sobre *hardship*) o 7.1.7 (fuerza mayor); *vid. comentarios de Macneil; "Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations ..."*, *cit. supra* nota 16; pp. 854, 859, 864.

Otras dificultades añadidas, y en esa medida combinadas, que pueden plantear los contratos o las relaciones duraderas, y frente a las que las cualidades de los Principios quizá resulten útiles, derivan precisamente del específico contenido, contexto, incluidos sus presupuestos o antecedentes y finalidad del contrato, y se perciben también con claridad en muchos de los contratos tipificados en la práctica o en la ley. Así, los contratos duraderos lo son en muchas ocasiones, y entre otras cosas, por causa del componente relacional que suponen, la cooperación que requieren o su apoyo en la confianza entre las partes, así como por razón del factor estratégico al que responden.

En modo similar, su ejecución, y en esa medida su duración, se prolonga en el tiempo por causa de la entidad y la complejidad de las prestaciones que contempla. Frente al carácter altamente estandarizable que presenta buena parte del contenido de las relaciones contractuales de tracto sencillo y baja complejidad, las relaciones contractuales duraderas de contenido complejo necesitan ser, precisamente por tal motivo, personalizadas y adaptadas a los concretos deseos de las partes y a su contexto²², y, cuando además se basan en el vínculo relacional, en la cooperación o en la confianza entre las partes, son más dependientes de mecanismos sancionatorios focalizados en este elemento, en comparación con otras relaciones contractuales.²³

Los cambios que integrarán la edición de 2016 de un modo u otro se detienen puntualmente en varios de estos aspectos para tratar de mejorar las prestaciones de los Principios respecto de los contratos duraderos. Para ello, y como muestra de su mayor ambición en este sentido, los Principios contarán con una definición de *contrato de larga duración*, conforme a la cual por tal cosa debe entenderse el *contrato a ser ejecutado durante un período de*

²² Eisenberg, “Why There Is No Law of Relational Contracts” *cit. supra* nota 15, pp. 812. Esta idea general, con todo, probablemente debería matizarse en muchos casos para las relaciones de agencia, distribución o franquicia, en las que, por causa de la estrategia que tales contratos implementan, la intención y política del principal, del concedente o proveedor, y del franquiciador será precisamente estandarizar los contratos a ser celebrados con el agente, el distribuidor y el franquiciado.

²³ En este sentido, Baker, Scott y Choi, Albert; “Contract’s Role in Relational Contracts”; *Va. L. Rev.*, 2015; Vol. 101; pp. 562, 571 quienes diferencian entre las sanciones de carácter relacional o “informal” amparadas por el contrato para determinados incumplimientos (*e.g.*, el derecho de una parte a suspender la exclusividad en una relación de distribución cuando el distribuidor no alcanza los objetivos mínimos acordados) y las sanciones de carácter puramente “formal” o “legal” (*e.g.*, las típicamente perfiladas en el Derecho general de contratos, tales como la compensación de daños).

tiempo y que normalmente conlleva, en medida variable, complejidad en la transacción y una relación continuada entre las partes.²⁴

Los objetivos a los que responde la introducción de esta definición pretenden ser más discretos de lo que a primera vista puede parecer. La definición, en primer lugar, no pretende crear una categoría separada de contratos para dotarla con carácter general de un régimen especial,²⁵ al contrario, los términos de la revisión y el debate del que la misma fue objeto la descubren como una definición, además de amplia, con ánimo descriptivo, más que taxativo y regulatorio.²⁶ Su misión es también, por tanto, sistemática y ordenadora. Eliminando con ello la dispersión terminológica que las ediciones previas (incluida la actual) que los PICC muestran para referirse a estos contratos, determinadas normas y comentarios pasarán a referirse a los contratos de larga duración, en uso de la expresión definida, en el caso de las pocas normas que siguen esta línea, eso sí, para reservar con ello su aplicación a tales contratos. Con todo, para determinar el concreto ámbito de aplicación material (o la utilidad) de los mismos, en algunos casos, y tal como trataremos de ilustrar posteriormente, la mera definición puede que no sea suficiente y será posiblemente necesario atender a su tenor concreto y los elementos específicos adicionales que puedan ser necesarios.

La definición introducida como puede verse, se basa en la duración del contrato, *rectius*, y en términos generales, el tiempo durante el cual el contrato debe ser cumplido o ejecutado, como único criterio necesario o esencial, incluyendo otros factores con carácter meramente incidental,²⁷ y lo hace además con un cierto grado de indeterminación. Ello obliga a realizar un pequeño esfuerzo interpretativo que, sin embargo, ha de estar

²⁴ T.p. del original inglés [“«long-term contract» refers to a contract which is to be performed over a period of time and which normally involves, to a varying degree, complexity of the transaction and an ongoing relationship between the parties” –Artículo 1.11 en UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 1, p. 3; a la fecha de finalización del presente escrito no se había hecho pública la versión castellana de las modificaciones aprobadas].

²⁵ Véanse los comentarios sobre esta opción respecto de los contratos relacionales en Eisenberg, “Why There Is No Law of Relational Contracts” *cit. supra* nota 15, pp. 813 y ss.; *vid.* igualmente las opciones inicialmente identificadas en este concreto aspecto en UNIDROIT 2013 C.D. (92) 4 (b), par. 15; UNIDROIT 2014 Study L – Doc. 126, Annex I, p. vi (comentarios de Paul Finn, J).

²⁶ UNIDROIT 2016 C.D. (95) 15, par. 27 (y comentarios en pars. 38 a 63).

²⁷ Véase el nuevo Comentario 3 al Artículo 1.11 [UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 1, pp.3-4]. *Vid.* igualmente, UNIDROIT 2016 Study L – Misc. 32, par. 8.

necesariamente contextualizado y dependerá no sólo de la norma concreta o comentario a aplicar, en la dinámica recién descrita, sino de las circunstancias concurrentes en cada caso. La aplicación, o incluso la interpretación o las consecuencias de algunas de dichas normas y comentarios estarán condicionados por la entidad del período de tiempo contemplado, es decir, la entidad de dicho período deberá ser suficiente como para justificar una u otra solución. Dentro de dicha indeterminación, con todo, la nueva norma parece sugerir dos cosas. En primer lugar, la duración relevante parece ser la prevista y acordada entre las partes de manera expresa o tácita.²⁸

En segundo término, en el tenor de la definición, a la vista también de lo recién destacado, caben tanto los contratos concluidos como contratos de duración, es decir, por un período de tiempo, ya sea determinado o indefinido²⁹— que normalmente preverán prestaciones de manera continuada y recurrente, como aquellos contratos que, por razón de su contenido, para su normal cumplimiento, y a pesar de no haber sido concluidos como contratos de duración, han de prolongar su vigencia y efectos durante un cierto período de tiempo. Los ejemplos barajados durante la elaboración y discusión de la revisión incluyen casos de uno y otro perfil.³⁰ Los elementos incidentales de la definición, es

²⁸ Esto es lo que nos parece que sugiere en concreto le referencia que la definición realiza al “contrato *a ser ejecutado*” (la cursiva es nuestra –en el inglés, “*to be performed*”). Esta sería la solución más lógica, en concreto y por ejemplo, para evitar que un contrato caiga dentro de los límites de esta amplia definición por el mero hecho de retrasarse o prolongarse en el tiempo su ejecución en contravención al acuerdo de las partes.

²⁹ Incluidos en este último caso los expresamente concluidos por un tiempo indefinido, los tácitamente concluidos como tales a la vista de la voluntad intención de las partes expresada en el contrato, o los transformados en indefinidos por voluntad expresa o tácita de las partes, conservando quizá todas o parte de sus condiciones, a pesar de haber sido concluidos por un período determinado originariamente.

³⁰ Así, en el primero (contratos de duración) entrarían los contratos de colaboración o cooperación para la distribución de bienes o servicios (contratos de agencia, distribución, franquicia, licencia de un método comercial o know-how, tecnología, licencia de derechos de propiedad sobre otros intangibles), contratos de arrendamiento, contratos de servicios (tales como fletamentos por tiempo), contratos de *joint venture*, los denominados contratos de *outsourcing* (en castellano, de “externalización”, término que, si bien expresa parte de la finalidad de estos contratos, resulta insuficientemente indicativo de su contenido – dependiente en última instancia de dicha finalidad: *e.g.*, contratos de logística o de servicios logísticos, los denominados *DBO –Design, Build and Operate– agreements*), algunos contratos de inversión para la construcción y explotación de infraestructuras, concluidos como contratos de duración (*e.g.*, los *PSA –production share agreements*), o los contratos de suministro. En el segundo de los perfiles entrarían en muchos casos los contratos de

decir, la presencia de una relación continuada entre las partes, que por tanto no se agote en el puro intercambio,³¹ o la complejidad en la o las prestaciones contempladas en el contrato que, de nuevo con carácter descriptivo u orientativo, la definición aclara que *normalmente* están presentes en los contratos de larga duración, tal como veremos, pueden adquirir más utilidad en el seno de las normas o los comentarios previstos para este tipo de contratos, o en general en la interpretación o la aplicación de los Principios de manera adaptada.

1. *Cambios en relación con la negociación, la interpretación, la integración y la modificación del contrato*

Atendiendo a la fase del contrato a la cual se refieren de manera más directa las normas afectadas, un primer grupo de las cuestiones específicamente identificadas como relevantes en el seno de los contratos a largo plazo se refieren a la negociación o los tratos preliminares previos a la conclusión del contrato, a su interpretación, a la integración de su contenido y a la modificación de sus términos o condiciones.

Las normas relativas a los tratos preliminares o la negociación del contrato en general, y la atención y relevancia otorgada a los actos de las partes durante dicha fase, son precisamente uno de los rasgos, si bien no exclusivos, si distintivos de los PICC y de su aproximación dinámica al contrato.³² Los Principios muestran una clara conciencia de que tales actos, y las normas que de un modo u otro los abordan, adquieren mayor relevancia cuanto más sofisticada, comercialmente sensible, compleja y prolongada son la relación y la transacción

construcción (con más dudas los contratos de “llave en mano”, en los que el cumplimiento se reconduce al acto de entrega –de la llave), los contratos de inversión o concesión para la construcción de infraestructuras, o los contratos de cooperación industrial (e.g. para el desarrollo de tecnología).

³¹ Eisenberg, “Why There Is No Law of Relational Contracts” *cit. supra* nota 15, p. 816 (quien de todos modos manifiesta dudas sobre la utilidad real de este criterio diferenciador). El componente relacional normalmente queda reflejado en la cooperación mutua que el cumplimiento del contrato y la cobertura de sus fines necesariamente requieren, y frecuentemente estará asociado a la base fiduciaria (al elemento de la confianza y lealtad entre las partes) presente en el contrato y la relación (*vid.* Bonell, “International Investment Contracts...”, *cit. supra* nota 14, p. 159; UNIDROIT 2013 C.D. (92) 4 (b), par. 13; UNIDROIT 2014 Study L – Doc. 126, pars. 6-7).

³² Art. 2:301 de los Principios de Derecho Contractual Europeo, Art. 3:301 del Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo.

contempladas por las partes, y por ello también en el marco de los contratos a largo plazo.³³

La norma que en concreto ha sido abordada por los cambios de la próxima edición se refiere a la comúnmente denominada responsabilidad pre-contractual, en este caso por negociar de mala fe (Artículo 2.1.15, titulado *negociaciones de mala fe*). Esta norma, que en su tenor no ha sido alterada, plantea, a pesar de no ser extensa ni detallada en exceso, algunos retos. Su redacción de inicio establece la libertad de las partes para negociar el contenido del contrato y concluirlo, no generándose responsabilidad alguna para ellas por el mero hecho de no alcanzar un acuerdo (apartado 1).³⁴ En el escenario marcado por esta escrupulosa aclaración, y como aplicación adaptada del principio general de buena fe que inspira todo el contenido de los PICC, el propósito concreto de este artículo es regular la responsabilidad por los perjuicios causados por la negociación o la ruptura de la misma realizada de mala fe (apartados 2 y 3). Aunque no lo indica de manera expresa, y si bien no puede excluirse la aplicación de esta norma aun cuando el contrato sea finalmente perfeccionado, el artículo parece estar pensado para, y tiene más clara aplicación en, los casos en los que las partes no llegan finalmente a un acuerdo, y por tanto los daños a los que se refiere son los derivados de la frustración de la finalidad de la negociación y los actos que la integran.³⁵

³³ UNIDROIT 2013 C.D. (92) 4 (b), par, 7.

³⁴ Esta afirmación inicial se achaca al deseo de conciliar las diferentes aproximaciones de los sistemas de tradición civilista y los sistemas asentados en el Derecho común al principio de buena fe en el particular contexto de la negociación de un contrato [y específicamente a la tradicional reticencia del Derecho común a apreciar la existencia de un deber de negociar de buena fe durante los tratos preliminares; Bonell, Michael Joachim; *An international restatement of contract law. The UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts*; Tercera Ed.; Transnational Publishers Inc.; Ardley; 2005; pp. 186-187; Kleinheisterkamp, Jan; "Article 2.1.15", en *Commentary on the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts*, Stefan Vogenauer y Jan Kleinheisterkamp (eds.); Oxford University Press; Oxford; 2010 (en adelante, *Commentary on the UNIDROIT Principles*), p. 299]. Esta preocupación en los PICC queda patente también en la comparación entre este artículo y las normas citadas *supra* nota 31 (que se refieren a la responsabilidad por la negociación contraria a la buena fe).

³⁵ Así, las normas sobre responsabilidad por los daños de la parte que conoció o debió haber conocido la causa de anulación en los casos de error, dolo, intimidación o excesiva onerosidad (Artículo 3.2.16), que presuponen en principio la conclusión del contrato, pueden tener aplicación preferente dado su carácter especial (Kleinheisterkamp, "Article 2.1.15", *cit. supra* nota 33, pp. 301-302, quien mantiene que incluso de no haberse llegado a concluir el contrato en estos supuestos ha de darse preferencia a la aplicación analógica de la

Los varios retos a los que nos referíamos hace sólo un momento incluyen desde luego la determinación de los actos que deben considerarse negociación a estos a efectos,³⁶ igualmente la clase de conducta constitutiva de mala fe, los daños cuya compensación puede reclamarse en aplicación de la norma y otras posibles consecuencias del incumplimiento del deber de no negociar de mala fe. Sobre estos últimos elementos los principios proporcionan algunas indicaciones. Así, el último apartado de este artículo señala, sin ánimo taxativo, que se considerará mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.³⁷ Igualmente, los Comentarios a esta norma clarifican que su intención es proporcionar la base en estos casos para la reclamación del daño sufrido, en el que en esta vertiente, en protección del denominado *reliance interest*, incluyen el daño emergente –e.g., gastos o desembolsos realizados por la parte perjudicada en la confianza objetivamente razonable en las intenciones expresadas por la otra parte– y el coste de oportunidad –e.g., posibles ventajas perdidas por renunciar a posibilidades alternativas, nuevamente en la confianza objetivamente razonable depositada en las intenciones expresadas por la otra parte, si bien no otras pérdidas económicas

norma indicada; véase igualmente el Artículo 3.2.4, que da a su vez preferencia a los remedios contractuales cuando la causa del error, en el marco del contenido del contrato, pueda ser tratada también como incumplimiento).

³⁶ Véase sobre este punto Perales Viscasillas, Pilar; “Artículo 2.1.15”, en *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*; Segunda ed.; David Morán Bovio (coord.); Thomson Aranzadi; Cizur Menor; 2003 (en adelante *Comentario a los Principios de Unidroit*), p. 150.

³⁷ La referencia al elemento intencional en este apartado facilita la interpretación de la norma (con independencia de la dificultad probatoria que pueda conllevar). La caracterización de la ruptura de las negociaciones como conducta de mala fe en otros casos puede resultar algo más escurridiza. Sin embargo, los principios sugieren que, si bien ha de ser injustificada a la luz de las circunstancias, la ruptura de mala fe no requiere la prueba de la intencionalidad y premeditación que el apartado 3 refleja, pudiendo apreciarse sobre la base de las expectativas razonablemente generadas en la parte agraviada (sin perjuicio de la necesidad de otros factores necesarios para la responsabilidad, tales como la efectiva confianza de la parte agraviada en los actos de la otra parte y la producción de un daño; *vid.* Comentario 3 al Artículo 2.1.15, edición 2010; véase también, con todo, Kleinheisterkamp, “Article 2.1.15”, *cit. supra* nota 33, pp. 302, 305-306, quien señala que la mera negligencia no debería ser suficiente para apreciar mala fe en estos casos como fuente de responsabilidad, siendo necesario que la ruptura de la negociación sea “manifiestamente deshonesto y vejatorio”, a la vista de que una estrategia común y legítima de las partes, como instrumento de presión, es la ruptura de los tratos).

causadas por la conducta de mala fe, *expectation interest*, asimilable en este contexto al beneficio esperado en el contrato finalmente no celebrado.³⁸

Los cambios introducidos en esta cuestión se limitan a los comentarios que los Principios incluyen para esta regla,³⁹ que, por un lado, abundan en las consecuencias del acuerdo que las partes puedan alcanzar para negociar de buena fe, y, por otro, sugieren la conveniencia de que, en tal caso, y concretamente en la negociación, o re-negociación, de contratos a largo plazo, el acuerdo defina de manera específica en qué consiste el señalado deber. Los pactos con este propósito son relativamente frecuentes, adquieren diferentes formas y denominaciones en función de su finalidad concreta (cartas de intenciones, memorandos de entendimiento), y, si bien se ven fuertemente condicionados en su efecto material por su grado de indeterminación, pueden suponer una importante ayuda para clarificar cuáles son los deberes de las partes en esta fase, y cuándo tiene lugar su incumplimiento, así, e.g., cuando protocolicen la negociación estableciendo deberes específicos en términos de tiempos o agenda, información, documentación, etc., o cuando fijen condiciones o hitos para la continuidad o la interrupción de una negociación.⁴⁰

En relación con la primera de las cuestiones indicadas, las modificaciones reiteran y profundizan en una de las afirmaciones que ya contiene la edición de 2010 en esta sede, y que, de manera particularmente controvertida, sugiere que cuando las partes han acordado expresamente un deber de negociar de buena fe, el incumplimiento del mismo, que en este contexto parece que como mínimo incluye los supuestos de negociación de mala fe previstos en el Artículo 2.1.15, permitirá el ejercicio de todos los remedios asociados en los Principios al incumplimiento de obligaciones contractuales, incluida la reclamación del cumplimiento específico o *ejecución forzosa* según la versión castellana.⁴¹ El que será el

³⁸ Comentario 2, Artículo 2.1.15 PICC edición de 2010.

³⁹ UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 3.

⁴⁰ Al margen de ello, este tipo de acuerdos (en especial las cartas o declaraciones de intenciones) tienen en muchos casos el propósito concreto de establecer de forma expresa el derecho de las partes a interrumpir la negociación en cualquier momento y sin necesidad de causa justificada, y así la exoneración de responsabilidad por los daños posiblemente resultantes para la parte que interrumpa (exoneración que en el marco de los PICC, sin perjuicio del carácter imperativo del principio de buena fe, parece que cabría para los casos que no supongan dolo o ánimo de fraude – *vid.* comentarios de Kleinheisterkamp, “Article 2.1.15”, *cit. supra* nota 33, pp. 300-301).

⁴¹ *Vid.* Comentario 2, así como el Ejemplo 4 al mismo.

nuevo Comentario clarifica que un acuerdo “específicamente” concluido entre las partes estableciendo un deber de negociar de buena fe crea para ellas, “como mínimo”, un deber de negociar “seriamente con la intención de llegar a un acuerdo”, si bien no la obligación de alcanzarlo.⁴² Igualmente, el texto añadido señala que el incumplimiento de tal deber supondrá para la parte agraviada la posibilidad de ejercitar todos los derechos asociados al incumplimiento de una obligación contractual, tales como el cumplimiento específico o cualesquiera otros que se basen también en el beneficio esperado, *expectation interest*, en la versión inglesa. Si ya desde un punto de vista teórico la reclamación del cumplimiento específico plantea algunas dudas en el marco de los propios PICC⁴³, desde un punto de vista lógico y práctico se nos antoja difícil de entender cómo puede imponerse una obligación de cumplimiento específico de un deber que, además de no poder ser cumplido por un tercero a costa del obligado, depende de manera esencial e inevitable del elemento intencional y de la razonable voluntad del obligado de consensuar el contenido del contrato.

Los términos intencionadamente abiertos y los denominados *términos evolutivos* del contrato, es decir, los términos y condiciones que en alguna medida y de diferente forma pueden variar a lo largo del ciclo contractual, se hallan también entre los aspectos particularmente relevantes en los contratos a largo plazo. Las normas que pueden resultar de aplicación en dichas materias proporcionan también un ejemplo enormemente ilustrativo de la concepción del contrato, tan visible en los PICC, como producto de su contexto específico, no sólo en el momento de su conclusión, sino igualmente durante su vida. Nuevamente bajo el especial grado de exposición que presentan los contratos a

⁴² En relación con esto, la nueva edición añade también un Comentario 3 al Artículo 5.1.4 (“obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos”) que, en referencia expresa a los contratos a largo plazo, aclara que cuando las partes se comprometen a emplear sus mejores esfuerzos para resolver de forma consensuada las cuestiones o los conflictos que puedan surgir en relación con el contrato, dicho deber “puede equipararse, a todos los efectos prácticos, a un deber de negociar de buena fe”.

⁴³ Aunque no parece que haya obstáculos para admitir una renuncia a la libertad de negociar, en la medida en que un deber de negociar de buena fe voluntariamente asumido suponga tal renuncia, el cumplimiento específico tal como aparece regulado en los PICC entre los remedios por incumplimiento resulta muy dudosamente aplicable en este caso (véase Artículo 7.2.2, let. d PICC edición de 2010; Kleinheisterkamp, “Article 2.1.15”, *cit. supra* nota 33, p 305; véase igualmente la discusión en UNIDROIT 2015 Study L – Misc. 31 Rev., par. 39).

largo plazo a ambos fenómenos, especialmente cuando la complejidad de las prestaciones que contemplan o el carácter recurrente de las mismas generan la necesidad de adaptarlas en función de las circunstancias posiblemente cambiantes, las modificaciones introducidas para la nueva edición de los Principios alteran puntualmente el tenor de alguno de los artículos, pero se centran en destacar, a través de comentarios y ejemplos, la utilidad que algunas de las herramientas que proporcionan los PICC pueden llegar a tener en este escenario.

Así puede apreciarse, por ejemplo y en primer lugar, respecto de los denominados términos evolutivos, expresión no empleada en los PICC, y en las normas sobre la interpretación del contrato o de las declaraciones y otros actos de las partes, formuladas en los Artículos 4.1, 4.2 y 4.3. Claramente influidas en algunos puntos por la Convención de Viena, este conjunto otorga primacía a la intención de las partes como criterio interpretativo principal, recurriendo de manera subsidiaria al criterio en la interpretación objetivamente razonable del contrato o de dichos actos. Los nuevos comentarios y ejemplos que acompañan la última de las normas citadas reparan en el peso que necesariamente han de tener en los contratos a largo plazo, por las razones antedichas, los actos de las partes posteriores a la conclusión del contrato, y durante su ejecución –Artículo 4.3, en dos puntos: en la interpretación del contrato y en la determinación de la posible voluntad y acuerdo de las partes para modificar su contenido, cuestiones que deben ser claramente diferenciadas, a pesar de que en algunas situaciones esta tarea podrá no ser fácil.⁴⁴

Tanto en un aspecto como en otro, los nuevos comentarios introducen una referencia a la posible conveniencia de evitar la incertidumbre que la naturaleza o tendencia en este sentido evolutiva del contrato puede generar a través de las cláusulas que de forma específica prevén la monitorización de su ejecución, a los efectos, por ejemplo, de confirmar si el cumplimiento realizado, o en curso de realización, por una de las partes puede ser considerado conforme con el contrato o, alternativamente, las medidas adicionales a emprender para ello, o incluso la posibilidad de adaptar su contenido previa modificación, si ello resulta

⁴⁴ *Vid.* en este punto los dos párrafos iniciales del nuevo Comentario 3 al Artículo 4.3. Un caso en el que en este sentido se enfatiza la diferencia entre la interpretación de los actos de las partes como suficientemente expresivos de la voluntad de modificar el contrato vigente entre ellas, y la interpretación de tales actos como elemento para interpretar el nuevo acuerdo así perfeccionado (*i.e.*, su contenido) puede verse en *GEC Marconi Systems Pty Limited v BHP Information Technology Pty Limited* [2003] FCA 50, pars. 179, 217-220, 226, 227, 231.

necesario las denominadas *cláusulas de representantes*, usualmente con una carga protocolaria y formal incrementada cuando incluyen esta última finalidad.⁴⁵

Los términos intencionadamente abiertos, es decir, las cuestiones relativas a las obligaciones de las partes bajo el contrato que éstas abordan en sus acuerdos, para posponer sin embargo toda o parte de su determinación a un momento posterior a la conclusión del contrato conforme a un cierto mecanismo o procedimiento, cuentan ya en ediciones previas de los PICC con normas específicas que gozan de un apreciable nivel de definición (Artículo 2.1.14). La frecuencia y la relevancia de esta clase de pactos suele ser mayor, por las razones ya dichas, en los contratos a largo plazo, y la redacción actual de los Principios expresamente lo pone de manifiesto. Los cambios realizados en torno a este fenómeno tienen dos propósitos destacados, aunque bastante específicos. Por un lado, la letra del artículo recién indicado será ligeramente alterada, para alinear su redacción con la de otra norma que se refiere también a los términos abiertos del contrato, pero únicamente los relativos al precio, Artículo 5.1.7, pars. (2) a (4). Por otro lado, y con finalidad interpretativa (de los Principios) y de carácter sistemático, los comentarios al Artículo 2.1.14 han sido modificados para clarificar su relación con otros artículos, en concreto en el marco de los contratos a largo plazo.

El marco aplicable a los términos intencionadamente abiertos parte de la identificación de los problemas que su inicial indeterminación puede generar para la existencia del contrato, y que su posible eventual falta de determinación puede suponer para la supervivencia de éste. Los PICC son claros al afirmar que el mero hecho de que intencionadamente se dejen términos o condiciones abiertas en el contrato no impide por sí solo la válida conclusión del

⁴⁵ De manera especialmente ilustrativa, el último párrafo del nuevo Comentario 3 al Artículo 4.3 señala que “obviamente, cuanto más precisas sean las partes a la hora de regular el procedimiento para introducir ajustes en el contrato, menos relevante será cualquier conducta informal de las partes para la interpretación del contrato” (t.p. del original inglés). En este contexto también, los Comentarios al Artículo 4.3 se refieren al efecto que pueden tener las cláusulas de “fusión” o “integración del contrato” (ya en la presente edición) y a las cláusulas sobre los requisitos de forma necesarios para la modificación del contrato, para recordar simplemente los efectos y las limitaciones que les son propios bajo el esquema de los PICC (respectivamente Artículos 2.1.17, que para las primeras expresamente señala que no llegarán a privar a los actos de las partes previos al contrato de su relevancia para interpretar su contenido, y 2.1.18, que se refiere al Artículo 1.8 –actos o conducta contradictoria- como posible límite al efecto de las cláusulas de modificación escrita del contrato).

mismo cuando esta sea la intención de las partes.⁴⁶ Igualmente, el hecho de que el término afectado no pueda posteriormente ser determinado, por no ser eficaz el mecanismo en este sentido previsto⁴⁷, no supone la extinción del contrato si dicho término puede ser determinado recurriendo a un mecanismo alternativo cuya aplicación resulte razonable a la vista de las circunstancias y la intención de las partes.⁴⁸ Un mecanismo alternativo puede ser de hecho proporcionado por los propios PICC en las normas que contienen para la integración del contrato en los aspectos

⁴⁶ Intención que conforme a los comentarios a esta norma puede resultar de varias circunstancias, incluido naturalmente el tenor del contrato, pero también el carácter no esencial del término, la ejecución parcial del contrato o el hecho de que por su naturaleza u otros caracteres no sea posible determinar en mayor medida su contenido (véase el Comentario 2, Artículo 2.1.4 PICC 2010).

⁴⁷ Los mecanismos expresamente contemplados por el Artículo 2.1.14, que en los PICC 2010 incluyen la posterior negociación entre las partes y la determinación por un tercero, pasarán a referirse también (en línea con el Artículo 5.1.7, aun siendo el propósito de estos artículos diferente) a la determinación unilateral por una de las partes (UNIDROIT 2015 Study L – Misc. 31 Rev., pars. 14, 21, 26). La determinación por una de las partes o por un tercero se regula como mecanismo para la especificación de ciertas obligaciones en algunos contratos, tales como en contratos de servicios (por las implicaciones técnicas que el cumplimiento tiene), o en contratos de servicios o de obra en los que, por ejemplo, una remuneración o un precio dependen del coste de determinadas materias, bienes o servicios cuyo importe no se puede anticipar y se calcula una vez recibidos (*vid.* Macneil; “Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations...”; p. 869). Un problema que puede plantearse en estos casos es que la determinación realizada por una de las partes, o por el tercero designado para ello, sea inapropiada o irrazonable, o sencillamente se aparte de los cánones o parámetros en su caso indicados en el contrato. En tales supuestos las partes podrán atacar el resultado de la determinación por las razones en cada caso concurrentes, si bien este aspecto es únicamente abordado por el Artículo 5.1.7 (cuyo par. 2 prevé que deberá determinarse un precio razonable si el especificado por una de las partes es “manifestamente irrazonable” –véase también el párrafo añadido al Comentario 3 a este artículo, relativo a la determinación por un tercero, UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 2), y no en el Artículo 2.1.14, que se refiere única y precisamente a supuestos en los que el término afectado no llega a ser determinado y las posibles consecuencias de esta circunstancia (UNIDROIT 2014 Study L – Doc. 126, pars. 11 a 15).

⁴⁸ Lo que sea un medio alternativo razonable ha de determinarse a la luz de las circunstancias, incluida su viabilidad y eficacia, así como la voluntad de las partes y el grado en que puede determinarse su intención de mantener el contrato a pesar de la señalada eventualidad. En algunos casos, y dependiendo del impedimento para la determinación, podrá recurrirse a la adaptación del mecanismo previsto en el contrato [véanse, *e.g.*, el último párrafo del Comentario 3, Artículo 2.1.14 PICC con los cambios realizados para la edición 2016, UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 2, p. 3, o el Ejemplos que acompaña al Comentario 4, Artículo 5.1.7 PICC 2010].

relevantes para su normal ejecución o cumplimiento que, sin embargo, las partes no hayan acordado, es decir, las cuestiones omitidas bien por falta de acuerdo o de voluntad –a pesar de haber sido previstas–, bien por falta de conciencia.⁴⁹ Tales normas pueden referirse a términos concretos de la obligación afectada (incluidos, además del precio, la moneda, el momento o el lugar de pago o cumplimiento, la parte obligada o la calidad de la prestación⁵⁰) o estar formuladas en tono genérico y ser por tanto de aplicación general, tal como sucede con los Artículos 4.8, *integración del contrato* o 5.1.2, *obligaciones implícitas*.⁵¹

Una preocupación que los cambios para la edición 2016 de los principios abordan, a través de los comentarios cruzados entre estas disposiciones, se refiere a la probable poca utilidad que los criterios de integración específicos pueden llegar a tener, en concreto cuando se basan en alguna medida en las circunstancias concurrentes en el momento de la conclusión del contrato. El carácter, nuevamente, contextualizado del contrato como proceso requerirá en muchos casos, precisamente con la finalidad de determinar las obligaciones o los derechos de las partes de forma adecuada o razonable, atender a las circunstancias concurrentes en el momento relevante (quizá en el momento de realizar la determinación o en el momento de cumplimiento, y no el de la conclusión del contrato).⁵²

Finalmente, en relación con este primer conjunto de materias, entre las cuestiones identificadas como especialmente relevantes en los contratos de larga duración se halla también el deber de cooperación mutua que los PICC recogen en su Artículo 5.1.3. Se trata este de un artículo que, con carácter general y por defecto (como las normas que los Principios recogen), potencialmente aplica en todos los contratos, pero que puede tener una presencia y peso más intensos en determinados contratos, por su duración y por el nivel de sofisticación de las

⁴⁹ Perales Viscasillas, Pilar; “Artículo 2.1.14”, *Comentario a los Principios de Unidroit*; p. 148.

⁵⁰ Respectivamente, Artículos 6.1.10, Artículos 6.1.1, 6.1.4 y 6.1.6, Artículos 6.1.14 y 6.1.15, y Artículo 5.1.6.

⁵¹ Con la frecuentemente destacada redundancia que se aprecia entre ambas normas (Bonell, *An international restatement of contract law*, cit. supra nota 33, p. 145; Vogenauer, Stefan; “Article 4.8”; *Commentary on the UNIDROIT Principles*; pp. 536-538; *Id.*; “Article 5.1.2”, *Commentary on the UNIDROIT Principles*; p. 541; Pulido Begines, Juan Luis; “Artículo 5.1.12”; *Comentario a los Principios de Unidroit*; pp. 257-258).

⁵² *Vid.* en este sentido el Comentario 4 (con Ejemplos) añadido al Art. 2.1.14 [UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 2, p. 3], y modificaciones a los Comentarios 1, 2 y 3, Artículo 4.8 (*Ibid.*, p. 5).

obligaciones de las partes.⁵³ La clarificación de las exactas implicaciones de este deber, por tanto, resulta beneficiosa sobre todo para dichas transacciones, y ese es el propósito concreto de los cambios atinentes a esta materia, localizados en particular en los comentarios al artículo indicado, y los varios ejemplos añadidos. La mayor dificultad que ha venido implicando la aplicación de esta norma se refiere a la efectiva existencia y la determinación del contenido y límites de este deber. El deber de cooperación se vincula en los Principios naturalmente con las necesidades derivadas del normal cumplimiento y buen fin del contrato, pero, sin llegar a poder apreciarse como un deber general de carácter funcionalmente autónomo, se identifica con el deber de cada parte, en su condición de acreedora, de cooperar en el cumplimiento de la otra, por consiguiente existente en la medida en que sea necesario para ello.⁵⁴ Su contenido vendrá así dictado por las necesidades marcadas por las circunstancias, pudiendo exigir la omisión de cualquier acto obstructivo, una conducta activa para la facilitar o posibilitar el cumplimiento de la otra parte o de otro modo el fin del contrato.⁵⁵ En cualquier caso, una de las preocupaciones de los nuevos comentarios en este punto es tratar de determinar con claridad los límites de este deber cuando existe.⁵⁶

⁵³ UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 6, p. 3, nuevo Comentario 2.

⁵⁴ Pulido Begines, Juan Luis; "Artículo 5.3"; *Comentario a los Principios de Unidroit*; p. 260. Los ejemplos empleados en los Comentarios sugieren igualmente que este deber existe cuando los fines del contrato, más allá de las concretas obligaciones de cada parte, dependen necesariamente de la cooperación y la conducta conjunta de ambas, idea que se sitúa quizá en los límites entre esta norma y las relativas a la integración del contrato (Artículo 4.8) o las obligaciones implícitas (Artículo 5.1.2). Véanse en este sentido las observaciones vertidas en el laudo de la CCI núm. 10346 (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=700>, última visita en octubre de 2016).

⁵⁵ Véase igualmente Artículo 7.1.2 (Interferencia de la otra parte), que impide a las partes ampararse en el incumplimiento de la otra en la medida en que el mismo haya sido causado por la acción u omisión de la primera (o por otro evento cuyo riesgo le corresponda). Estas ideas pueden equipararse a un principio presente igualmente en otros artículos de los PICC, y que impide al acreedor rechazar el cumplimiento de la otra parte cuando, aun no ajustándose el mismo a los términos del contrato, no tenga razones legítimas para hacerlo (Artículos 6.1.3, 6.1.5 y 7.1.4).

⁵⁶ Con una visible intención de superar las dificultades interpretativas que esto plantea, los nuevos comentarios a este artículo (profundizando en las ideas que los actuales ya sugieren) dejan claro que "el deber de cooperación debe mantenerse por supuesto dentro de ciertos límites, *i.e.*, únicamente existe en la medida en que la cooperación pueda ser razonablemente esperada para posibilitar a la otra parte cumplir, sin alterar la distribución de deberes en el contrato" (UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 6, nuevo Comentario 1).

2. Circunstancias sobrevenidas, resolución del contrato y consecuencias de su extinción

Un segundo bloque de aspectos abordados por la revisión de los PICC para la edición del 2016, con la vista puesta en los contratos de larga duración, se refiere a las circunstancias sobrevenidas, a la resolución del contrato en determinados casos y algunas de las consecuencias que su extinción ha de tener.

La especial vulnerabilidad de los contratos de larga duración, y del equilibrio alcanzado y diseñado por las partes, en muchas ocasiones de manera cuidadosa, a los cambios en su contexto se aborda, tanto en las normas jurídicas como en los contratos, tratando de clarificar la posible relevancia y el efecto que las circunstancias sobrevenidas pueden tener sobre los derechos y obligaciones de las partes, y en dicha medida, sobre la eficacia vinculante del contrato. Las dos figuras que de manera paradigmática ilustran esta mecánica en los Principios son la fuerza mayor, equivalente funcional de varias figuras preexistentes en los derechos nacionales (7.1.7),⁵⁷ y la excesiva onerosidad (*hardship*), también con algunos antecedentes en figuras de origen doméstico, pero con una fisonomía propia en los PICC y considerada uno de los elementos más innovadores de su contenido (Artículos 6.2.1 a 6.2.3).⁵⁸ Dentro de la relativamente problemática relación que hay entre estas dos nociones, a la vista sobre todo de sus quizá parcialmente coincidentes presupuestos y sus diferentes consecuencias,⁵⁹ la edición 2016 incluirá algunas modificaciones en

⁵⁷ Kleinheisterkamp, Jan; “Article 7.1.7”; *Commentary on the UNIDROIT Principles*; pp. 767-768; véase también Perillo, Joseph M.; “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Tul. J. Int'l & Comp. L.*; 1997; Vol. 5; pp. 13-14; Morán Bovio, David; “Artículo 7.1.7”; *Comentario a los Principios de Unidroit*; p. 337.

⁵⁸ McKendrick, Ewan; “Introduction to Section 6.2 of the PICC”; *Commentary on the UNIDROIT Principles*; pp. 711-712; Madrid Parra, Agustín; “Artículo 6.2.2”; *Comentario a los Principios de Unidroit*; p. 317; *vid.* segundo párrafo del Comentario 2, Artículo 6.2.1 PICC.

⁵⁹ Los comentarios que los Principios incluyen para las referidas normas dejan claro que, en el planteamiento que reflejan, puede haber eventos que satisfagan las condiciones para la existencia de fuerza mayor y, simultáneamente, para la apreciación de excesiva onerosidad (Comentario 6, Artículo 6.2.2, Comentario 3, Artículo 7.1.7 PICC). En estos supuestos, y dadas sus diferentes consecuencias, los Principios también afirman que el deudor afectado podrá escoger entre invocar unas normas u otras para, en función de lo dicho, ampararse en el efecto suspensivo y justificativo del incumplimiento de la fuerza mayor [con los derechos que en tal caso tendrá el acreedor –Artículo 7.1.7, par. (4) PICC], o alternativamente invocar *hardship* para ejercitar los derechos que en este caso se disponen para el deudor [o los

los comentarios al primero de los indicados artículos para destacar las especiales implicaciones que en los contratos a largo plazo pueden tener, tanto como los eventos impeditivos del cumplimiento, las soluciones previstas en los Principios para tal situación. Como alternativa al efecto transitoria o definitivamente suspensivo, así como quizá eventualmente, y conforme a los derechos de las partes, resolutorio y, así, extintivo de los eventos que puedan considerarse fuerza mayor,⁶⁰ y sobre la base de un criterio económico determinado por los intereses de las partes, los nuevos comentarios abogan por la posibilidad de dar a tales circunstancias un tratamiento contractual convergente con el previsto para la *hardship*, en concreto, mediante la renegociación de los términos u obligaciones que puedan verse afectados por los impedimentos sobrevenidos al cumplimiento, con el ánimo de salvar la relación contractual.⁶¹

subsidiariamente previstos para ambas partes –Artículo 6.2.3, pars. (1) y (3) PICC] –*vid.* también Bonell, *An international restatement of contract law*, *cit. supra* nota 33, p. 119. Partiendo del respeto a la eficacia vinculante del contrato como principio general (Artículo 6.2.1 PICC), la excesiva onerosidad por sí sola no autoriza a suspender el cumplimiento de las obligaciones del deudor afectado y en desventaja por el cambio de circunstancias [Artículo 6.2.3, pars. (2) PICC]. En los casos de solapamiento de las referidas normas parece que, por puras razones de consistencia, deberá entenderse que la suspensión por parte del deudor está justificada por concurrir elementos excepcionales que la hacen razonable (sobre esta posibilidad *vid.* Comentario 4, Artículo 6.2.3 PICC). En efecto, las circunstancias necesarias para que concurra cada una de estas figuras son diferentes (y este es uno de los puntos donde la relación entre ambas en los Principios presenta algunas dudas, a pesar del explícito pronunciamiento que contienen sobre su posible concurrencia – Perillo, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles...”, *cit. supra* nota 56, pp. 14, 18). Mientras la fuerza mayor se enuncia como un evento característicamente impeditivo del cumplimiento, la excesiva onerosidad (si bien exige una alteración fundamental en el equilibrio del contrato) parte por definición de que el cumplimiento es posible y por principio general no puede ser suspendido. Sin embargo, no parece que quepa pensar que pueda haber casos en los que un evento (o una serie de eventos), pudiendo considerarse fuerza mayor por su efecto (en este caso económicamente) impeditivo (a pesar de que el cumplimiento sea física y legalmente posible), no proporcionen (por su carácter extraordinario) una justificación para suspender el cumplimiento también bajo las normas sobre excesiva onerosidad (*vid.* comentarios de McKendrick, “Introduction to Section 6.2 of the PICC”, *cit. supra* nota 57, p. 774, en relación con el umbral de “irrazonabilidad” económica necesario para la existencia cada una de esas nociones).

⁶⁰ *Vid.* nuevamente Artículo 7.1.7, par. (4) PICC.

⁶¹ UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 5, nuevo Comentario 5, que comienza destacando la especial importancia de la fuerza mayor y la excesiva onerosidad en los contratos a largo plazo (como ya hace el Comentario 5, Artículo 6.2.2).

Sin perjuicio de lo dicho, las modificaciones propuestas para la edición 2016 de los PICC revelan también el particular encaje que el principio de conservación del contrato que esta idea nos recuerda, tan presente en los Principios,⁶² ha de tener en algunas relaciones a largo plazo, y la tensión que presenta con las necesidades de las partes en los problemas que pueden plantearse en los contratos de larga duración.⁶³ Durante el proceso de revisión esto quedó particularmente reflejado en una de las modificaciones inicialmente previstas, por segunda ocasión consecutiva en el regular proceso de revisión de los Principios, que finalmente no fue aceptada;⁶⁴ la introducción del comúnmente denominado derecho de resolución unilateral por causa, *Termination for Cause*. La expresión “resolución por causa” en el lenguaje contractual con frecuencia se emplea para referirse a los acuerdos entre las partes que permiten precisamente a cada una de ellas resolver el contrato sobre la base de causas de variada naturaleza (*i.e.*, vinculadas o no con el incumplimiento), pero tasadas en el contrato con el propósito de evitar cualquier indefinición en este punto.⁶⁵ Con todo, en las normas jurídicas o en la jurisprudencia en las que tiene (puntual) reconocimiento explícito, este derecho permite a una de las partes resolver el contrato sin necesidad de alegar, con amparo en el propio contrato o en la ley, alguna de las causas vinculadas al incumplimiento de las obligaciones de la contraparte o, más allá de las mismas, otras condiciones del contrato, cuando a pesar de ello alguna circunstancia sobrevenida proporcione un motivo suficiente para la extinción del vínculo contractual.⁶⁶

⁶² Bonell, *An international restatement of contract law*, *cit. supra* nota 33, p. 102.

⁶³ *Vid.* nuevamente comentarios de Eisenberg, “Why There Is No Law of Relational Contracts” *cit. supra* nota 15, p. 819.

⁶⁴ UNIDROIT 2016 C.D. (95) 15, pars. 82 a 118.

⁶⁵ *Vid.*, *e.g.*, y en el marco de las relaciones de inversión, Mazzini, Danielle; “Stable International Contracts in Emerging Markets: an Endangered Species?”; *B.U. Int’l L. J.*; 1997; Vol. 15; pp. 361-362.

⁶⁶ El derecho de resolución por causa está regulado en el Derecho alemán para los contratos (de duración) con prestaciones recurrentes en términos que han tenido cierta influencia en la redacción de las normas proyectadas para los principios (véase § 314 del Código Civil alemán; UNIDROIT 2014 Study L – Doc. 126, par. 41; UNIDROIT 2015 Study L – Misc. 31 Rev., pars. 78, 84, 89, 90). Un caso en el que se autoriza una resolución bajo un razonamiento similar puede verse en *Foufounis c. Charlier*, Corte Civil Federal de Suiza, ATF 92 II 299 (en el que se autorizó a una de las partes a resolver el contrato sobre la base de la pérdida de confianza justificada por la actitud dilatoria de la otra parte en una relación de desarrollo y licencia de tecnología –*vid.* extracto en

La utilidad de un derecho como el descrito se predica de las relaciones duraderas, basadas en la cooperación y en la confianza mutua, y ello en la medida en que el contexto en el que surgen y se consolidan puede arrojar cambios cuyo impacto en el contrato, y el valor que puede tener para las partes, por significativo que llegue a ser puede no encontrar amparo en los mecanismos de resolución tradicionales y que giran esencialmente en torno al contenido material (tangibles, por decirlo de algún modo) del contrato. La determinación de cuál han de ser tales cambios y el indicado impacto es precisamente lo que más huidizo y desafiante resulta a la hora de diseñar este derecho, a juzgar por los intentos emprendidos en el seno de UNIDROIT.

Hay varias notas que, en este sentido, pueden ser destacadas si tratamos de sintetizar las líneas principales de los artículos, comentarios y ejemplos inicialmente previstos para la que habría sido la Sección 3 del Capítulo 6 de los Principios.⁶⁷ En un intento de concretar y diferenciar esta figura de otros supuestos de resolución, pero sin poder evitar un cierto grado de indeterminación, la denominación del derecho en la letra de los proyectados Principios era *resolución por razones de peso, termination for compelling reason*.⁶⁸ La clave de la normativa estaba naturalmente en la definición de lo que se entiende por "razones de peso", condición que se consideraba concurrente "únicamente si, a la vista de todas las circunstancias del caso, resulta manifiestamente irrazonable esperar que la parte que resuelve el contrato continúe con la relación contractual".⁶⁹

Los elementos que están detrás de esta definición proporcionan algunas indicaciones para tratar de descomponerla en condiciones algo más concretas. Así, la discusión de la que se vio precedida, al igual que los comentarios finalmente incluidos en la proyectada Sección, sugieren que este derecho (expresamente restringido a los contratos de larga duración⁷⁰) resulta en particular apropiado (o presenta más propensión a ser admitido) en el marco

http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F92-II-299%3Ade, última visita en octubre de 2016).

⁶⁷ UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 8.

⁶⁸ La denominación inicialmente prevista en esta revisión era "resolución por justa causa" (*vid.* UNIDROIT 2007 Study L – Doc. 104; UNIDROIT 2009 Study L – Doc. 109; UNIDROIT 2014 Study L – Doc. 126, Annex II, p. x; UNIDROIT 2015 Study L – Misc. 31 Rev., p. 21).

⁶⁹ Artículo 6.3.1 ("Derecho a resolver por razones de peso"), par. (2), UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 8, p. 2 (t.p. del original inglés).

⁷⁰ Artículo 6.3.1 par. (1), UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 8, p. 2.

de las relaciones basadas en la cooperación y en la confianza mutua.⁷¹ Su apreciación, además y siguiendo la dinámica propia de las normas adaptadas a los contratos de larga duración, parece requerir un cambio en las circunstancias no previsto por las partes en el momento de celebrar el contrato,⁷² y que no pueda ser imputado, o cuyo riesgo no deba ser asignado, a la parte que invoca tal alteración con el ánimo de resolver el contrato, y sí, en cambio, a la contraparte.⁷³ Satisfechas estas condiciones, y aun expresando suficientemente las normas y los comentarios que este es (habría sido) un recurso de carácter claramente excepcional, sigue presente la dificultad de cuándo considerar que tales circunstancias hacen “manifiestamente irrazonable” obligar a la parte que pretende resolver continuar vinculado por la relación contractual.⁷⁴

⁷¹ UNIDROIT 2014 Study L – Doc. 126, Annex II, p. xi; UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 8, p. 2 (Comentario 1, Artículo 6.3.1), UNIDROIT 2016 C.D. (95) 15, pars. 34, 112.

⁷² Adaptando la noción de imprevisibilidad empleada en Perillo, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles...”, *cit. supra* nota 56, p. 17, se trataría de un evento cuya baja probabilidad (quizá a nuestros efectos, no solo desde un punto de vista objetivo, sino también, al menos para algunas “razones de peso” desde un punto de vista subjetivo, aunque justificado) suponga que las partes no lo tomen en cuenta a la hora de contratar, y que, de haber sido conocido o estimado más probable, las habría llevado sencillamente a no celebrar el contrato (véase también nota siguiente).

⁷³ UNIDROIT 2014 Study L – Doc. 126, Annex II, p. xi; UNIDROIT 2015 Study L – Misc. 31 Rev., p. 21-22.

⁷⁴ La consecuencia identificada como característicamente necesaria para ello en los comentarios al proyectado Artículo 6.3.2, así como en las discusiones precedentes, es que, “atendidas todas las circunstancias del caso” (más o menos próximas al contrato), pueda considerarse que los cambios sobrevenidos resulten en un “colapso irreparable” (“*irreparable breakdown*”) de las relaciones entre las partes que haga inviable (o convierta en una carga intorelable) para una de ellas la supervivencia del vínculo contractual [UNIDROIT 2013 C.D. (92) 4 (b), par. 13; UNIDROIT 2014 Study L – Doc. 126, par. 41; UNIDROIT 2015 Study L – Misc. 31 Rev., pars. 79, 82, 84, 98; UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 8, p. 2 – nuevamente, Comentario 1, Artículo 6.3.2]. Una de las preocupaciones presentes en la elaboración de las normas ha sido la de diferenciar con claridad este derecho de otros supuestos que impliquen el derecho a resolver el contrato para una de las partes (aunque la tarea en ocasiones no es fácil). Así, las “razones de peso” deben diferenciarse y desvincularse de la excesiva onerosidad (de la prestación de la contraparte) o de la fuerza mayor (impeditiva para la contraparte), en la medida en que tales circunstancias (una de naturaleza económica y con repercusión en el equilibrio entre las prestaciones de las partes, la otra con repercusión inmediata en la posibilidad de dar cumplimiento al contrato) por sí solas no hacen “manifiestamente irrazonable” esperar que la parte que desea resolver continúe con la relación (UNIDROIT 2014 Study L – Doc. 126, Annex II, p. x). Igualmente, el

El derecho de resolución por razones de peso proyectado estaba sometido también al requisito formal de la notificación escrita, que, con todo y una vez realizada, tenía efectos inmediatos, y las consecuencias de la resolución como tal, sin perjuicio de las que conforme al contrato o los Principios pudiesen tener otros eventos de los que la misma hubiese podido verse precedida, se remitían a las normas sobre restitución en caso de resolución.⁷⁵

Otras cuestiones que también abordan los cambios introducidos tras la revisión de los Principios para la edición 2016 se refieren precisamente a determinados aspectos relativos a la resolución del contrato, o su extinción por otros motivos, y sus posibles consecuencias. Las normas sobre las obligaciones de restitución en caso de resolución del contrato, que en la redacción actual ya disponen de una norma especial para los contratos "de ejecución sucesiva", *i.e.*, "cuyo cumplimiento se extiende en el

incumplimiento de las obligaciones de la contraparte no serían razón necesaria ni suficiente para apreciar la existencia de "razones de peso" en los indicados términos (UNIDROIT 2015 Study L – Misc. 31 Rev., pars. 84, 95; UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 8, p. 2, Comentario 2, Artículo 6.3.1). La coexistencia entre las normas sobre resolución por razones de peso y estas otras normas plantea otras varias interrogantes, y en particular la relación entre unas y otras en los casos en que puedan resultar simultáneamente aplicables. Los ejemplos que, con ocasión de la elaboración de la norma proyectada, fueron proporcionados como muestra de las situaciones en las que podría tener aplicación un derecho como este son variados, algunos desvinculados claramente de los supuestos abordados por otras normas de los principios, otros quizá no tanto. Así, dichos ejemplos incluyen: el caso en el que una de las partes, el cliente, resuelve un contrato con un arquitecto porque éste no toma suficientemente en serio las peticiones del cliente y presenta sucesivos bocetos que no son del gusto de éste (siendo por tanto atribuible el colapso en las relaciones al arquitecto – UNIDROIT 2015 Study L – Misc. 31 Rev., pars. 86, 95); el caso en el que un distribuidor acepta gradualmente, y para mantener viva su relación con el principal, condiciones más gravosas (en términos de precio y volumen de compras), hasta que llega el momento en que concluye que la relación no es beneficiosa para sus intereses y decide resolver el contrato (UNIDROIT 2015 Study L – Misc. 31 Rev., pars. 86); el caso en que el subcontratista resuelve el contrato por extinción previa del contrato principal del entre subcontratante como contratista y el cliente final (UNIDROIT 2014 Study L – Doc. 126, Annex II, p. xii, caso tomado de una sentencia del Tribunal Supremo Alemán, III ZR 293/03); o el caso en el que las relaciones entre los directivos de dos compañías vinculadas por un contrato de distribución se deterioran hasta tal punto (en fase de renegociación de ciertas condiciones) que cada vez que se reúnen rozan en las agresiones verbales (*vid.* Australian Medic-Care Company Ltd v Hamilton Pharmaceutical Pty Limited, [2009] FCA 1220, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1519>, última visita en octubre de 2016). Véanse igualmente los Ejemplos 1 y 2, Comentario 2, Artículo 6.3.1, UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 8, p. 3.

⁷⁵ UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 8, Artículo 6.3.1, pars. (3) y (4) y Artículo 6.3.2.

tiempo” –Artículo 7.3.7, pasarán a referirse en dicha norma a los contratos de larga duración, en la expresión definida, manteniendo la sumisión de tales contratos a la regla basada en la divisibilidad para permitir a las partes reclamar la restitución de las prestaciones relativas a un período posterior a la resolución del contrato, pero no las realizadas por el período transcurrido hasta el momento de la resolución⁷⁶.

El Artículo 5.1.8, que en los contratos de duración indefinida otorga a las partes un derecho de resolución unilateral sin necesidad de alegar justa causa, y sujeto a un deber de preaviso con una antelación razonable, también ve modificado su tenor para remitir expresamente las consecuencias de la resolución a las normas especiales sobre deberes de restitución en los contratos de larga duración recién aludidas.⁷⁷ Finalmente, el Artículo 7.3.5, relativo a los efectos generales de la resolución del contrato, pasará a incluir un nuevo comentario específicamente dedicado a los contratos de larga duración, en el que, bajo la aplicación del párrafo 3 de dicha norma, se destaca la importancia de las obligaciones post-contractuales en estos contratos y la conveniencia de que las partes precisen de la manera más clara posible qué condiciones están destinadas a ser aplicadas una vez resuelto el contrato y cuáles son sus exactos efectos.⁷⁸

IV] Observaciones finales

Los cambios que los PICC experimentarán para su edición 2016, en volumen y en términos proporcionales respecto de la extensión de los Principios y el conjunto de materias que regulan, no tienen un alcance cuantitativamente muy elevado, y probablemente no resultan en este sentido extraordinarios en el

⁷⁶ Pudiendo la parte interesada reclamar la restitución correspondiente a las obligaciones cumplidas por adelantado Huber, Peter; “Article 7.3.7”, *Commentary on the UNIDROIT Principles*; p. 970, por tanto y a condición de ofrecer la correlativa restitución que conforme a la misma regla le pueda corresponder, en su caso [Artículo 7.3.6, par. (1)]; UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 1, pp. 4-6.

⁷⁷ Calificando de manera tácita como contratos de larga duración a los contratos de duración indefinida (es decir, los contratos expresamente concluidos por un período indefinido o indeterminado, o aquellos contratos que no especifiquen su duración de manera expresa o tácita y cuya duración no sea determinable—*e.g.*, a la luz de su contenido y las prestaciones que contemplan—; Vogenauer, Stefan; “Article 5.1.8”; *Commentary on the UNIDROIT Principles*; p. 568); UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 7, pp. 2-3 (con un nuevo Comentario 2 a la norma indicada).

⁷⁸ UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, Annex 9.

proceso de revisión de este instrumento en su particular forma de evolucionar. La adición sin duda más significativa, *i.e.*, la del derecho de resolución por razones de peso, con las dificultades que quizá habría supuesto, como es lógico y como probablemente sucede con un cambio tan atrevido e innovador, finalmente no será incorporada, consistiendo el resto de cambios en pequeños y muy puntuales añadidos en la letra de los artículos, y, eso sí, aclaraciones interesantes en los comentarios y ejemplos.

Con todo, desde un punto de vista cualitativo, nos parece que el tenor y orientación de esta revisión tuene mucho interés. Resulta de la creciente conciencia de la frecuencia e importancia en el tráfico mercantil internacional de los contratos de larga duración, y trata de responder a los sin duda más elevados retos que el tratamiento desde las normas generales sobre obligaciones y contratos estas relaciones claramente plantean desde diferentes puntos de vista. Como rasgo evolutivo, si tomamos la noción darwiniana de evolución, este es claramente una cualidad genética que bien puede contribuir a mejorar la especie y su utilidad, en la constantemente deseada adaptación de los Principios a las necesidades del mercado. No nos extrañaría, por tanto, que futuras revisiones sigan esta misma línea y continúen profundizando en los contratos de larga duración y los contratos relacionales.

Bibliografía

- APPELBAUM, Richard P., *William L.F. Felstiner, and Volkmar Gessner, (eds.). Rules and Networks: the Legal Culture of Global Business Transactions*, Hart Publishing, Oxford-Portland.
- BAKER, Scott, CHOI, Albert, *Contract's Role in Relational Contracts*; *Virginia Law Review*, 2015, Vol. 101.
- BONELL, Michael Joachim, *An international restatement of contract law. The UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts*, 3ra Ed., Transnational Publishers Inc.; Ardley; 2005.
- , *International Investment Contracts and General Contract Law: a Place for the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, *Uniform Law Review*, 2012; Vol. 17.
- SCHMITTHOFF Clive M., *The Unification of the Law of International Trade*, *Journal of Business Law* 105, 1968.
- EISENBERG, Melvin A., *Why There Is No Law of Relational Contracts*, *Northwestern University Law Review*, 1999, Vol. 94.
- GAILLARD, Emmanuel, *Transnational Law: a Legal System or a Method of Decision Making*, 17, *Arbitration International* 59, 2000.
- GOLDMAN, Berthold, *Arbitrage International et Droit Commun des Nations*, 3 *Rev. de L'Arbitrage*, 115, 1956.

- GOLDSCHMIDT, Levin, *Storia universale del diritto commerciale (Prima traduzione italiana di Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja)*, Unione Tipografico-editrice Torinese, Turín, 1913.
- GRAF Peter Callies, *The Making of Transnational Contract Law*, 14, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 469, 2007.
- KLEINHEISTERKAMP, Jan, *Commentary on the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts*, Stefan Vogenauer y Jan Kleinheisterkamp (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2010.
- LY, Filip, *Lex Mercatoria (the new Law Merchant): Globalisation and International Self-Regulation*, in *Rules and Networks: The Legal Culture of Global Business transactions*, Richard P. Appelbaum, et al. (eds.), Hart, 2010.
- MACNEIL, Ian R., *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, *Northwestern University Law Review*; 1977-1978; Vol. 72.
- MACNEIL, Ian R., *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*; *Northwestern University Law Review*, 1999-2000, Vol. 94.
- MADRID, Parra, Agustín; *Artículo 6.2.2; Comentario a los Principios de UNIDROIT*.
- MAZZINI, Danielle, *Stable International Contracts in Emerging Markets: an Endangered Species?*; *Boston University International Law Journal*, 1997, Vol. 15.
- MCKENDRICK, Ewan, *Introduction to Section 6.2 of the PICC, Commentary on the UNIDROIT Principles*.
- MORÁN Bovio, David; *Artículo 7.1.7; Comentario a los Principios de UNIDROIT*; p. 337.
- MUSTILL, Michael; *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*; *Arb. Int'l*; 1988; Vol. 4; passim;
- PERALES Viscasillas, Pilar, *Artículo 2.1.15, en Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional, David Morán Bovio (coord.)*, 2da ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- PERILLO, Joseph M., *Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, *Tulane Journal of International & Comparative Law*, 1997, Vol. 5.
- POSNER, Eric A.; *A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error*; *Northwestern University Law Review*, 1999-2000, Vol. 94.
- PULIDO Begines, Juan Luis; *Artículo 5.3; Comentario a los Principios de UNIDROIT*.
- MICHAELS, Ralf, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, 14 *Indiana Journal Global Legal Studies* 447, 2007.
- TEUBNER, Gunther, *Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems*; *American Journal of Comparative Law*, 1997, Vol. 45.
- VOGENAUER, Stefan; *Article 4.8; Commentary on the UNIDROIT Principles. Article 5.1.2, Commentary on the UNIDROIT Principles*.

Fecha de recepción: 5 de diciembre de 2016

Fecha de aprobación: 20 de diciembre de 2016

La responsabilidad civil de los hospitales privados por la actuación de los médicos en México

MARIO DE LA MADRID ANDRADE¹

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares.* II. *Los servicios médico-hospitalarios.* III. *El derecho a la salud en las relaciones entre particulares.* IV. *El factor de atribución de responsabilidad civil a los hospitales privados por negligencia médica.* V. *La responsabilidad por los auxiliares.* VI. *La responsabilidad por hecho de la empresa.* VII. *La obligación solidaria del hospital y del médico.* VIII. *El contenido del contrato. La cláusula de exclusión de responsabilidad.*

Resumen. En el presente trabajo se analiza la responsabilidad civil de los hospitales privados y centros de salud por daños causados a sus pacientes como consecuencia de la actuación negligente de médicos que prestan sus servicios en los mismos. El análisis se realiza partiendo de distintas resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de fechas recientes. En concreto se analizan los principales aspectos de las sentencias en cuestión, como la *responsabilidad por hechos del dependiente*, la *carga de la prueba* de la referida responsabilidad, la *responsabilidad solidaria* del hospital y del médico y la *cláusula de exclusión de responsabilidad* del hospital que suele incluirse en los contratos de servicios médico-hospitalarios. De especial interés resulta el estudio de la manera como se establece la relación jurídica entre los hospitales privados y los médicos con motivo de la prestación de los servicios médico-hospitalarios. En ese sentido se analiza la figura de la *representación aparente* y como conduce a soluciones que se apartan del régimen de *responsabilidad por hechos del dependiente*. Se concluye que el enfoque apropiado debe ser el de la *responsabilidad por hechos de la empresa*, aunque con inversión de la carga de la prueba, conforme la aproximación que han propuesto los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil.

¹ Profesor de Derecho de la Universidad de Colima y la Universidad Panamericana.

Palabras clave: Responsabilidad civil, hospitales privados, negligencia.

Abstract. *Through the present work, is being analyzed the civil liability of the private hospitals and healthcare centers, for the resulting damages caused to their patients as a consequence of a negligent behavior performed by the doctors whom provide services to them. This analysis is realized on the basis of different resolutions released by the Mexican Supreme Court of Justice, of recent date. Specifically, will be analyzed the main aspects of the judgements in question, such as the liability for acts of the dependent, the burden of proof in such responsibility, the several liability between the doctors and the hospital, and the liability exclusion clause of the hospital which often is included in the doctor-hospital services agreements. Of special interest results the study in how is established the legal relationship between the private hospitals and the doctors on the occasion of the medical-hospital services provision. In this context is analyzed the legal form of the seeming representation and the way it leads to solutions that deviates from the system of liability for acts of the dependent. It is concluded that the correct approach shall be the liability for acts of the company, although with a reversal of the burden of proof, in accordance to the approximation which has proposed the General Principles of European Law of Civil Liability.*

Keywords: *Civil liability, private hospitals, negligence.*

I] Consideraciones preliminares

Los tribunales federales en México han reconocido la responsabilidad civil de los hospitales privados y de los centros de salud por los daños causados a sus pacientes, como consecuencia de la actuación negligente de los médicos que con ellos están relacionados.²

Uno de esos casos en que se atendió la cuestión fue el Amparo en Revisión 584/2013 que resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (enseguida SCJN) el 5 de

² Véanse los siguientes casos: (1) Hospital Santa María Chapalita, Amparo Directo 543/2004 resuelto por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercero Circuito; (2) Sociedad de Beneficencia Española, Amparo Directo 102/2012 resuelto por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; (3) Amparo en Revisión 584/2013 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

noviembre de 2014, en la cual estableció que la responsabilidad civil de los hospitales privados puede generarse por actos realizados (1) por personal que labora en ellos o (2) por terceros que prestan servicios en sus instalaciones. En este último supuesto, la referida responsabilidad se actualiza por la figura de la *representación aparente*.³

Esto no significa –según la Sala– que en todos los casos se produzca la *responsabilidad civil conjunta* del médico y el hospital, lo cual habrá de apreciarse en cada caso concreto. El hospital privado puede acreditar que cumplió con su *deber de vigilar* la actuación de los médicos para librarse de responsabilidad.⁴ La *carga de la prueba* no recae sobre el usuario de los servicios médicos, sino en el hospital.⁵

En otros asuntos, la SCJN ha señalado que la responsabilidad civil de los médicos es de *carácter subjetivo*, esto es, se sustenta en la culpa como factor de atribución, la cual tiene, además, *naturaleza extracontractual*.

Pues bien. En este trabajo analizaremos los principales aspectos de la sentencia en cuestión, los cuales giran en torno (1) a la *responsabilidad por hechos del dependiente*, (2) a la *carga de la prueba* de la referida responsabilidad, (3) a la *responsabilidad solidaria* del hospital y del médico y (4) a la *cláusula de exclusión de responsabilidad* del hospital que suele incluirse en los contratos

³ RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES PRIVADOS POR ACTOS COMETIDOS POR TERCEROS QUE DESEMPEÑAN FUNCIONES EN SUS INSTALACIONES. SE ACTUALIZA SI EXISTE UNA REPRESENTACIÓN APARENTE. Época: Décima Época. Registro: 2008749. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 16, Marzo de 2015, Tomo II. Materia(s): Constitucional, Civil. Tesis: 1a. CXIX/2015 (10a.). Página: 1113.

⁴ RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES PRIVADOS. NO SE ACTUALIZA SI SE ACREDITA QUE LA INSTITUCIÓN CUMPLIÓ CON SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y QUE EL DAÑO CAUSADO AL USUARIO DERIVA ÚNICAMENTE DE LOS ACTOS U OMISIONES DEL PERSONAL MÉDICO QUE INTERVINO. Época: Décima Época. Registro: 2008748. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 16, Marzo de 2015, Tomo II. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. CXVIII/2015 (10a.). Página: 1113.

⁵ RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES PRIVADOS DERIVADA DE LA NEGLIGENCIA DE SUS MÉDICOS. CARGA DE LA PRUEBA. Época: Décima Época. Registro: 2008747. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 16, Marzo de 2015, Tomo II. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. CXVII/2015 (10a.). Página: 1112.

de servicios médico-hospitalarios, tema que se relaciona con el contenido del contrato.

Antes de abordar los señalados puntos, será menester considerar la manera como se establece la relación jurídica entre los hospitales privados y los médicos con motivo de la prestación de los servicios médico-hospitalarios.

La atribución de responsabilidad civil a los hospitales privados con base en la *representación aparente* conduce a soluciones que se apartan del régimen de *responsabilidad por hechos del dependiente*. Desde nuestra perspectiva, el enfoque apropiado habría sido el de la *responsabilidad por hechos de la empresa*, aunque con inversión de la carga de la prueba, conforme la aproximación que han propuesto los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. De hecho, en la resolución de que se trata, la Primera Sala esbozó la *responsabilidad de la empresa médica*, como habremos de analizar.

II] Los servicios médico-hospitalarios

La *prestación de servicios médico-hospitalarios* comporta el establecimiento de una diversidad de relaciones obligatorias entre el hospital y otros *prestadores*, tales como los servicios médicos, de enfermería, de análisis clínicos, de imagenología (radiográficos, tomográficos, ultrasonido, resonancia magnética, etcétera), farmacéuticos, de urgencias, de ambulancia, de vigilancia y demás.

Aunque esos servicios podrían prestarlos los hospitales de manera directa con sus propios recursos, se ha vuelto común que se proporcionen por medio de terceros con quienes celebra, para tales efectos, los contratos correspondientes.

De ahí que la *prestación de servicios médico-hospitalarios* represente una relación compleja que está determinada, a la vez, por la propia complejidad del *acto médico* desde dos enfoques diversos: por una parte, por el progreso tecnológico y científico que amplía las posibilidades diagnósticas y terapéuticas y, por otro, por la pluralidad de participantes en el acto médico que requiere de la prestación de asistencia médica en *forma colectiva* o de la intervención de *grupos médicos*, fenómeno que se ha calificado como *colectivización de la asistencia médica*.⁶

De hecho, este fenómeno comprende figuras societarias que presentan peculiaridades específicas respecto de los tipos

⁶ RODRÍGUEZ, RODRIGUEZ López Pedro, *Responsabilidad Médica y Hospitalaria*, Bosch, Barcelona 2004, p. 26.

sociales tradicionales, tales como: sociedades instrumentales (agrupaciones de colaboración), sociedades de intermediación y sociedades de objeto profesional.⁷

Como lo ha puesto de relieve Rodríguez, la "complejidad del acto médico influye de forma evidente sobre la evolución de la responsabilidad médica", en razón de que el "acto médico se ha convertido, casi en su totalidad, en un acto colectivo".⁸

Y es que los avances científicos, técnicos y tecnológicos han conducido de manera inexorable a la especialización médica. La imposibilidad de dominar de forma completa el saber médico hace inevitable recurrir al trabajo en equipo.⁹

En este sentido, los *servicios médico-hospitalarios* deben estudiarse desde un *enfoque sistémico* para determinar las consecuencias jurídicas de las relaciones que se establecen con motivo de los mismos, en especial, el asunto de la responsabilidad civil de los hospitales privados por la prestación negligente de esa clase de servicios.

Al entenderse que esa relación compleja constituye un sistema que es estructurado y organizado por los hospitales, la responsabilidad civil en que podrían incurrir por los daños causados a los pacientes por virtud de esa clase de servicios, puede explicarse a partir de la *responsabilidad por hechos de la empresa*. En cambio, si el asunto se analiza disgregando los componentes que integran la relación compleja, la responsabilidad civil recaerá sobre cada uno de los participantes del sistema, según sea la participación que éstos hayan tenido en la producción del daño.

La SCJN ha reconocido la naturaleza integral de los servicios de salud y su complejidad por "la pluralidad de entes que participan y por la diversidad de actividades que éstos desarrollan en torno a la salud".¹⁰

1. Las relaciones obligatorias entre los hospitales privados y sus médicos

Ahora bien. La relación entre los hospitales privados y los médicos que prestan sus servicios en ellos puede tener distinta naturaleza jurídica. En algunos casos, el médico es socio de la sociedad (civil o mercantil) que opera el hospital. En otros

⁷ Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis, *La Empresa Médica*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1998, pp. 258-265.

⁸ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 28.

⁹ *Ib.*, p. 29.

¹⁰ Sentencia del amparo en revisión 584/2013, párrafo 241.

supuestos existe una *relación laboral*, de *prestación de servicios* o de *colaboración* entre los médicos y el hospital, lo cual significa que existe un vínculo contractual. De hecho, en la mayoría de los casos, los hospitales privados autorizan de manera expresa o tácita a los médicos para que utilicen sus instalaciones hospitalarias, el equipo y el instrumental médico con el que cuentan.

Desde esta perspectiva, los hospitales privados pueden clasificarse en *hospitales abiertos y cerrados*. Los primeros son aquéllos que admiten que cualquier médico pueda hacer uso de las instalaciones hospitalarias, sin que requieran de una autorización específica. Los segundos se identifican porque sólo los médicos que han sido especialmente autorizados por el propio hospital son los que pueden utilizar sus instalaciones.¹¹

Es un hecho indiscutible que los pacientes desconocen la forma como los hospitales privados están organizados.¹² Éstos determinan la manera como han de organizarse para prestar los servicios médico-hospitalarios y, por consiguiente, son los responsables de coordinar la debida prestación de tales servicios. Como lo ha puesto de relieve Lorenzetti, los pacientes desconocen “la manera como los diversos prestadores de servicios se han vinculado entre sí”.

La SCJN ha señalado que los usuarios de los servicios de atención médica y sus familiares, se hallan “en una natural *condición de desventaja* porque no saben cuál es el personal, como los doctores, integrantes del hospital en su calidad de empleados y cuáles son independientes; es decir, no están enterados de las complejidades técnicas de los acuerdos contractuales y de empleo entre el hospital y el personal que opera ahí, a contrario del hospital que sí tiene este conocimiento y además decide cómo organizarse y representarse a sí mismo”.¹³

En este sentido, los *usuarios de los servicios de salud* han sido considerados por la SCJN como un *grupo vulnerable*, por la posición de disparidad frente a quienes manejan, desarrollan y controlan los servicios de salud. Se ha sostenido que existe una *asimetría de poder* entre el hospital privado y los usuarios que se

¹¹ Se ha calculado que el 95% de los pacientes que llegan a los hospitales han contactado previamente con el médico tratante, quien los remite al hospital. Sólo el 5% restante se trata de *pacientes espontáneos*, esto es, aquéllos que llegan al hospital por sus propios medios, sin haber consultado antes a un médico, por lo cual es el hospital el que proporciona los médicos que los atenderán.

¹² Cfr. LORENZETTI, op.cit., p. 325.

¹³ Sentencia del amparo en revisión 584/2013, párrafo 320.

atribuye (1) a la naturaleza de los servicios de salud y (2) a la complejidad de la medicina como profesión (no como ciencia).

“El principio que debe guiar toda actuación hospitalaria es la exigencia a la institución de que el médico disponga de conocimientos, capacidad y pericia suficientes, que actúe con diligencia profesional y que disponga de los medios necesarios de diagnóstico y terapéuticos para realizar su cometido profesional”.¹⁴

2. Las relaciones obligatorias entre los hospitales privados y los pacientes

La manera como los hospitales privados se vinculan con los pacientes puede adoptar las siguientes formas:¹⁵

1) Por medio de un contrato entre el hospital y el paciente, que se conoce con el nombre de *contrato hospitalario*, de servicios hospitalarios, de hospitalización, de asistencia hospitalaria o de clínica.¹⁶

En opinión de Rodríguez, en esta hipótesis se observa la presencia de una relación contractual entre el hospital y el paciente, mientras que la relación entre el médico y el paciente es de carácter extracontractual.¹⁷

2) Por virtud de un contrato entre el médico y el paciente (*contrato de servicios médicos*), pero el médico tiene celebrado un *contrato de colaboración* con el hospital.¹⁸

En este caso, para Rodríguez existe una relación contractual entre el médico y el paciente, mientras que la relación entre el hospital y el paciente es de naturaleza extracontractual.¹⁹

3) A través de un *contrato de seguro de asistencia médica* celebrado entre el paciente con una empresa aseguradora o una sociedad mutualista de seguros que a su vez ha contratado los servicios médico-hospitalarios con diversos establecimientos y profesionales sanitarios.²⁰

Rodríguez estima que en este supuesto las relaciones entre el hospital y el paciente y entre el médico y el paciente son de carácter extracontractual. En cambio, la relación entre la empresa aseguradora y el paciente esté regida por una relación contractual

¹⁴ RODRÍGUEZ, op. cit., pp. 29-30.

¹⁵ Ib., p. 144.

¹⁶ Ib., pp. 144, 145.

¹⁷ Ib., p. 144.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Ídem.

directa “que tiene como fin la prestación de un servicio por sí o por persona interpuesta; por ello, su responsabilidad se ceñirá a la falta de asistencia o a la falta de calidad asistencial”.²¹

4) Por último, también está el caso en que los pacientes son trasladados al hospital en estado de inconsciencia por el servicio de emergencias, al haber sufrido un accidente o una afectación súbita a su salud. En este supuesto es difícil sostener la presencia de un contrato entre el hospital y el paciente, por lo menos al inicio de la atención médico-hospitalaria.

Pues bien. Con excepción de la última hipótesis, en la relación paciente-médico-hospital están presentes dos contratos distintos: (1) un *contrato de servicios médicos* entre el paciente y el médico y (2) un *contrato hospitalario* que vincula al paciente y al hospital.²²

El *contrato hospitalario* es una especie de los *contratos de servicios*. El objeto del contrato es el servicio hospitalario el cual consiste, en esencia, en proporcionar “la vigilancia médica del paciente y en proporcionar los cuidados prescritos” por el médico (prestar cuidados médicos).²³

Entre los deberes que asumen los hospitales por virtud del contrato hospitalario están: administrar al paciente los cuidados prescritos por el médico; mantener la higiene de las instalaciones, del equipo y del instrumental médico; contar con personal eficiente y calificado; poner a “disposición procedimientos, técnicas y aparatos e instrumentos de cuyo funcionamiento es responsable la clínica, o de dependencias especiales, como laboratorios”; la conservación, custodia y devolución de los efectos del paciente.²⁴

Los *servicios de alojamiento* que la doctrina ha identificado como parte del contrato hospitalario, que lo acercaría en ese aspecto al contrato de hospedaje, en realidad forma parte de los servicios hospitalarios. No es que el hospital se obligue a darle alojamiento y, por consiguiente, asuma los deberes del hospedero o posadero, como lo considera Rodríguez, sino que esa clase de deberes son parte de los servicios hospitalarios. En lo que sí coincidimos es en que se trata de un *contrato atípico y complejo* (al que se ha querido asemejar al contrato de hospedaje).²⁵

Es preciso señalar que la prestación de servicios hospitalarios es una actividad empresarial, esto es, sólo pueden ser prestados por empresas, puesto que requiere de una organización

²¹ Ib., pp. 144, 146, 147.

²² Cfr. RODRÍGUEZ, op. cit., p. 145.

²³ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 145.

²⁴ Cfr. RODRÍGUEZ, op. cit., pp. 145, 146.

²⁵ Cfr. Ib., p. 145.

empresarial que permita proporcionar a los pacientes la atención médica indicada por los médicos tratantes.²⁶ En ese sentido, se trata de un contrato de empresa, celebrados por *personas con actividad empresarial* (es decir, por propietarios de empresas).

Entre los problemas que plantean los servicios médico-hospitalarios está el atinente a la eventual responsabilidad civil de los hospitales privados por los daños causados a los pacientes por la actuación negligente de los médicos que en ellos participan. El asunto estriba en determinar en qué supuestos se actualiza la referida responsabilidad civil y, en su caso, *cuál sería el factor de atribución* de la misma a los hospitales.²⁷ Asimismo, nos debemos preguntar si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual.²⁸

Es un hecho indiscutible que los hospitales pueden causar daño a los pacientes con independencia de la conducta de los médicos, "por la defectuosa organización, por la falta de servicios adecuados, por las cosas que utiliza o por incumplimiento de sus obligaciones como proveedor de servicios de consumo". Ese sería un caso de responsabilidad directa y no indirecta o refleja.²⁹

III] El derecho a la salud en las relaciones entre particulares

Ahora bien. La Primera Sala de la SCJN consideró en el Amparo en Revisión 117/2012, que el derecho a la salud también tiene eficacia en las relaciones entre particulares, por lo cual, impone *deberes complejos* tanto al Estado como a los particulares que participan en los servicios de salud (médicos, hospitales privados, empleadores, administradores de fondos de pensiones y jubilaciones).

En atención a que la actuación de los hospitales privados y su personal médico repercute en la protección a la salud de los pacientes, éstos no se rigen únicamente por el Derecho privado.

²⁶ Ídem.

²⁷ Como lo ha puesto de relieve Lorenzetti, la cuestión está en "hallar el fundamento imputativo de la empresa de los daños provocados al paciente por los médicos, dependientes o autorizados, o enfermeras vinculados a la clínica" (LORENZETTI, op. cit., p. 326).

²⁸ Al respecto, se ha discutido por la doctrina argentina si la responsabilidad de los hospitales encuentra su justificación en un contrato a favor de terceros o es la propia estructura del vínculo obligatorio la que sustenta la responsabilidad (Cfr. LORENZETTI, op. cit., p. 327).

²⁹ Aquí se discute si existe una falta de servicio, una obligación de seguridad o una responsabilidad por incumplimiento de un contrato de consumo (LORENZETTI, op. cit., p. 327).

Y es que, de acuerdo con la Corte, “la complejidad de los sistemas jurídicos actuales y la estrecha relación entre sus componentes normativos ha dado lugar a la presencia de diversos ámbitos en los cuales es imposible hacer una división clara y determinante entre derecho público y privado”, como sucede tratándose de la protección de la salud, la cual “es un fin público y, por consiguiente, excede el mero interés de los particulares [por] ser una meta inherente del Estado mexicano”.

IV J El factor de atribución de responsabilidad civil a los hospitales privados por negligencia médica

Los hospitales privados pueden ser responsables por (1) daños materiales (afectación patrimonial) o inmateriales (afectación a la persona y afectación moral), (2) causados de manera directa o indirecta,³⁰ (3) por actos u omisiones, (4) los cuales pueden ser objeto de lo establecido en los convenios suscritos con los usuarios (contractual) o ajenos a tales convenios (extracontractual).³¹

Pues bien. La SCJN atribuye responsabilidad a los hospitales por los actos negligentes de los médicos, por dos vías: (1) por una parte, a través de la *responsabilidad por hechos del dependiente*, esto es, del principal por actos de los dependientes (personal integrante de los hospitales) y, por otra, (2) por personas que de manera aparente realicen actividades para éstos, esto es, con “base en una representación aparente”.³²

Para establecer la referida responsabilidad habrá de atenderse –según la Corte– (1) a las circunstancias del caso –si podría pensarse (en la comprensión común) que el médico es operador de la institución médica, por el modo de conducirse o desarrollar su actividad profesional– y (2) a la eventual participación que hubiera tenido en la producción del daño.³³

1. La responsabilidad por hechos del dependiente

La *responsabilidad por hechos del dependiente* está prevista en el artículo 1924 del Código Civil Federal (enseguida CCF), el cual señala que los “patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros o dependientes, en el ejercicio de sus

³⁰ Con base en los artículos 1913 y 19224 del Código Civil Federal.

³¹ Sentencia del amparo en revisión 584/2013, párrafos 243 y 248.

³² *Ib.*, párrafo 268.

³³ *Ib.*, párrafo 242, 249, 270.

funciones". La referida disposición legal agrega que esa "responsabilidad cesa si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia".

Se trata de un de las manifestaciones de la *responsabilidad por hechos de otro, indirecta o refleja*, también conocida como *responsabilidad vicaria* (del latín *vicarius*, que viene de *vicis*, que significa vez, *alternativa*),³⁴ esto es, una responsabilidad alternativa o sustituta del principal por actos de quienes de él dependen, la cual tiene carácter acumulativo.³⁵

Esta clase de responsabilidad ha desempeñado una función económica y social muy significativa en un mundo contemporáneo caracterizado por el trabajo dependiente, a diferencia de lo que ocurría en el mundo clásico, que era esencialmente artesanal.³⁶

Un aspecto relevante de la responsabilidad indirecta consiste en que se atribuye a una persona el deber de reparar los daños que otro ha causado. De esta manera, se atribuye la responsabilidad a quien no es el autor del daño, puesto que éste proviene de un tercero.³⁷

La *responsabilidad por hechos de otro* se basa en la presunción de culpa en la elección (*culpa in eligendo*) o en la vigilancia (*culpa in vigilando*) por parte del principal.³⁸ No obstante, el argumento de la culpa ha sido considerado insuficiente para sustentar la atribución de responsabilidad al principal por los actos de sus dependientes. En la actualidad se sostiene que "el principal responde porque asume el riesgo de una iniciativa económica, y no porque se pueda reprochar una culpa en la elección o en la vigilancia del dependiente".³⁹

En este sentido, el factor de atribución de responsabilidad indirecta al principal es "la culpa en la orientación o dirección de la conducta ajena, cuando alguien tiene el deber de encauzar

³⁴ La responsabilidad vicaria parte del hecho de que el principal responde de manera objetiva de los daños causados por sus agentes, porque no se requiere imputarle negligencia al principal.

³⁵ TRAZEGNIES Fernando de, *La Responsabilidad Extracontractual*, tomo I, Temis, quinta edición, Bogotá 1999, p. 329.

³⁶ TRAZEGNIES, op. cit., p. 329.

³⁷ LLAMBÍAS Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, tomo IV-A, Perrot, Buenos Aires 1982, p. 233.

³⁸ Sentencia del amparo en revisión 584/2013, párrafo 262.

³⁹ VISINTINI Giovanna, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, tomo II, Astrea, Buenos Aires 1999, p. 329.

apropiadamente la actividad de otra persona y de prevenir que ésta pueda originar daños a terceros”.⁴⁰

Pues bien. La SCJN considera que “no es útil o, por lo menos, suficiente atender a la relación de trabajo, sea propiamente laboral o de prestación de servicios profesionales [para sustentar la responsabilidad de los hospitales privados], puesto que partir de una clasificación estrictamente formal llevaría a que quien reclama el daño, tenga procesalmente una carga probatoria excesiva”, como sería probar la relación de dependencia.⁴¹

Para evitar ese inconveniente, la SCJN realiza primero una interpretación extensiva y no literal del artículo 1924 del CCF; después acude a la figura de la *representación aparente* para sostener el *carácter material* y no formal de la relación entre los hospitales y los médicos y, por último, *libera de la carga de la prueba* al paciente (o a sus familiares) de la relación de dependencia.

El mencionado artículo se reformula en cuanto a los sujetos que menciona para considerar que “por establecimientos mercantiles debe también entenderse a los hospitales o personas morales que intervienen en el servicio nacional de salud, y por lo que refiere a los obreros y dependientes, estos deben entenderse en el sentido más amplio del término, a toda aquella persona que realiza sus actividades laboral, profesionales o su actividad cotidiana para el hospital o persona moral”.⁴²

2. La representación aparente

Ahora bien. En relación con la *representación aparente*, la SCJN se apoya en esta figura para vincular a los hospitales privados, en aquellos casos en los que no existe de manera formal una relación de dependencia entre los médicos y éstos. Desde este enfoque, al producirse la apariencia de que los servicios médicos se prestan para los propios hospitales, se establece una relación de dependencia de carácter material, más que formal.⁴³

En este sentido, para que se produzca la representación aparente “basta con considerar el modo de conducirse de la persona que provoca un daño al interior del centro de salud y frente

⁴⁰ LLAMBÍAS, p. 239.

⁴¹ Sentencia del amparo en revisión 584/2013, párrafo 255.

⁴² Ib., párrafo 274.

⁴³ Ib., párrafos 262, 263, 267, 273, 275.

a los usuarios, para que se genere una responsabilidad por parte del hospital".⁴⁴

Según la SCJN, la teoría de la representación aparente se basa, en esencia, en una relación de carácter material más que formal, de la persona que desarrolla su actividad al interior del hospital o nosocomio, en la que "existe una mutua obtención de beneficios y provechos ya que ambos se valen del prestigio del otro".⁴⁵

De esta manera, "si el médico tratante se conduce de manera regular como empleado o integrante del hospital, a través de elementos como su común localización en el nosocomio, el desenvolverse bajo la estructura de éste, laborar de manera constante y cotidiana en ese lugar y dar consultas ahí, entre otros actos que haría suponer a cualquier persona que el médico tratante es empleado o trabaja para la institución médica, es decir una relación de patrón-empleado para los usuarios del servicio médico, estimar lo contrario resultaría en una situación de indefensión para éstos".⁴⁶

De ahí que, según la SCJN, "el hecho de que se informe al paciente que el médico no es su empleado o que no existe formalmente una relación laboral o de servicios profesionales entre el hospital y el médico no exime de responsabilidad al hospital privado".⁴⁷

Este argumento, aunque a primera vista pareciera inocuo, en realidad desvirtúa el enfoque de la representación aparente como sustento de la responsabilidad indirecta, puesto que la apariencia dejaría de producirse al aclararse al paciente que el médico es extraño al hospital, con quien no tiene relación alguna.

Además, la tesis de la representación aparente se refiere, más bien, a supuestos de *responsabilidad por hechos propios*, dado que el *representante* realizaría los actos a nombre y por cuenta del hospital privado. Esto, con independencia de que, en el Derecho mexicano, la representación es una figura que tiene que ver con la conclusión de negocios jurídicos y, en principio, es ajena a la ejecución de actos materiales, como serían los servicios que son el objeto de los contratos de servicios médico-hospitalarios.

Por otra parte, si existiera la representación aparente, no podría eximirse de responsabilidad a los hospitales privados –como lo consideró la SCJN en la sentencia que analiza–, porque siempre

⁴⁴ Ib., párrafo 268.

⁴⁵ Ib., párrafo 263.

⁴⁶ Ib., párrafo 269.

⁴⁷ Ib., párrafo 270.

existiría participación directa de éstos en los daños ocasionados, a través del representante aparente.

Como ha quedado de manifiesto, la causación del daño no sustenta la responsabilidad por hechos de otro, puesto que el principal ha sido ajeno a la producción del daño. Este aspecto es relevante porque, como se ha señalado, la SCJN afirma que un aspecto que habrá de analizarse para determinar la responsabilidad de los hospitales privados es su eventual participación en la producción del daño.

De ahí que sea factible sostener que el caso que se analiza no corresponde a una representación aparente.

3. La presunción de la relación de dependencia

Con base en la figura de la *representación aparente* recién analizada, la Primera Sala releva a los pacientes del *onus probandi* de la relación de dependencia entre el médico y el hospital, a través de una especie de presunción que bien podría calificarse como *jure et de jure* (aquella no admite prueba en contrario).

En efecto. La referida Sala señala que “en casos de responsabilidad civil, suponer que el actor tuviera que probar la relación laboral o profesional entre el médico y el hospital, sería en extremo excesiva, puesto que no sólo llevaría la carga de ser víctima de la mala *praxis* o acto que motivó el daño, sino que judicialmente se vería revictimizado al verse obligado a probar una cuestión que se encuentra completamente fuera de su alcance”.⁴⁸

De igual manera, como quedó asentado con antelación, la Sala considera que “el mero hecho de que se informe al paciente que el médico no es su empleado o no existe formalmente una relación laboral o de servicios profesionales entre el hospital y el o los médicos, tampoco sería un argumento válido para eximir de responsabilidad al nosocomio, pues ello llevaría a que en el desarrollo de la actividad relacionada con el sistema de salud, se pusieran en marcha prácticas poco deseables, en las que los hospitales o centros de salud no generaran ningún vínculo con las personas físicas que se desempeñan al interior de los mismos, a efecto de no tener responsabilidad alguna en el desarrollo de la actividad propia de los establecimientos”.⁴⁹

⁴⁸ Ib., párrafo 256.

⁴⁹ Ib., párrafo 257.

4. La presunción de culpa

La responsabilidad por hechos del dependiente parte de la *presunción de culpa* del principal por los daños causados por sus dependientes. Como quedó señalado, el artículo 1924 del CCF contempla que la responsabilidad del principal cesa si demuestra que no se le puede atribuir ninguna culpa en la causación del daño.

En congruencia con esa disposición legal, la Primera Sala señala que el hospital se libera de responsabilidad si acredita que cumplió con sus *deberes de vigilancia* y que el daño causado deriva exclusivamente de actos u omisiones del personal médico que interviene y, en ese sentido, el hospital no hubiere podido evitarlo, anticiparlo o prevenirlo.⁵⁰

De esta mera, se parte de una presunción *juris tantum* (aquella que admite prueba en contrario) de *culpa in vigilando* para atribuir responsabilidad al hospital, sobre quien recae la carga de la prueba para desvirtuar la referida presunción.

En resumen. Los pacientes no tienen que probar (1) ni la *culpa in vigilando* del hospital, (2) ni la *relación de dependencia* entre el médico y el hospital, porque ambas se presumen.

V] La responsabilidad por los auxiliares

Ahora bien. Como quedó precisado, la SCJN ha efectuado una reformulación del artículo 1924 del CCF que prevé la responsabilidad del *principal por los dependientes*, al considerar que la expresión "obreros o dependientes" tiene una connotación más amplia que corresponde al de *toda persona que realiza sus actividades laborales, profesionales o cotidianas para una determinada persona*, en la especie, el hospital o la persona jurídica.⁵¹

El amplio sentido otorgado al referido término, aproxima el concepto de obreros y dependientes al de *auxiliares*, que es aún más amplio.

En efecto. La Primera Sala ha empleado en su decisión, de manera expresa, el término *agente* al considerar que el médico actuó como *agente* del hospital, expresión que, además, asimila al carácter de empleado o dependiente.⁵²

⁵⁰ Ib., párrafo 290.

⁵¹ Ib., párrafo 237.

⁵² Ib., párrafo 303.

La referida Sala entiende que al haber actuado el médico como dependiente o parte del personal del hospital, se debe entender que llevó a cabo su actuación médica por mandato de éste.⁵³

Agrega la Sala que el hospital y el médico prestaron de manera conjunta los servicios de atención médica al paciente. De esta manera, además de prestar la infraestructura, el servicio de enfermería, las medicinas, entre otros servicios y bienes, el hospital también prestó la atención médica especializada a través del médico, con quien ostentó una *relación laboral aparente*.⁵⁴

Los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*⁵⁵ (en lo sucesivo PETL) contemplan la *responsabilidad por los auxiliares* en el artículo 6:102, disposición que conviene analizar. Según el señalado artículo: (1) *Una persona responde por el daño causado por sus auxiliares en el ejercicio de sus funciones siempre que éstos hayan violado el estándar de conducta exigible.*- (2) *El contratista independiente no se considera auxiliar a los efectos de este artículo.*

Como lo explica el *Comentario* al artículo en cuestión, el término *auxiliares* (o *agentes*)⁵⁶ es amplio: comprende (1) al empleado que actúa bajo contrato de trabajo en un ámbito de negocios o en uno doméstico; (2) al ayudante que colabora de manera regular u ocasional (esto es, cualquier persona que actúa con ánimo de ayudar y bajo la supervisión del demandado), sea en forma gratuita o no⁵⁷ y (3) a los órganos y representantes de las personas jurídicas.⁵⁸

De hecho, en la mayoría de los ordenamientos europeos se “apoya una interpretación amplia del término *empleo* que engloba

⁵³ Ib., párrafo 304.

⁵⁴ Ib., párrafo 305.

⁵⁵ Fueron presentados en Viena en mayo del 2005 por la *European Group on Tort Law*.

⁵⁶ Así se les denomina a los auxiliares en los Comentarios a los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. Cfr. *European Group on Tort Law, Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado, coordinada por Miquel Martín-Casals, Thomson-Aranzadi, Navarra 2008, p. 157).

⁵⁷ Cfr. *European Group on Tort Law, Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, p. 162.

⁵⁸ Este tema no es pacífico. Al respecto, el *Comentario* al artículo 6:102, aclara que puede distinguirse “ente el caso de la empresa (o de la persona jurídica) que responde por un auxiliar y el caso en que responde de las actuaciones de quien, como órgano de la empresa, causa daño (responsabilidad originaria de la empresa)” (*European Group on Tort Law, Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, p. 166.

el caso del que ocasionalmente echa una mano, sea gratuitamente o no, por simple amabilidad o esperando que también le echen una mano a cambio".⁵⁹

La expresión *auxiliares* aparece en plural en el artículo que se analiza, "para indicar que no es necesario identificar al empleado que individualmente haya actuado, sino que basta con llegar a establecer que era parte del personal al servicio del empleador".⁶⁰

El término presupone cierto grado de subordinación, de integración o de tareas llevadas a cabo bajo la supervisión o el control del demandado.⁶¹

La referencia a que el acto del auxiliar debe entrar en el *ejercicio de sus funciones*, también tiene un significado muy amplio que presupone que debe existir un nexo entre el empleo (la tarea o funciones) y el acto de que se trate, lo cual es un aspecto que habrá de decidirse en cada caso concreto.

Es importante resaltar el hecho de que la responsabilidad por los auxiliares en los *PETL* no está basada en la culpa del principal, sino que es "una responsabilidad sin culpa y con pocas (o ninguna) posibilidades de exoneración", que tiene sustento en "un riesgo creado por la actividad o en el beneficio que de ese riesgo deriva".⁶²

VI] La responsabilidad por hechos de la empresa

Por otra parte, en la misma decisión que se estudia, la SCJN ha comenzado a bosquejar, sin pretenderlo, lo que podría corresponder a la *responsabilidad por hechos de la empresa*.

En efecto. La Primera Sala parte de diversas premisas para establecer la responsabilidad civil de los hospitales privados por hechos de los médicos, que son coincidentes con el enfoque de esa clase de responsabilidad:

a) La necesidad de que en la estructura organizativa de los hospitales privados esté un *médico responsable* que se encargue de *establecer y vigilar el desarrollo de procedimientos para asegurar la oportuna y eficiente prestación de los servicios [médico-hospitalarios] que el establecimientos ofrezca*, lo cual es un *deber*

⁵⁹ European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, p. 162.

⁶⁰ *Ib.*, pp. 162-163.

⁶¹ *Ib.*, p. 162.

⁶² *Ib.*, p. 157, 158-159, 162, 163.

legal impuesto por los artículos 18⁶³ y 19⁶⁴ del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica.

b) La necesidad de que los hospitales privados desarrollen un trabajo coordinado con sus médicos, empleados o dependientes.⁶⁵ De aquí se puede deducir la presencia de un *principio de coordinación* para la debida organización y funcionamiento de la empresa.

c) El deber del médico y del hospital de vigilar la salud de la persona enferma o convaleciente.⁶⁶

d) La consideración del médico como parte del servicio integral y completo que prestan los hospitales.⁶⁷

e) El reconocimiento de los servicios médico-hospitalarios como una actividad colectiva y empresarialmente organizada, en la que el médico es un elemento más.⁶⁸

f) El deber de *soportar los riesgos de la empresa, y principalmente la carga de los daños causados, en razón de que los hechos del empleado obligan al empleador o dueño del*

⁶³ Artículo 18. Los establecimientos en los que se presten servicios de atención médica, deberán contar con un responsable, mismo que deberá tener título, certificado o diploma, que según el caso, haga constar los conocimientos respectivos en el área de que se trate.

Los documentos a que se refiere el párrafo anterior, deberán encontrarse registrados por las autoridades educativas competentes.

⁶⁴ Artículo 19. Corresponde a los responsables a que hace mención el artículo anterior, llevar a cabo las siguientes funciones:

I.- Establecer y vigilar el desarrollo de procedimientos para asegurar la oportuna y eficiente prestación de los servicios que el establecimiento ofrezca, así como para el cabal cumplimiento de la Ley y las demás disposiciones aplicables;

II.- Vigilar que dentro de los mismos, se apliquen las medidas de seguridad e higiene para la protección de la salud del personal expuesto por su ocupación;

III.- Atender en forma directa las reclamaciones que se formulen por irregularidades en la prestación de los servicios, ya sea las originadas por el personal del establecimiento o por profesionales, técnicos o auxiliares independientes, que en él presten sus servicios, sin perjuicio de la responsabilidad profesional en que se incurra;

IV.- Informar, en los términos que determine la Secretaría, a las autoridades sanitarias competentes, de las enfermedades de notificación obligatoria, así como adoptar las medidas necesarias para la vigilancia epidemiológica, tomando en cuenta lo dispuesto en la Ley, y

V.- Notificar al Ministerio Público y, en su caso, a las demás autoridades competentes, los casos en que se les requieran servicios de atención médica para personas con lesiones u otros signos que presumiblemente se encuentren vinculadas a la comisión de hechos ilícitos.

⁶⁵ Sentencia del amparo en revisión 584/2013, párrafo 311.

⁶⁶ Ib., párrafo 312.

⁶⁷ Ib., párrafos 317, 319.

⁶⁸ Ib., párrafos 317, 319.

establecimiento, al recibir un provecho del desempeño regular del creador del daño.⁶⁹

En efecto. Según la SCJN, en ese conjunto de bienes, servicios y condiciones que comprenden el derecho a la salud, y en específico la atención médica, es dable inferir que el médico que representa formal o materialmente (representación aparentemente) y que por ende presta sus servicios al interior de una organización pública o privada, que le facilita medios humanos y materiales para cumplir con sus deberes; es parte del servicio integral y completo que presta el hospital a los pacientes, esto es un ejercicio colectivo y empresarialmente organizado, respecto del cual el médico bajo mandato del hospital constituye un elemento más.⁷⁰

La SCJN agrega que de esa manera los médicos se benefician del prestigio del hospital por sus instalaciones y equipo médico, así como los hospitales se benefician del prestigio que los médicos tienen por sus estudios y práctica, aun y cuando éstos no sean empleados del hospital.⁷¹ Por lo que sería contrario a los principios de justicia que un hospital que se posiciona generando una impresión al público en general por la calidad de su atención médica, después desconociera a los médicos que desarrollan su actividad profesional en sus instalaciones por ser prestadores de servicios contratados de manera independiente por los usuarios y a su vez se desentendiera de la serie de obligaciones que conlleva el ejercicio de sus funciones como institución.⁷²

Pues bien. Lorenzetti es partidario de atribuir responsabilidad civil a los hospitales privados por los daños causados por los médicos, con base un hecho de la empresa.

La actividad empresarial comporta la coordinación de recursos humanos y materiales para la producción de bienes o la prestación de servicios, lo cual comprende, incluso, el establecimiento de diversas relaciones jurídicas con terceros, para realizar por su conducto aquéllas operaciones o actividades que es imposible o inconveniente que efectúe por sí misma.⁷³

Tales actividades implican la participación de un buen número de personas (dependientes, sustitutos, auxiliares y demás), con

⁶⁹ Ib., párrafo 262.

⁷⁰ Ib., párrafos 317, 319.

⁷¹ Parece ser éste el postulado del principio *ubi commoda, ibi incommoda*, esto es, quien está a los beneficios, está a los perjuicios.

⁷² Sentencia del amparo en revisión 584/2013, párrafo 319.

⁷³ Cfr. LORENZETTI, op. cit., p. 350.

quienes se vincula por medio de relaciones de diversa naturaleza (sean de carácter laboral, contractual o de otra índole).⁷⁴

En estos casos, lo que se toma en cuenta para atribuir responsabilidad civil a la empresa es la propia actuación de ésta, en razón de que quien se vincula con ella, espera una respuesta coordinada y eficiente de toda su estructura administrativa y operativa. Como lo sostiene Lorenzetti, la figura del dependiente se torna irrelevante frente al tercero, puesto que es la empresa la que, en última instancia, proporciona los bienes o servicios y es la que se ve beneficiada. De ahí que lo que se juzgue en este caso sea el *hecho de la empresa* y no el *hecho del dependiente*. Esto no significa excluir del todo la responsabilidad indirecta o refleja, dado que esta vendría a complementar los supuestos de responsabilidad de la empresa.⁷⁵

En este sentido, se trata de una responsabilidad directa de la empresa y no una responsabilidad indirecta o refleja que se atribuya al principal por hechos del dependiente.⁷⁶ Este enfoque es relevante, por cuanto a que en la gran mayoría de las actividades y operaciones que se realizan en la actualidad, intervienen personas físicas o jurídicas titulares de empresas.

Como lo ha puesto de relieve Lorenzetti respecto de los hospitales, no se trata *que exista un médico y que si este actúa mal, pueda encontrarse a un principal [a quien pueda atribuirse responsabilidad], sino que es a la inversa: existe un principal con el que se establece una relación y que se vale de médicos, enfermeras y tecnologías, para cumplirlas.*⁷⁷

Este asunto de la responsabilidad por hechos de la empresa está previsto en el artículo 4:202 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, según el cual:

- (1) *La persona que se dedica de modo permanente a una actividad empresarial con fines económicos o profesionales y que emplea auxiliares o equipamiento técnico es responsable de todo daño causado por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible.*
- (2) *Defecto es toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios.*

⁷⁴ *Ib.*, p. 350.

⁷⁵ *Ib.*, p. 351.

⁷⁶ *Ib.*, p. 351.

⁷⁷ *Ib.*, p. 351.

Este artículo parte de la hipótesis de que los daños se causen por “una actividad empresarial con fines económicos o profesionales” desarrollada de manera permanente. Como lo explica el Comentario al artículo en cuestión, se trate de una actividad que implica un cierto nivel de coordinación del trabajo o de los recursos técnicos, sin que sean, necesariamente, muy complejos.

Es importante señalar que no se trata de una responsabilidad objetiva, sino que está sujeta al *régimen de culpa*, con *inversión de la carga de la prueba*.

La preocupación más importante que se consideró al prever la responsabilidad por hecho de la empresa fue la imposibilidad de identificar cuál es la causa concreta del daño, aunque se pueda trazar su origen y llegar hasta la empresa que lucra con auxiliares y equipo técnico. Y es que probar que el origen del daño radica en la empresa podría no ser fácil, si se tuviera que identificar si la causa del daño proviene de un asistente humano o técnico de la misma.⁷⁸

De este modo, la víctima del daño sólo habrá de “probar que la causa del daño radica en la esfera de la empresa y que [se debió a] un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produce”.⁷⁹

VII] Obligación solidaria del hospital y del médico

La Primera Sala señala en la sentencia que se analiza, que el daño que se produce al paciente es causado en común por el médico y por el hospital, por lo cual, cobra aplicación el artículo 1917 del CCF, según el cual, “las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a la que están obligadas de acuerdo con las disposiciones” sobre responsabilidad civil.

La calificación terminológica del tipo de responsabilidad que se produce, esto es, como responsabilidad solidaria, se realiza en atención al daño causado y a la relación médico-hospital. Se distingue, por una parte, entre la responsabilidad y el motivo por el que se adjudica al hospital (obligación solidaria por causar en común el daño) y, por otra, el deber derivado de dicha responsabilidad (la condena).⁸⁰

La cuestión es que, aunque se trató de una responsabilidad solidaria, se condenó al cumplimiento de prestaciones diversas,

⁷⁸ European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, p. 135.

⁷⁹ *Ib.*, p. 136.

⁸⁰ Sentencia del amparo en revisión 584/2013, párrafo 336.

esto es, obligaciones de naturaleza independiente: condenó a los médicos a reembolsar la cantidad que les había sido pagada por los servicios profesionales prestados y al hospital a condonar el adeudo y a devolver el pagaré suscrito como garantía que documentaba el adeudo.⁸¹

Al respecto se consideró que aun cuando la responsabilidad de los médicos y del hospital es solidaria, eso “no significa que la condena como tal implique una obligación solidaria”, en razón de que, si bien existe una pluralidad de deudores, el objeto de la condena es diverso atendiendo a cada sujeto.⁸²

La SCJN entiende por *obligaciones conjuntas*, aquéllas en las que “hay una pluralidad de acreedores o deudores, y la deuda o crédito pueda dividirse en tantas fracciones como deudores o acreedores haya”,⁸³ concepto que en realidad corresponde al de las *obligaciones mancomunadas*.

La SCJN sostiene que “si bien la responsabilidad fue calificada como solidaria en atención a la producción del daño por actos comunes, la condena no implica que ésta sea solidaria.”⁸⁴

En ese sentido, la Corte concluye que “las obligaciones [de los médicos y del hospital] no son conjuntas, y son independientes para cada uno de los demandados”.⁸⁵

Nos parece que se confunde (1) la reparación de los daños causados a la persona y del daño moral (que, al parecer, no fueron reclamados), respecto de la cual sí habría solidaridad entre el hospital y el médico, con (2) la reparación de los daños causados por el incumplimiento de los servicios médico-hospitalarios, que afecta a las prestaciones económicas convenidas, respecto de las cuales, en principio, no existe solidaridad, puesto que el reembolso y la condonación de la deuda contraída derivan de los contratos celebrados con el médico y con el hospital, por lo cual se actualiza una responsabilidad contractual y no extracontractual.

VIII] El contenido del contrato. La cláusula de exclusión de responsabilidad

La Primera Sala se ocupó en ese mismo asunto (amparo en revisión 584/2013) de la eficacia de la estipulación prevista en el

⁸¹ Ib., párrafo 337.

⁸² Ib., párrafo 338.

⁸³ Ib., párrafo 339.

⁸⁴ Ib., párrafo 341.

⁸⁵ Ib., párrafo 342.

contrato de servicios hospitalarios que previó la exclusión de responsabilidad del hospital por negligencia de los médicos.⁸⁶

Con anterioridad a ese asunto, la misma Primera Sala había establecido al resolver la Contradicción de Tesis 93/2011, que la relación médico-sanitaria no debía *regirse únicamente por las reglas propias del incumplimiento contractual, pues la responsabilidad de quienes participan en el sector salud va más allá de los deberes contenidos o derivados de la relación contractual, puesto que los médicos están obligados a actuar de acuerdo a los estándares de su profesión.*⁸⁷ Tales requerimientos pueden provenir tanto de disposiciones reglamentarias (como por ejemplo, de Reglamentos o de Normas Oficiales Mexicanas), como de la *lex artis ad hoc* o, simplemente de la *lex artis* de su profesión.⁸⁸

En la referida Contradicción de Tesis se precisó que los *profesionales de la salud puede tener un deber concreto, derivado del contrato de prestación de servicios, pero también un deber que va más allá de lo pactado o convenido por las partes, que consiste en observar la diligencia correspondiente a su profesión.*⁸⁹

En este sentido, "la responsabilidad médica rebasa el ámbito de la responsabilidad contractual, por un lado, porque existen deberes que van más allá de los que pudieran estar contenidos en el contrato de prestación de servicios, -como son el deber del médico de actuar con la diligencia que exige la *lex artis* y, por otro, porque no puede aceptarse a través de un contrato, la lesión física o a la vida."⁹⁰

Con base en esos argumentos, la SCJN consideró en el Amparo en Revisión 584/2013, que resulta indisponible por la voluntad de las partes el *deber de actuar con la mayor diligencia y profesionalismo posible tratándose de la salud o de la vida*, en razón de que las eventuales afectaciones a la salud o a la vida van más allá del objeto del contrato.⁹¹

De ahí que fuera imposible que en el contrato se eximiera o deslindara de "las eventuales responsabilidades que pudieran generarse, pues ello provocaría una incongruencia interna del objeto del contrato, la *lex artis* propia de la profesión y el servicio de salud, la afectación física o a la vida que pudiera ocurrir".⁹²

⁸⁶ Ib., párrafo 344.

⁸⁷ Ib., párrafos 345, 206.

⁸⁸ Ib., párrafo 206.

⁸⁹ Ib., párrafos 346, 207.

⁹⁰ Ib., párrafo 347.

⁹¹ Ib., párrafo 348.

⁹² Ib., párrafo 349.

Pues bien. Esas consideraciones parten de una incorrecta apreciación de lo que constituye el *contenido del contrato* que, en la especie, es un *contrato de prestación de servicios*. Y es que el objeto de esa clase de contratos es precisamente el *servicio de atención médica hospitalaria* que, por su naturaleza, es un *servicio profesional* que comprende el deber de “observar la diligencia correspondiente a su profesión”, esto es, el *estándar de conducta exigible*. Eso es parte del contrato y, por consiguiente, la responsabilidad de los médicos y hospitales es, por lo general, una *responsabilidad contractual*.

Ese deber de observar la diligencia correspondiente a la profesión o de observar el estándar de conducta exigible tiene parámetros objetivos y no subjetivos, puesto que parte de un modelo de *conducta en abstracto* al que debe ajustarse la actuación profesional.

El *contenido del contrato* no sólo comprende *deberes expresos* pactados por las partes, sino que también abarca *deberes implícitos* que provienen de fuentes diversas, tales como las normas imperativas, los usos y prácticas, la naturaleza y finalidad del contrato, la buena fe objetiva y la misma operación económica.⁹³

Este es un caso en el que el argumento desde los derechos humanos más bien refuerza la aplicación de las disposiciones del Derecho privado, que es el que proporciona la solución respecto de la ineficacia de la cláusula de exclusión de responsabilidad.

En efecto. La imposibilidad de pactar la exclusión de responsabilidad y, por consiguiente, la nulidad de la referida disposición contractual, se puede abordar a partir del concepto de *cláusula abusiva* que en el Derecho del consumidor tiene carta de naturalización. El artículo 90, fracción II, de la Ley Federal de Protección al Consumidor, prevé la nulidad de las disposiciones contractuales que liberen de responsabilidad al proveedor de servicios.

Bibliografía

- BELLO Janeiro, Domingo, *La Responsabilidad Médica*, Pontificia Universidad Javeriana y Temis, Bogotá 2011.
DE LA MADRID Andrade, Mario, *Contratos Atípicos y Conexidad Contractual*, Porrúa, México 2016.
EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción a cargo de la Red Española de

⁹³ Cfr. DE LA MADRID Andrade Mario, *Contratos Atípicos y Conexidad Contractual*, Porrúa, México 2016, pp. 34-49.

Derecho Privado Europeo y Comparado, coordinada por Miquel Martín-Casals, Thomson-Aranzadi, Navarra 2008.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, tomo IV-A, Perrot, Buenos Aires 1982.

LÓPEZ Mesa, Marcelo J. et al, *Tratado de Responsabilidad Médica: Responsabilidad Civil, Penal y Hospitalaria*, Legis-UBIJUS, Buenos Aires 2007.

LORENZETTI Ricardo, Luis, *La Empresa Médica*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1998

MADRID Martínez, Claudia, *La Responsabilidad Civil derivada de la Prestación de Servicios*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009.

RODRÍGUEZ López, Pedro, *Responsabilidad Médicas y Hospitalaria*, Bosch, Barcelona 2004.

TRAZEGNIES, Fernando de, *La Responsabilidad Extracontractual*, tomo I, Temis, quinta edición, Bogotá 1999,

VILALTA A., Esther y Méndez Rosa M., *Responsabilidad Médica*, Bosch, tercera edición, Barcelona 2003.

VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, tomo II, Astrea, Buenos Aires 1999, p. 329.

Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2016

Fecha de aprobación: 14 de diciembre 2016

La develación de personalidad en la jurisprudencia mexicana

GONZALO GARCÍA VELASCO¹

SUMARIO: I. *Personalidad de las Personas Jurídicas*. II. *Teoría del Develo Corporativo*. III. *Normatividad*. IV. *Derecho Consuetudinario y Derecho Escrito*. V. *Obligatoriedad de la Jurisprudencia*. VI. *Importancia de la Jurisprudencia Sobre el Caso de la Desestimación de la Personalidad Jurídica*. VII. *Jurisprudencia de la Teoría en México*. VIII. *Conclusiones*.

Resumen. La creación de un ente jurídico colectivo mercantil permite la creación de una personalidad jurídica distinta de los socios que la integran, que crea patrimonios distintos entre aquellos de la persona jurídica y de los socios. La teoría del develo de la personalidad jurídica permite dejar a un lado la personalidad de un ente moral para fincar responsabilidad a quienes lo manejan. La jurisprudencia mexicana toma importancia crucial para argumentar sobre la aplicación del develo corporativo en virtud de que no existe ninguna normatividad, ley o reglamento en donde se establezca la desestimación de la personalidad jurídica en México, salvo determinados casos en materia fiscal. Sin embargo, el develo de la personalidad jurídica no debe ser llevado al extremo porque afectaría el desarrollo del Derecho Societario.

Palabras clave: Personalidad jurídica, patrimonios distintos, socios.

Abstract. *The creation of a commercial collective legal entity allows the creation of a legal personality different from the partners that integrate it, which creates different assets between those of the legal person and the partners. The disregard of legal entity theory allows to leave aside the personality of a moral entity to hold responsibility to those who handle it. Mexican jurisprudence is crucial to argue about the disregard of legal*

¹ Catedrático de Temas Selectos de Derecho Financiero en la Universidad Panamericana.

entity because there is no legislation, law or regulation that establishes the piercing of the corporate veil in Mexico, except certain cases in tax matters. However, the disregard of legal entity should not be taken to the extreme because it would affect the development of Corporate Law.

Keywords: Legal personality, distinct patrimony, partners.

I] Personalidad de las personas jurídicas

Una de las razones más importantes para la creación de un ente jurídico colectivo mercantil, es la creación de una personalidad jurídica distinta a la de los socios que la integran, consecuentemente, se crean patrimonios distintos, entre la persona jurídica y los patrimonios particulares de los socios. Se le conoce en la teoría como la incomunicabilidad patrimonial.

Esta teoría pudiera formar parte de la distinción que hay entre el llamado *pacta sunt servanda*, o sea que los contratos se cumplen como fueron pactados, con referencia al tema, en la creación de una persona jurídica mercantil, específicamente en la sociedad anónima, los accionistas se obligan solo hasta el monto de las aportaciones que se hayan comprometido a pagar, y la *rebus sic stantibus*, que permitiría variar la responsabilidad de los accionistas para que los acreedores de la sociedad pudieran expandir el límite de su responsabilidad, no solo a lo aportado, sino responder con todo su patrimonio.

1. *Efectos de la personalidad.*- El primero y más relevante, porque hace al propio concepto de persona, es la atribución genérica de la *capacidad de Derecho*, limitada, como se desprende de su propia naturaleza, a las esferas que no deriven de la realidad biológica del hombre, o sea, esencialmente al ámbito de las relaciones patrimoniales.²

2. *Atributos.*- Como persona, la jurídica también tiene atributos propios de ésta, como la denominación, domicilio, residencia, duración, entre otros, y con las salvedades propias de la disputa doctrinaria sobre el tema de la nacionalidad, inclusive se ha llegado a decir que tiene *honor*. Por supuesto la persona jurídica tiene legitimación procesal activa y pasiva propia, independiente y separada de la de sus socios.³

² Suárez Anzorena, *Personalidad de las Sociedades*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973

³ Cabanellas, Guillermo, *Contratos Relativos a la Administración Societaria*, Heliasta, Buenos Aires, 1994.

El estatus de la persona física se integra con los derechos reconocidos y respetados por las autoridades.

Estos estatus se dividen según Ferrara en el *status subiectionis* en cuanto están sujetas al Estado en donde viven, obligados a respetar sus leyes; un *status libertatis*, que es el respeto a su existencia contra ataques ilegítimos y desenvolvimiento de su libre actividad; y un *status attivo*, referente a la seguridad jurídica y a la protección de sus derechos.⁴

3. *Incomunicabilidad Patrimonial*.- Por supuesto tiene el atributo de que le sea reconocido un patrimonio particular independiente del patrimonio de las personas que la han constituido por las aportaciones iniciales hechas en el momento de la constitución. Evidentemente también la persona jurídica podrá aumentar su capital con nuevas aportaciones de los socios que junto con el éxito de las negociaciones irá integrando el patrimonio de dicho ente jurídico.

La doctrina considera que mientras no exista algún acto que traiga como consecuencia el reembolso del haber social, la relación jurídica existente entre los integrantes de la persona jurídica, en función al patrimonio es de copropiedad.

Ferrara opina que la autonomía del patrimonio social forma una masa única y afecta realmente al fin colectivo. Dentro de este patrimonio pueden existir bienes corporales o incorporales como pudieran ser, derechos de autor, marcas, y otros tipos de derechos patrimoniales.⁵

El concepto de autonomía patrimonial va ligado al principio de responsabilidad o sea que cuando no hay separación de patrimonios, los socios deben responder en forma *subsidiaria*, significando esto, la facultad de los acreedores de poder afectar los bienes de los socios, una vez agotados los recursos de la sociedad; *solidaria*, referente a la obligación de los socios de responder por el 100% de las obligaciones contraídas, e *ilimitadamente*, en virtud de lo cual puede ser afectado la totalidad del patrimonio particular de los socios integrantes, para cubrir las responsabilidades sociales.

Caputo establece: *La limitación de la responsabilidad resulta del solo hecho, aunque a veces no se repare en ello, de la existencia misma de la sociedad...* ⁶

⁴ García Velasco, Gonzalo, *Persona Jurídica*, 2ª. ed, Porrúa, México, 2015.

⁵ Ferrara, Francesco, *Teoría de las Personas Jurídicas*, México, Jurídica Universitaria, 2002.

⁶ Caputo, Leandro Javier, *Inoponibilidad de la Persona Jurídica Societaria*, Buenos Aires, Astrea, 2006, página 44,

Antonio Brunetti en su obra, distingue cuatro tipos de relaciones entre patrimonio y responsabilidad y estos son los siguientes:

i.- Autonomía patrimonial imperfecta, la cual está limitada al reconocimiento de un derecho de prelación de los acreedores sociales sobre los bienes conferidos en la sociedad.

ii.- Autonomía patrimonial relativa, en la que los acreedores sociales no pueden pretender el pago de los socios en particular sino después de haber hecho excusión del patrimonio social.

iii.- Autonomía patrimonial absoluta, la sociedad responde exclusivamente de las responsabilidades sociales, ninguna responsabilidad ni tan solo indirecta subsiste para los socios por el hecho de pertenecer al patrimonio de la persona jurídica.

iv.- Autonomía patrimonial del ente y subsidiaria de los socios, en este caso los socios responden por las obligaciones sociales de la sociedad con su patrimonio y en caso de liquidación o de quiebra responden en forma subsidiaria, solidaria e ilimitadamente.⁷

En el derecho germánico se estableció la institución denominada *La Sociedad de Mano Común*, que no era una forma de patrimonio referente a varios sujetos y no daba tampoco vida a un nuevo sujeto sino a una titularidad acumulativa del mismo. El autor Von Tuhr, citado por Brunetti, establece lo siguiente:

*"...el sujeto no es la sociedad sino el conjunto de los socios. Varias personas, cada una de las cuales puede tener o tiene un patrimonio, consideradas en su conjunto son al mismo tiempo sujeto de un patrimonio a ella correspondiente en común."*⁸

Para Ferrara:

*"El patrimonio en Mano Común, se aproxima bastante en su esencia al patrimonio de la persona jurídica..."*⁹

Castro y Bravo, al referirse al patrimonio de la *Universitas*, establece lo siguiente:

"Desde la glosa fue conocida la existencia de un patrimonio de la universitas... No dudándose nunca de la posibilidad de créditos y de

⁷ Brunetti, Antonio, *Tratado del Derecho de las Sociedades*, Madrid, Orlando Cárdenas editor, 1954, páginas 155 y 156.

⁸ Brunetti, Antonio, op. cit. página 228

⁹ Ferrara, F, op. cit. Página 963 y 964.

deudas, respectivamente, entre universitas y miembros...La doctrina posterior desarrolla esta idea distinguiendo la communio collegiata o con personalidad independiente, en la que sus miembros carecen de derecho en el patrimonio..."¹⁰

Sobre la incomunicabilidad patrimonial ha habido opiniones en contra, por ejemplo, Manóvil expresa:

"Es atinado, entonces, el fallo norteamericano en el que se dijo que si los socios no distinguen entre sus negocios y los de la sociedad, los tribunales tampoco se van a fijar en la existencia de sujetos diferentes."¹¹

II] Teoría del develo corporativo

1. Explicación del Concepto

Esta institución jurídica, ha recibido diversos nombres, algunos del inglés: *disregard of legal entity*, *piercing the corporate veil*, del español: el develo de la personalidad jurídica, el perforamiento de la persona jurídica, la desestimación de la personalidad jurídica, inoponibilidad de la personalidad jurídica y el allanamiento de la personalidad jurídica, entre otros.

El diccionario jurídico mexicano, define como desestimación jurídica lo siguiente:

"Es una figura por la cual se pretende dejar o hacer a un lado la personalidad de un ente moral para fincar responsabilidad a quienes lo manejan y se sirven de él para lograr fines que por sí mismos no les sería posible alcanzar, válidamente, y en cambio a la persona moral si les son permitidos."¹²

Dice Bernardo Ledezma Uribe:

"...que cuando la sociedad se utiliza como medio para atacar los valores protegidos por el derecho dentro de la convivencia social, en tales casos, debe hacerse a un lado la persona moral, para exigir responsabilidades directas a sus socios controladores."¹³

¹⁰ Castro y Bravo, Federico, *La Persona Jurídica*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1984, página 155.

¹¹ Manóvil, Rafael Mariano, op. cit. Página 976. (El capítulo octavo de este libro, aporta más sobre el tema en lo relativo a la desestimación de la personalidad jurídica.)

¹² Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, México, 1995, Página 1097.

¹³ Ledezma Uribe, Bernardo, *Abuso de la Persona Jurídica*, en Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto L. Mantilla Molina, Porrúa, México, 1984, Páginas 490 a 493. Se

Para Ricardo del Ángel Yáguez:

“Se abre paso en nuestra Patria una doctrina de procedencia americana hasta entonces desconocida entre nosotros. Es el desentendimiento de la personalidad jurídica (disregard of legal entity). Añade más adelante, ...para de ese modo poner coto a los fraudes y abusos que por medio del manto protector de la persona jurídica se puedan cometer.”¹⁴

También ha recibido otras menciones, por ejemplo: en la jurisprudencia española se le conoce como *lift the veil*, o sea, levantar el velo. O en la jurisprudencia mexicana *la coraza o protección corporativa*.

2. Origen de la Teoría

El desarrollo de esta tesis, ha prosperado como resultado de diversos fallos jurisprudenciales norteamericanos. Existen dentro de estos dos que llaman la atención y que son conocidos como *Taylor vs. Standard Gas and Elec. Co.* Y *Fish vs. East*.

3. Posiciones Doctrinales

Se pueden clasificar en tres grupos las posiciones doctrinales, acerca de la penetración en el velo corporativo de una persona jurídica mercantil, y por ende el poder afectar el patrimonio particular de los socios. Estas tres posiciones son las siguientes:

i.- Las que no permiten la excepción a la regla de la incomunicabilidad patrimonial, y por lo tanto, sostienen la imposibilidad de afectar la esfera individual de los socios, limitando su responsabilidad solo a las aportaciones realizadas para integrar el patrimonio de la persona jurídica en ese sentido, Manóvil, refiriéndose a Serick establece lo siguiente:

“...rechaza que pueda penetrarse la persona jurídica por el solo hecho de que la finalidad normativa lo imponga: en caso de colisión

distinguen de las dos definiciones anteriores, el que en el Diccionario Jurídico, se habla de responsabilidad de quienes lo manejan, y en el caso del tratadista Bernardo Ledezma, se habla de responsabilidad directa de los socios. Se piensa que esta última, es la aplicación correcta.

¹⁴ Del Ángel Yáguez, Ricardo, *La Doctrina del Levantamiento del Velo*, de la Personalidad Jurídica en la Jurisprudencia, 3ª edición, Civitas, Madrid, España, 1995.

entre el valor jurídico persona y el valor finalista objetivo de una norma, prevalece el primero porque de lo contrario se generaría una intolerable inseguridad jurídica."¹⁵

En este sentido, aunque no similar a la anterior, pero si tratando de distinguir la utilización de la sociedad como un medio indirecto para la consecución de fines lícitos y con esto establecer una excepción a la figura de la inoponibilidad, que es un sinónimo del levantamiento del velo, se pronuncia Leandro Javier Caputo:

*"Cabe distinguir dos aspectos de esta cuestión: uno está dado por la existencia de un fin lícito aun cuando simulado, y el otro por la figura de la inoponibilidad, que no nulifica los actos sobre los cuales recae, sino que torna inoponible sus efectos frente a terceros."*¹⁶

Esta opinión de Caputo traería necesariamente como consecuencia se estuviera ante la presencia de un acto claramente considerado como *ultra-vires*, o sea algo ajeno al cumplimiento del objeto social, y por consiguiente acarrearía responsabilidad de quienes lo llevaron a cabo, por haber celebrado algún acto fuera de los límites del objeto social, y por lo tanto merecedores de aplicárseles responsabilidad personal. Si tal actuación se hizo contando con la voluntad de los socios, a través de una asamblea, mediante ratificación de lo actuado, se estaría en el supuesto de una ampliación al objeto social, de hecho, y por lo tanto con reconocimiento de validez de los actos jurídicos llevados a cabo, esto sería en lo que afirma Caputo como *un fin lícito aunque simulado*.

Esta corriente, es seguidora del *pacta sunt servanda*. Los pactos deben cumplirse conforme quedaron establecidos. También, apoya el principio de seguridad jurídica, para dar certeza del límite de responsabilidad al cual los socios de una persona jurídica están sujetos, y por lo tanto el no permitir afectar sus patrimonios particulares,

ii.- Un segundo grupo de tratadistas, o de opiniones doctrinarias, consideran, que en el actuar de las personas jurídicas mercantiles, se pueden crear algunas confusiones, pero no necesariamente debería de corresponderles el calificativo de fraude en contra de terceros, ni tampoco daría lugar al levantamiento del velo corporativo, y por lo tanto la posible afectación del patrimonio de los socios. Esto es lo que se ha llamado en la doctrina con el nombre de *confusiones de esferas*,

¹⁵ Manóvil, Rafael Mariano, op. cit. Página 979

¹⁶ Caputo, Leandro Javier, op. cit., Página 169

se presentan tanto respecto de los patrimonios como de la condición misma de sujetos diferenciados entre sociedad y socio. Manóvil refiriéndose a un fallo jurisprudencial alemán, sostiene lo siguiente:

*"...la clara separación entre patrimonio social y patrimonio del socio probada, por medio de los libros contables, constituye uno de los presupuestos irrenunciables de la responsabilidad limitada que los socios pueden generar legítimamente mediante la constitución de sociedades de capital...con patrimonio social propio; las normas vigentes, que para tutela de los acreedores, establecen la intangibilidad del capital, descansan, precisamente en que se forme un patrimonio social independiente y que, en su medida, su separación el patrimonio de los socios sea constatable."*¹⁷

Otro supuesto, en donde tampoco se daría el caso del levantamiento del velo, es la constitución de una persona jurídica, para eludir alguna prohibición legal, pero no con la intención de hacer un fraude a tercero. Esto podría traer como consecuencia alguna sanción de tipo administrativo, más no el que el tercero pudiera perforar el velo corporativo y por lo tanto afectar el patrimonio de los socios. A este respecto, el mismo autor citado en el párrafo que antecede, establece: *Pero, como señala la doctrina, en rigor, se trata de una mera cuestión de interposición de persona,...para eludir una prohibición legal, y no de un auténtico caso de desestimación.*¹⁸

En adición a las opiniones vertidas por esta tesis, se da el caso de la subcapitalización de la persona jurídica, o sea una falta de capital adecuado para cumplir con su finalidad social. En la jurisprudencia norteamericana se pueden encontrar numerosos fallos, permitiendo el develo de la personalidad jurídica, exactamente por una falta de capitalización adecuada. A este respecto Manóvil también opina:

"En la jurisprudencia norteamericana existen numerosos fallos que extendieron la responsabilidad en estos casos, particularmente en supuestos de responsabilidad extracontractual, haciendo uso para ello de la desestimación de la personalidad"

Sin embargo, más adelante el mismo autor señala:

¹⁷ Manóvil, Rafael Mariano, op. cit. Página 999

¹⁸ Manóvil, Rafael Mariano, op. cit. Página 998 y 999

*"De todos modos, corresponde señalar que es una materia que tampoco tiene porque resolverse haciendo uso de la desestimación de la personalidad societaria. Se trata, en definitiva, de una cuestión de responsabilidad lisa y llana de los socios, como materia interna que hace a la estructura de la entidad societaria."*¹⁹

iii.- El tercer grupo de opiniones considera, que cuando se trate de un acto ilícito, o fraudulento, se debe de permitir la aplicación de la tesis del develo de la personalidad jurídica, y por consiguiente el poder afectar el patrimonio particular de los socios, y con eso no permitir algún abuso en contra de terceros. Lefebre, a este respecto, opina:

*"...si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza con una finalidad fraudulenta...los tribunales pueden descartarla o prescindir de ella o de algunas de las consecuencias que de la misma dimanen, en particular la absoluta separación de la persona social y cada uno de los socios, con la correlativa separación de los respectivos patrimonios."*²⁰

En el mismo sentido, Boldó Roda sostiene lo siguiente:

*"Una ley puede quedar burlada con la utilización de la figura de la persona jurídica cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras aquella, tanto como si ya existía como si sólo fue creada para tal fin, con lo que logran sustraerse al mandato legal."*²¹

La misma autora, refiere los casos de fraude, lesión y daño fraudulento a terceros, exponiendo:

*"Se trata de aquellos casos en los que, por medio de la persona jurídica, puede quedar burlado o incumplido un contrato como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la de su único socio."*²²

Otros autores sostienen, que debe existir una distinción entre el conceder el atributo de la personalidad jurídica y la limitación que esto acarrea por la responsabilidad de los socios.

¹⁹ *Ibidem*

²⁰ Lefebre, Francis, *Sociedades Mercantiles*, Santiago de Compostela, Ediciones Lefebre, 2008, página 26.

²¹ Boldó Roda, C, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado*, Pamplona, España, Editorial Aranzadi, 1997, página 70.

²² La referencia que hace Boldó en este sentido, es para el supuesto de las sociedades unimembres.

Hay doctrinistas, que llevan esta interpretación, pudiera decirse al extremo. A este respecto por ejemplo Dobson sostiene:

*"La atribución de personalidad jurídica no importa limitación de responsabilidad."*²³

El tratadista Manóvil, citando la tesis de la no responsabilidad de los socios, dice que de sostenerse esta tesis, podría llegarse al extremo de afirmar:

*"Más exacto, entonces, que hablar de limitación de responsabilidad, sería decir exclusión de responsabilidad."*²⁴

Más adelante este autor confirma su opinión diciendo:

*"Pero inversamente, dado que en el derecho argentino todas las sociedades son sujeto de derecho, es indispensable que existan normas expresas que establezcan la responsabilidad de todos o algunos de sus socios para ciertos tipos."*²⁵

Otros más prefieren hablar del término de la inoponibilidad de efectos. Aunque tiene las mismas consecuencias de lo tratado en este capítulo, pudieran encontrarse algunas diferencias en cuanto a su definición. En este sentido por ejemplo, Richard sostiene:

"La inoponibilidad permite adjudicar relaciones jurídicas, obligaciones y derechos a otros sujetos que, en definitiva, son los titulares de tales activos o pasivos."

Más adelante el mismo autor sostiene:

*"En definitiva, se prescinde de la personalidad, y se imputa directamente el hecho, acto o situación jurídica a la persona de los socios o controlantes que hicieron posible el desvío."*²⁶

²³ Dobson, Juan, *Abuso de la personalidad jurídica*. Depalma 1991, Página 61

²⁴ Manóvil, Rafael Mariano, op. cit. Página 968

²⁵ *Idem*.

²⁶ Richard, Efraín Hugo, *Relaciones de Organización Sistema Societario*, Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2007, página 138 y 140.

4. Guías de Directivas

De los dos fallos jurisprudenciales estadounidenses citados anteriormente nació una serie de *guías de directivas* que fueron complementadas en otros casos. Estas están compuestas por diecisiete supuestos cuya existencia puede justificar el levantamiento del velo societario. Estas diecisiete guías son las siguientes: *i.*- la corporación madre posee todo o casi todo el capital de la subsidiaria; *ii.*- la madre y las subsidiarias tienen oficinas y directores comunes; *iii.*- la corporación madre financia a la subsidiaria; *iv.*- a corporación madre suscribió el total de las acciones de la filial o, de algún modo, hizo que la misma se constituyera; *v.*- la subsidiaria posee un capital groseramente inadecuado; *vi.*- la corporación madre paga los salarios y otros gastos o cubre las pérdidas de la subsidiaria; *vii.*- la Subsidiaria, substancialmente, no realiza negocios que no sean con su corporación madre, o no posee bienes excepto los facilitados por ésta; *viii.*- en los papeles de la corporación madre, o en los informes de sus funcionarios, la subsidiaria es descrita como departamento o división de la primera, o se hace referencia a sus negocios o su responsabilidad patrimonial como propios de la corporación; *ix.*- la corporación madre utiliza bienes de la subsidiaria como si fueran propios; *x.*- los directores o ejecutivos de la subsidiaria no actúan en forma independiente en interés de la subsidiaria, sino que reciben órdenes de la corporación madre, en interés de ésta; *xi.*- no se observan los requerimientos legales en cuanto a las formalidades de la subsidiaria; *xii.*- préstamos entre las corporaciones, es decir contratos que no se celebran en las condiciones en que se hubieran celebrado con terceros, que benefician a la corporación madre a expensas de la subsidiaria; *xiii.*- a corporación madre y su subsidiaria presentan declaraciones consolidadas de impuestos o estados financieros consolidados; *xiv.*- el proceso de toma de decisiones para la subsidiaria es realizado por la sociedad madre y sus titulares; *xv.*- los contratos entre la madre y la subsidiaria son más favorables a la primera; *xvi.*- la operación de ambas está tan integrada a través de la mezcla de fondos de interacción y de dirección y supervisión comunes, que deberían ser considerados como una sola empresa; *xvii.*- la subsidiaria opera sin beneficios. Lo anterior se extrajo, de la obra citada de Rafael Mariano Manóvil.

5. Titulares del Derecho de la Desestimación Jurídica

La doctrina se cuestiona, quien pudiera hacer valer esta desestimación. Caputo al respecto, separa tres distintos titulares y son a saber:

a.- *Invocación por Terceros.*- Lo llama la desestimación activa directa que se da de acuerdo con este autor: *a través del cual el tercero busca imputar al socio o controlante la actuación de la sociedad.*

b.- *Invocación por los socios.*- Ésta es conocida como *desestimación pasiva*. En este caso dice Caputo,

"...los socios pretenden que los terceros no puedan ampararse en la existencia de la sociedad, pues ello constituiría un ejercicio abusivo de derechos."

c.- *Invocación por la sociedad.*- La doctrina la conoce como la *desestimación pasiva directa*. La define el mismo autor que se ha venido citando Caputo, cuando *La sociedad misma podría invocar la inoponibilidad, lo cual, en ciertos casos, permitiría proteger el capital social y no perjudicar ni al nuevo controlante ante la falta cometida por un controlante anterior, y a los acreedores de la sociedad, aspecto que asume relevancia en este análisis.*

Para algunos autores, la desestimación de la personalidad jurídica, traería como consecuencia el afectar el patrimonio, no solo de los accionistas, sino también de los que controlan la sociedad. Si se entiende el control de la sociedad, como sinónimo del órgano de administración, se caería en la confusión, de la responsabilidad propia que tiene el órgano de administración, con la posibilidad jurídica de penetrar en el patrimonio de los socios integrantes de la persona jurídica.

6. Tesis contrarias

Varias tesis jurisprudenciales alemanas han rechazado la doctrina del devalo corporativo por considerarla que sólo pudiera ser admitida únicamente en un marco muy restringido.

Por último, Müller sostiene que se puede aplicar la tesis para corregir y adecuar la imputación de las relaciones jurídicas. Por lo tanto, decidir si corresponde o no penetrar en la personalidad jurídica debe resultar del sentido y alcance de la norma concreta en su relación con una determinada unidad de imputación, y establece:

"La penetración es la no aplicación de una norma que ubica su imputación o su encuadre en la persona jurídica. Metodológicamente se trata en ese caso de una restricción de la norma de separación a ser llenada por otra norma."²⁷

III] Normatividad

En algunos países se ha legislado sobre esta tesis de la desestimación de la personalidad jurídica.

1. *Materia Fiscal.*- En Colombia el Artículo 794.1 sobre materia fiscal admite la desestimación de la personalidad jurídica:

*Art. 794-1. Desestimación de la personalidad jurídica. Cuando se utilice una o varias sociedades de cualquier tipo con el propósito de defraudar a la administración tributaria o de manera abusiva como mecanismo de evasión fiscal, el o los accionistas que hubiere realizado, participado o facilitado los actos de defraudación o abuso de la personalidad jurídica de la sociedad, responderán solidariamente ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.*²⁸

2. *México.*- En nuestro país también en materia fiscal existe una norma en el Código Fiscal de la Federación que permite el alcanzar el patrimonio de los administradores e inclusive el de los accionistas cuando la persona jurídica contribuyente, no le alcanzaren a sufragar los costos tributarios en los que hubiere incurrido.

Dicha disposición se contiene en el Artículo 26 fracción décima del Código Fiscal de la Federación:

Artículo 26.- Son responsables solidarios con los contribuyentes:...

III. Los liquidadores y síndicos por las contribuciones que debieron pagar a cargo de la sociedad en liquidación o quiebra, así como de aquellas que se causaron durante su gestión.

No será aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando la sociedad en liquidación cumpla con las obligaciones de presentar los avisos y de proporcionar los informes a que se refiere este Código y su Reglamento.

La persona o personas cualquiera que sea el nombre con que se les designe, que tengan conferida la dirección general, la gerencia general, o la administración única de las personas morales, serán

²⁷ Müller, Gerd, "Zur Umwandlung von Geldkrediten in Grundkapital fallierender Gesellschaften", ZGR, año 24, nro. 2, 1995, pág. 327.

²⁸ Artículo 794 del Estatuto Tributario Nacional, Colombia.

responsables solidarios por las contribuciones causadas o no retenidas por dichas personas morales durante su gestión, así como por las que debieron pagarse o enterarse durante la misma, en la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizada con los bienes de la persona moral que dirigen, cuando dicha persona moral incurra en cualquiera de los siguientes supuestos:

a) No solicite su inscripción en el registro federal de contribuyentes.

b) Cambie su domicilio sin presentar el aviso correspondiente en los términos del Reglamento de este Código, siempre que dicho cambio se efectúe después de que se le hubiera notificado el inicio del ejercicio de las facultades de comprobación previstas en este Código y antes de que se haya notificado la resolución que se dicte con motivo de dicho ejercicio, o cuando el cambio se realice después de que se le hubiera notificado un crédito fiscal y antes de que éste se haya cubierto o hubiera quedado sin efectos.

c) No lleve contabilidad, la oculte o la destruya.

d) Desocupe el local donde tenga su domicilio fiscal, sin presentar el aviso de cambio de domicilio en los términos del Reglamento de este Código.

Del párrafo tercero del artículo que se acaba de transcribir, es importante resaltar: el uso del término persona moral, la responsabilidad de la personas físicas que tengan a su cargo: la dirección general, gerencia general, así como la administración única. Igualmente se entiende lo anterior como una responsabilidad subsidiaria, ya que menciona: por la parte del interés fiscal que no alcance con los bienes de la persona moral. La responsabilidad se encuentra circunscrita, solo si de da alguna de las cuatro hipótesis señaladas.

A los socios de la persona jurídica, también les puede alcanzar la responsabilidad solidaria, y por lo tanto ser afectados sus patrimonios particulares, en el grado también de responsabilidad solidaria. El Artículo 26 del Código Fiscal Federal transcrito en su Fracción X establece:

Artículo 26.- Son responsables solidarios con los contribuyentes:...

X.- Los socios o accionistas, respecto a las contribuciones que se hubieren causado en relación con las actividades realizadas de la sociedad cuando tenía tal calidad en la parte de interés fiscal que no alcance a ser garantizada con los bienes de la misma, siempre que dicha sociedad incurra en cualquiera de los supuestos a que se refieren los incisos A, B y C de la fracción III de este artículo, sin que la

*responsabilidad exceda de la participación que tenía en el capital social de la sociedad durante el periodo o la fecha de que se trate.*²⁹

Como se advierte, los socios o accionistas tienen responsabilidad solidaria similar a la del liquidador, con la diferencia, como se puede apreciar, en cuanto a la función que desempeña el liquidador y a la participación que los socios tengan en el capital social, de la persona jurídica.

3. *Ley General de Sociedades Mercantiles Artículos 23 y 24.*- La incomunicabilidad patrimonial trae como resultado, por la independencia de patrimonios de los socios y el de la persona jurídica, que los acreedores de la persona jurídica, solo podrán hacer efectivos sus cobros con los bienes de la sociedad. A su vez los acreedores de los socios no podrán afectar el patrimonio de los mismos, sino una vez liquidada la sociedad, y si por efecto de esta liquidación les correspondieran bienes, como parte de la cuota de reembolso sobre los cuales pudiera trabarse una garantía por parte de dichos acreedores.

Los acreedores pueden también, hacer efectivos sus créditos en contra de los accionistas, no solamente cuando se diera el caso, de la entrega de la cuota de liquidación, o cuando la sociedad les pagare a los accionistas dividendos, sino también en los casos de devoluciones de primas o devoluciones de aportaciones adicionales.³⁰

Conforme se establece en el citado Artículo 23 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el acreedor pudiera hacer efectivos sus créditos, mediante traba real de las acciones de los socios, y posteriormente llevando a cabo la adjudicación de las mismas, venderlas o hacerlas suyas, como pago de sus créditos. Pero en ningún caso, podrá afectar directamente el patrimonio de la sociedad.

²⁹ Artículo 26 del Código Fiscal de la Federación, México.

³⁰ El Artículo 23 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México establece textualmente lo siguiente:

“Artículo 23.-Los acreedores particulares de un socio no podrán mientras dure la sociedad, hacer efectivos sus derechos sino sobre las utilidades que correspondan al socio según los correspondientes estados financieros, y, cuando se disuelva la sociedad sobre la porción que le corresponda en la liquidación. Igualmente, podrán hacer efectivos sus derechos sobre cualquier otro reembolso que se haga a favor de los socios, tales como devolución de primas sobre acciones, devoluciones de aportaciones adicionales y cualquier otro semejante.

Podrán, sin embargo, embargar la porción que le corresponde al socio en la liquidación y, en las sociedades por acciones, podrán embargar y hacer vender las acciones del deudor...” Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ha habido opiniones en el sentido, de que de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 24 de la multicitada Ley General de Sociedades Mercantiles, pudiera interpretarse en algunos casos fuera factible la afectación del patrimonio de los particulares en pago de créditos en contra de la sociedad. Para mayor aclaración se transcribirá el Artículo 24, y luego se harán comentarios al respecto.

Artículo 24.- La sentencia que se pronuncie contra la sociedad condenándola al cumplimiento de obligaciones respecto de tercero, tendrán fuerza de cosa juzgada contra los socios, cuando éstos hayan sido demandados conjuntamente con la sociedad. En este caso la sentencia se ejecutará primero en los bienes de la sociedad y, sólo a falta o insuficiencia de éstos, en los bienes de los socios demandados. Cuando la obligación de los socios se limite al pago de sus aportaciones, la ejecución de la sentencia se reducirá al monto insoluto exigible.³¹

La interpretación errónea, dice que cuando se demande conjuntamente a la sociedad con los socios, entonces cabe la posibilidad de afectar los patrimonios de los socios en pago de los créditos de la sociedad.

La interpretación correcta, se puede encontrar en la misma ley, en la segunda parte del citado Artículo 24 y en la exposición de motivos de dicha ley. La segunda parte establece que la obligación de los socios se limita al pago de sus aportaciones, o sea solo responderán por lo aportado, en el caso de que el capital estuviera totalmente pagado. Si el capital no estuviere totalmente pagado, por ley se debe hallar totalmente suscrito. Si se diere este supuesto los socios estarían obligados a responder con parte de su patrimonio, por la parte del capital suscrito no pagado.

La exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece lo siguiente:

La última de las disposiciones del capítulo, Artículo 24, consagra para todas las sociedades un principio que hasta ahora se había limitado injustificadamente a la colectiva y a la comandita, que es el de la posibilidad de que las obligaciones sociales se hagan efectivas subsidiariamente en bienes de los socios, siempre que, para cumplir con lo dispuesto por el Artículo 14 Constitucional,³² sean llamados dichos

³¹ Artículo 24, Ley General de Sociedades Mercantiles, México.

³² El Artículo 14 Constitucional, en su párrafo 2 establece lo siguiente: *El Artículo 14.- ... Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posiciones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las*

socios a juicio. Con esto no se quebranta ninguno de los principios que informan la responsabilidad de los socios en las diversas especies de sociedades, pues claramente queda establecido que cuando la obligación de los socios se limite al pago de sus aportaciones, la ejecución de la sentencia se reducirá al monto insoluto exigible, y en cambio se establece una efectiva protección para los intereses legítimos de los terceros, que deben siempre contar, como garantía de sus derechos, con el monto total del capital social y no solo con la parte exhibida.³³

También es válido considerar, que si el capital social no estuviere totalmente pagado, el acreedor podría, entonces sí, demandar a los socios que se encuentren en esta situación, por la parte suscrita pero no pagada.

4. *Proyecto de Ley.*- En el año 2002 un grupo de Senadores en México, elaboró lo que se llamó *Proyecto de Ley de Desestimación Jurídica Societaria*. La exposición de motivos de dicho proyecto de ley, expresaba lo siguiente:

*"La doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica societaria, conocida también como levantamiento del velo corporativo ha sido diseñada precisamente con el propósito de facultar a la judicatura a prescindir de esta ficción de derecho, cuando la persona jurídica es una simple pantalla de protección de quienes, a través de ella realizan actos en fraude de ley o en perjuicio de acreedores."*³⁴

En la misma exposición de motivos del proyecto de esa ley, se hacen valer una serie de razonamientos acerca de: la aplicación de la desestimación de la personalidad jurídica, la consecuencia de la desestimación y el procedimiento para seguirla, entre otros puntos.

IV] Derecho consuetudinario y Derecho escrito

Estas locuciones significan respectivamente: *i.*- Derecho que nace de la costumbre, es decir de los usos reiterados que una sociedad considera obligatorios y, *ii.*- Derecho originado en

formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho... Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Colección Porrúa, México, 2003, página 19

³³ Artículo 24 Ley General de Sociedades Mercantiles, México.

³⁴ Gaceta Parlamentaria Poder Legislativo, Estados Unidos Mexicanos, número 79 año 2002 Páginas 1 y 2.

normas de carácter general que se formulan en un texto y son dictadas por los poderes públicos.

En todos los pueblos, la primera forma de manifestación del derecho fue la costumbre, los más antiguos textos legales (*Código de Hammurabi*, *Leyes de Manú*) son simplemente la recopilación de costumbres ya existentes. Sin embargo, en Roma desde los tiempos de la República tuvieron una gran importancia el *ius scriptum* (derecho escrito), los senadoconsultos y los plebiscitos.

En las postrimerías del Medievo y durante el Renacimiento el *Corpus Iuris Civilis* influye poderosamente en los derechos positivos de las naciones europeas continentales. Este fenómeno es conocido como *la recepción del derecho romano* y hace perder importancia al derecho consuetudinario.

A principios del siglo XIX, el liberalismo le otorga a la ley el carácter de fuente primordial del derecho. Se considera que la actividad legislativa es la expresión genuina de la voluntad popular, se inicia la labor de codificación cuyo más famoso ejemplo es el Código Civil francés de 1804 (Código Napoleón) y el Código de Comercio de 1807. Asimismo surge la Escuela de la Exégesis, según la cual las decisiones judiciales deben fundarse exclusivamente en la ley. De esta manera se consolida el sistema de derecho escrito que actualmente impera en la mayoría de los países del mundo y para el cual la costumbre es solamente una fuente supletoria de derecho.

México desde la época colonial es un país de derecho escrito. Durante el virreinato la principal fuente de derecho fueron las recopilaciones de las Leyes de Indias promulgadas en diversas fechas por sucesivos monarcas españoles, después de la Independencia, esta tendencia se refuerza provocando que la mayoría de las normas jurídicas mexicanas sean producto de la legislación.

Dependiendo de la forma en que se producen sus normas, el derecho se ha clasificado en: consuetudinario, cuando tiene como fuente a la costumbre y escrito, cuando se origina en la ley.

En los países del llamado derecho consuetudinario, como quedo establecido, se integra por diversas resoluciones dictadas por el órgano legislativo. Por esa razón, también es conocido con el nombre de la *Common Law*. Como último comentario, se puede afirmar que los países en donde impera el derecho escrito, cada día asciende la importancia de las resoluciones dictadas por el Poder Judicial a través de distintas jurisprudencias, como sucede en nuestro país, y se verá en los siguientes capítulos. En sentido

contrario, en los países de la llamada *Common Law*, viene aumentando cada día el uso del llamado derecho escrito.

V] Obligatoriedad de la jurisprudencia

Para Clemente de Diego no consiste solamente en el conocimiento teórico y en la combinación abstracta de las reglas y principios de derecho, sino también y sobre todo en *el arte bien difícil de aplicar el derecho al hecho, es decir, de poner la ley en acción, de restringir o extender su aplicación a las innumerables cuestiones surgidas en el choque de los intereses y en la variedad de las relaciones sociales*.³⁵

1. Fuentes del Derecho

Se conocen como fuentes formales del derecho la ley, la costumbre y la jurisprudencia. El concepto de fuente de derecho, en un sentido técnico y de dogmática jurídica se refiere especialmente a los orígenes próximos del derecho, a la elaboración o producción de las reglas que contienen la modelación jurídica de las relaciones de la vida social y en este sentido más específicamente las que tengan virtud suficiente para producir una nueva regla jurídica, y en tal respecto obligatoria para todos los que comparten la vida en común en un tiempo y lugar determinado, de manera de regirse por ciertos límites, debe ser, que la sociedad misma la considera necesaria para su buen funcionamiento y para el mantenimiento de la paz social.³⁶

La fuente del derecho según López Calera reside en principio en *quien o quienes están autorizados dentro de un sistema jurídico para crear derecho y a cual o cuales son las formas que adopta el derecho*.³⁷

Se ha debatido ampliamente si la jurisprudencia es o no fuente directa o formal de derecho. En esta materia la doctrina se encuentra dividida, encontrando un grupo de autores que le dan el carácter de fuente formal y al contrario quienes mantienen que no lo es.

En el primero de los supuestos se sostiene que la jurisprudencia tiene su fundamento en la costumbre y que su labor radica en la dictación de sentencias en los casos concretos.

³⁵ Clemente de Diego, Felipe: *Las Fuentes del Derecho Civil Español*, Madrid, 1922.

³⁶ *Ibidem*

³⁷ López Calera, Nicolás, *Teoría del Derecho*, editorial Comáres, Granada, España, año 2000.

Para Colin y Capitant es como una disposición nueva de un derecho consuetudinario y práctico que brota de la vida. De manera que aunque no se trate de precedentes vinculantes para los jueces como los del derecho de la *Common Law*, si los inspira de un modo determinante.³⁸

La corriente de opinión que no considera la jurisprudencia como una fuente de derecho se fundamenta en tres principios que son los siguientes: *i.*- no corresponde a los tribunales de justicia el desarrollo de la labor normativa; *ii.*- no contienen las sentencias de los tribunales de justicia la generalidad y la abstracción propia de las normas jurídicas; *iii.*- la falta de seguridad jurídica: la jurisprudencia es cambiante y contradictoria en algunos casos.

2. La Jurisprudencia en Nuestra Constitución Política Mexicana y la Ley de Amparo

La jurisprudencia no es un producto del azar ni se genera de manera espontánea en el ordenamiento jurídico nacional. Al contrario, es el resultado de distintos procedimientos en los que, cumpliéndose en cada uno de ellos con diversos requisitos legales permiten el alumbramiento de la jurisprudencia, con nombre, apellido y desde luego, dotadas de su atributo esencial, que es la obligatoriedad para los órganos jurisdiccionales inferiores a sus emisores.

Asimismo, cada uno de estos procedimientos es seguido por diversos órganos del Poder Judicial de la Federación, competentes legalmente para agotarlos y, de esa forma convertirse en los padres de las jurisprudencias resultantes.³⁹

Los Artículos 94 y 107 de la Constitución Política Mexicana disponen en su parte conducente lo siguiente:

CAPÍTULO IV. Del Poder Judicial

Artículo 94. Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal en los

³⁸ Colin, Ambrosio y Capitant, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, editorial Reus, Madrid, 1952.

³⁹ Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, *La Jurisprudencia en la Nueva Ley de Amparo*.

términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes...

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la Corte, así como remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquéllos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia Corte determine para una mejor impartición de justicia. Dichos acuerdos surtirán efectos después de publicados...

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución...

Artículo 107. Las controversias de que habla el Artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:..

XIII. Cuando los Tribunales Colegiados de un mismo Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, el Fiscal General de la República, en asuntos en materia penal y procesal penal, así como los relacionados con el ámbito de sus funciones, los mencionados tribunales y sus integrantes, los Jueces de Distrito, las partes en los asuntos que los motivaron o el Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, podrán denunciar la contradicción ante el Pleno del Circuito correspondiente, a fin de que decida la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia.⁴⁰

Cuando los Plenos de Circuito de distintos Circuitos, los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito o los Tribunales Colegiados de un mismo Circuito con diferente especialización sustenten tesis contradictorias al resolver las contradicciones o los asuntos de su competencia, según corresponda, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los mismos Plenos de Circuito, así como los órganos a que se refiere el párrafo anterior, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, con el objeto de que el Pleno o la Sala respectiva, decida la tesis que deberá prevalecer...

...Las resoluciones que pronuncien el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia así como los Plenos de Circuito conforme a los párrafos anteriores, sólo tendrán el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectarán las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción;...

⁴⁰ Constitución Política Mexicana, última modificación 27-01-2016

Como podrá observarse fácilmente, en nuestro país la aplicación de la jurisprudencia en los ámbitos de aplicación a que se refieren los dos preceptos constitucionales transcritos obligan a los tribunales señalados a aplicar la jurisprudencia dictada.

Con lo anterior, se puede concluir que la jurisprudencia es una fuente formal del derecho de aplicación obligatoria en los ámbitos de aplicación correspondientes.

Se puede entender que la ley reglamentaria de aplicación de las normas antes transcritas es la Ley de Amparo.

TÍTULO CUARTO. Jurisprudencia y Declaratoria General de Inconstitucionalidad

CAPÍTULO I. Disposiciones Generales

Artículo 215. La jurisprudencia se establece por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución.

Artículo 216. La jurisprudencia por reiteración se establece por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, o por los tribunales colegiados de circuito.

La jurisprudencia por contradicción se establece por el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por los Plenos de Circuito.

Artículo 217. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente.

La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito.

La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Se puede concluir que las vías o métodos para crear jurisprudencia de acuerdo a las últimas disposiciones de la Ley de Amparo, se podrían resumir de la siguiente manera: la vía por reiteración, es la que se puede considerar como el método tradicional de creación. La vía de resolución por contradicción de tesis se consideraría como un método de unificación de criterios,

y por último la de sustitución como la nueva interpretación sobre una jurisprudencia ya creada.

VI] Importancia de la jurisprudencia sobre el caso de la desestimación de la personalidad jurídica

En capítulos anteriores, se trató sobre el origen de esta tesis. Igualmente se argumentó que no existe ninguna normatividad, ley o reglamento en donde se establezca la desestimación de la personalidad jurídica en México, salvo los casos en materia fiscal que ya fueron explicados.

A falta de disposición expresa la jurisprudencia toma una importancia crucial para que se pueda o se deba argumentar sobre la aplicación de la teoría del velo corporativo.

1. Caso España

La formulación de la doctrina del levantamiento del velo en España no se produjo hasta los años ochenta, hasta entonces el Tribunal Supremo de nuestra Madre Patria lo había calificado como *Doctrina de Terceros*. Esto apareció según se desprende de algunas tesis dictadas a principios de los años setenta.

La sentencia del 28 de mayo de 1984 es la que recoge el primer pronunciamiento íntegro en la doctrina del levantamiento del velo. La importancia de esta sentencia ha sido destacada por la doctrina y por la jurisprudencia, que ha tomado como base, o incluso directamente utilizado los considerandos de dicha sentencia para fundamentar jurídicamente otras sentencias posteriores sobre el levantamiento del velo.

La sentencia referida en el párrafo anterior reza en su parte conducente lo siguiente:

... La tesis y práctica de penetrar en el substractum personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar... se pueda perjudicar intereses privados o públicos o bien, se pueda utilizar como camino del fraude, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar en el interior de esas personas... aunque haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al derecho privado.

En España la penetración en la interioridad de los entes societarios por parte de los órganos judiciales en la que el levantamiento del velo produce como efecto principal la comunicación de la responsabilidad personal a las personas físicas

o socios que la integran. Los efectos que en ese país ha traído la aplicación de esta doctrina jurisprudencial han sido los siguientes:

a.- *Mantenimiento de la Personalidad Jurídica del Ente Societario.*- La aplicación del levantamiento del velo no supone que deba prescindirse de la personalidad jurídica del ente de que se trate, ya que solamente actúa reclamando responsabilidad directa al sustrato personal de la sociedad pero sin que el ente social en sí mismo desaparezca o se vea afectado por ello.

b.- *La Extensión de la Responsabilidad.*- La aplicación del levantamiento del velo encuentra un campo apropiado en las sociedades mercantiles de capital ya que es en este tipo de sociedades donde la autonomía patrimonial de la persona jurídica se ve más claramente afirmada. De hecho, en las sociedades civiles y en las mercantiles personalistas no existe.

c.- *Imputación de Responsabilidad Personal en Sociedades de Único Socio.*- En las sociedades unipersonales, que existen en España desde principios de la última década del siglo pasado, la unipersonalidad no es suficiente para fundamentar el levantamiento del velo, sólo si se demuestra el ejercicio abusivo el derecho a constituir sociedades mercantiles.

d.- *Condena de Responsabilidad Solidaria.*- La utilización de esta técnica hace que se extienda la responsabilidad solidaria a los administradores de todas las obligaciones que no hayan sido extinguidas por la sociedad, salvo que se acredite que no habiendo intervenido en el acto o adopción del acuerdo o en su ejecución, desconocían su existencia o conociéndola, hacían todo lo conveniente para evitar el daño, se hubieran opuesto expresamente a aquel o lo hubieran denunciado al Órgano de Vigilancia.

e.- *Negación de Legitimación Activa en Supuestos de Tercería de Dominio.*- Otro de los supuestos típicos de aplicación del levantamiento del velo es la tercería de dominio en aquellos supuestos en los que se utiliza el formalismo y la personalidad jurídica de una sociedad para eludir la acción de la tercería de dominio. Se produce consecuentemente, en aquellos casos en los que se transmiten los bienes que van a ser embargados a una sociedad creada para tal fin y en la que la técnica se aplica para apreciar la identidad de los elementos personales de la sociedad con la entidad ejecutada o el deudor individual embargado.

f.- *Prueba del Levantamiento del Velo.*- Según las reglas generales sobre la carga de la prueba corresponde al que la invoque probar la concurrencia de los presupuestos o indicios necesarios para proceder a una correcta aplicación de la técnica del levantamiento del velo. En este tipo de supuestos frente a la

aparición externa de un negocio válido, quien pretenda su anulación, debe acreditar la presencia de la causa simulada.

2. Estados Unidos de Norteamérica

Como se expresó anteriormente el origen de esta tesis fueron un par de sentencias dictadas en los Estados Unidos. De ahí, como también ya se expresó, existen guías o directrices para saber si se puede aplicar la teoría. O bien como se desprende fácilmente son aplicables cuando existe una controladora con relación a sus subsidiarias.

En ese país se ha proliferado, y podríamos afirmar se ha abusado de la utilización de esta doctrina, al grado de que al día de hoy existen decenas de miles de casos en los que se debate la justificación o no del levantamiento del velo.

VII] Jurisprudencia de la teoría en México

Existe una tesis dictada por los Tribunales Colegiados de Distrito en materia de Administrativa, que por su importancia se transcribe a continuación: El título de la tesis es Técnica del levantamiento del velo de la persona jurídica o velo corporativo. Su sustento doctrinal y la justificación de su aplicación en el procedimiento investigaciones de prácticas monopólicas. El texto de dicha tesis es el siguiente:

En la práctica las condiciones preferenciales o privilegios de que disfrutaban las personas morales no solo han sido usados para los efectos y fines lícitos que persiguen, sino que, en algunas ocasiones, indebidamente han sido aprovechados para realizar conductas abusivas de los derechos o constitutivas de fraude o de simulación ante la ley, con distintas implicaciones que denotan un aprovechamiento indebido de la personalidad de los entes morales, generando afectación a los derechos de los acreedores, de terceros, del erario público o de la sociedad. De ahí que ese aspecto negativo de la actuación de algunas personas morales justifican la necesidad de implementar medios o instrumentos idóneos que permitan conocer realmente si el origen y fin de los actos que aquellas realicen son lícitos, para evitar el abuso de los privilegios tuitivos de que gozan. Luego, con el uso de dichos instrumentos se pretende, al margen de la forma externa de la persona jurídica, penetrar en su interior para apreciar los intereses reales, y efectos económicos o negocio subyacente que existan o latan en su seno, con el objetivo de poner un coto a los fraudes y abusos que por medio de sus privilegios, la persona jurídica pueda cometer en término de los Artículos 2180, 2181 y 2182 del Código Civil Federal. Para ese efecto, podrá hacerse una separación absoluta entre la persona social y

cada uno de los socios, así como de sus respectivos patrimonios, y analizar sus efectos personales de fines, estrategias, incentivos, resultados y actividad, para buscar una identidad sustancial entre ellos con determinado propósito común y ver si es factible establecer la existencia de un patrón de conducta específico tras la apariencia de una diversidad de personalidades jurídicas. Esto es lo que sustenta doctrinalmente a la técnica del levantamiento de velo de la persona jurídica o velo corporativo. Por consiguiente la justificación para aplicar dicha técnica al apreciar los hechos y determinar si son constitutivos de prácticas monopólicas conforme al Artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica, en el procedimiento de investigación relativo, es conocer la realidad económica que subyace atrás de las formas o apariencias jurídico- formales.⁴¹

Han aparecido otras tesis aisladas que de alguna manera vienen a corroborar lo que se ha venido sosteniendo en este capítulo.

Hay que distinguir la diferencia entre la existencia de la jurisprudencia sobre el tema, que fue la tesis transcrita anteriormente con las tesis aisladas que han venido surgiendo.

Existen algunas tesis en el sentido opuesto que se citan a continuación:

VELO CORPORATIVO. ES UN INSTRUMENTO PARA PROTEGER EL NÚCLEO SOCIETARIO DE UNA EMPRESA, QUE DEBE LEVANTARSE CUANDO SE ATENTA CONTRA EL PRINCIPIO DE BUENA FE.

Esta tesis en sus partes conducentes:

...El velo corporativo implica una protección o coraza generada en la costumbre mercantil, para proteger el corazón societario de una empresa... En lo interno hay quienes definen esa apariencia o coraza corporativa como la separación del patrimonio y de la responsabilidad de los socios de los de la persona moral...

⁴¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, noviembre del 2008, 9° época página 1271, Tesis I cuarto. A. J/ 70. Los artículos del Código Civil que se citan en esta tesis dicen lo siguiente: “Artículo 2180.-Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas.” “Artículo 2181.- La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.” “Artículo 2182.-La simulación absoluta no produce efectos jurídicos. Descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare.” Código Civil Federal, op. cit. página 202

Lo anterior refuerza evidentemente lo sostenido anteriormente acerca de la incomunicabilidad patrimonial.⁴²

VELO CORPORATIVO. ES UNA GARANTÍA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS ÁMBITOS INTERNO Y EXTERNO DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL, QUE CONTRIBUYE AL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PERSONALIDADES.

Se transcriben sus partes relevantes:

En lo interno hay quienes definen el velo corporativo como la separación del patrimonio y de la responsabilidad de los socios de los de la sociedad... Sin duda, el velo corporativo es una necesidad y una garantía para el desarrollo empresarial y comercial... sin interferencias permanentes que afecten los elementos sustanciales y particulares del proceso y de la inversión...es conocido que los socios tan sólo están obligados al pago de sus acciones o aportaciones, es decir, su responsabilidad se constriñe a aquella derivada del pago de su participación social, únicamente. Por ello, en estricto derecho no serán los socios responsables por las deudas de la sociedad...⁴³

Queda claro entonces que la aplicación de la teoría, afectaría al tráfico normal de la operación mercantil y específicamente al Derecho Societario.

Ojalá que la aparición de estas tesis trajera como consecuencia la atracción por parte del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por estar en el supuesto de *contradicción de tesis*, ya referido anteriormente.

VIII] Conclusiones

Como podrá observarse estas tesis jurisprudenciales mexicanas, definen, o más bien resumen lo que la doctrina conoce como el *develo corporativo*. Llama la atención, de la primera resolución transcrita el no distinguir entre: conductas abusivas de derechos, constitutivas de fraude y las de simulación

⁴² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, 2004354 Tesis: I.So.C.69 C (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3, Pág. 1746, Tesis Aislada (Civil).

⁴³ QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 740/2010. Spectrasite Communications, Inc. 15 de diciembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.

Tesis: I.So.C.68 C (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, 2004355, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3, Pág. 1747, Tesis Aislada (Civil).

que son aspectos distintos de tratamiento de la citada tesis del develo de la personalidad jurídica. Se ha sostenido que con el abuso del derecho, no necesariamente se violentan derechos de tercero, que si lo serían en el caso de la comisión de un fraude, o de una simulación, tratados en el Código Civil.

Consecuentemente no se daría el mismo tratamiento, en los casos de ser solo cuestiones relativas a la licitud, buena fe, o incluso a violaciones de buenas costumbres.⁴⁴

Habría que distinguir claramente cuando la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, se emplea para evitar la comisión de ilícitos, para ocultar dolosamente a los participantes en una persona jurídica mercantil, casos en los cuales, se podría considerar perfectamente admisible, el develamiento de los intereses que se pretenden llevar a cabo con la constitución de un ente jurídico distinto a los socios.

Lo que se podría considerar como un peligro para el desarrollo del derecho societario es llevar al extremo su aplicación, podría traer como consecuencia una afectación directa al concepto de la persona jurídica como tal, y en especial a la persona jurídica mercantil. Se tendría el riesgo de desaparecer la confianza de los que de buena fe crearan una persona jurídica distinta a la de los socios con el objeto, totalmente legítimo, de proteger su patrimonio particular, aportando a la sociedad, los bienes *suficientes* para poder llevar a cabo el cumplimiento del objeto social.

Consecuentemente también, se alteraría el principio de la incomunicabilidad patrimonial, antes referida, que es base y sustento, de todo el derecho societario.

De cualquier forma, se cuestiona si se está en el inicio, de que en México se empiece a desarrollar en forma jurisprudencial esta tesis, como se ha venido dando en los tribunales norteamericanos.⁴⁵

Lobato de Blas sostiene que es necesario decir ante una técnica que es tan positiva en sus efectos como peligrosa si se lleva a cabo un mal uso o una utilización excesiva de la misma.

Por un lado es una técnica que permite la consecución de la justicia en el ámbito societario en aquellos casos en los que se utiliza abusivamente y cometiendo fraude la personalidad jurídica

⁴⁴ El Código Civil Federal Mexicano refiere a que todo individuo debe de conducirse en su actuación de acuerdo con el principio de buena fe, y no le es lícito realizar actos abusando de sus derechos y no basta que su conducta sea formalmente válida, sino también deberá hacerlo desde el punto de vista material.

⁴⁵ García Velasco, Gonzalo, op. cit.

escudándose en el formalismo de la misma, utilizadas por los tribunales para hacer frente a posibles abusos para los cuales, como es lógico, no fueron creadas las personas jurídicas.⁴⁶

Sin embargo, por otro lado, hay que tener en cuenta que una utilización excesiva de la misma puede dar lugar a la ruptura de varios de los grandes principios y pilares del Derecho Societario como son la plena autonomía patrimonial de la sociedad respecto de los socios.

Por ello se podía decir que se está ante un arma de doble filo, ya que por un lado puede conllevar efectos positivos, pero por el otro lado puede hacer desaparecer el derecho de las sociedades mercantiles tal y como se le conoce.

Bibliografía

- ALVARADO, Esquivel, Miguel de Jesús, *La Jurisprudencia en la Nueva Ley de Amparo*.
- BOLDÓ, Roda, C, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado*, Pamplona, España, Editorial Aranzadi, 1997.
- BRUNETTI, Antonio, *Tratado del Derecho de las Sociedades*, Madrid, Orlando Cárdenas editor, 1954.
- CABANELLAS, Guillermo, *Contratos Relativos a la Administración Societaria*, Heliasta, Buenos Aires, 1994.
- CAPUTO, Leandro Javier, *Inoponibilidad de la Persona Jurídica Societaria*, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- CASTRO Y BRAVO, Federico, *La Persona Jurídica*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1984.
- CLEMENTE De Diego, Felipe, *Las Fuentes del Derecho Civil Español*, Madrid, 1922.
- Código Fiscal de la Federación, México.
- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, editorial Reus, Madrid, 1952.
- DEL ÁNGEL Yáguez, Ricardo, *La Doctrina del Levantamiento del Velo, de la Personalidad Jurídica en la Jurisprudencia*, 3º edición, Civitas, Madrid, España, 1995.
- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, México, 1995.
- DOBSON, Juan, *Abuso de la personalidad jurídica*. Depalma 1991
- Estatuto Tributario Nacional, Colombia.
- FERRARA, Francesco, *Teoría de las Personas Jurídicas*, México, Jurídica Universitaria, 2002.
- Gaceta Parlamentaria Poder Legislativo, Estados Unidos Mexicanos*, número 79 año 2002.

⁴⁶ Lobato de Blas, J., *Excesos en la Teoría del Levantamiento del Velo de las Personas Jurídicas*, año 1993.

- GARCÍA Velasco, Gonzalo, *Persona Jurídica*, 2ª. Ed., Porrúa, México, 2015.
- LEDEZMA Uribe, Bernardo, *Abuso de la Persona Jurídica, en Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Porrúa, México, 1984.
- LEFEBRE, Francis, *Sociedades Mercantiles, Santiago de Compostela*, Ediciones Lefebre, 2008.
- Ley General de Sociedades Mercantiles, México.
- LOBATO de Blas, J., *Excesos en la Teoría del Levantamiento del Velo de las Personas Jurídicas*, año 1993.
- LÓPEZ Calera, Nicolás, *Teoría del Derecho*, editorial Comáres, Granada, España, año 2000.
- RICHARD, Efraín Hugo, *Relaciones de Organización Sistema Societario*, Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2007.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, 2004354 Tesis: I.5o.C.69 C (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XXIII, agosto de 2013, Tomo 3.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, noviembre del 2008, 9º época página 1271, Tesis I cuarto. A. J/ 70.
- SUÁREZ Anzorena, *Personalidad de las Sociedades*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973.

Fecha de recepción: 25 de octubre de 2016

Fecha de aprobación: 1 de diciembre de 2016

Los derechos de veto en la Sociedad Mercantil

HUGO GONZÁLEZ GARCÍA¹

SUMARIO: I. *¿Qué es el veto?* II. *El veto en las leyes mexicanas.* III. *¿Por qué surgió en materia societaria el llamado derecho de veto?* IV. *Acciones con derecho de veto en la LGSM.* V. *El veto como derecho.* VI. *¿Por qué se da el veto?* VII. *Instrumentos para tutelar sus intereses los minoritarios.* IX. *Veto inverso.* X. *Normas que deben regular el veto.*

Resumen. La Ley General de Sociedades Mercantiles, fue reformada según publicación en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 13 de junio de 2014, para introducir diversas disposiciones relativas al gobierno corporativo e incentivar la inversión de capital de riesgo. Entre ellas, eliminó diversas restricciones que existían en el sistema rígido societario, particularmente en la sociedad anónima, para adecuarlas a esquemas estructurados en el extranjero. Así, se permiten estipulaciones estatutarias que antes pudieran haber sido consideradas como desnaturalizadoras del tipo social, y del mismo modo se eliminó la prohibición de los pactos entre accionistas que comprometieran la libertad de voto, convenios que antes de la reforma se consideraban nulos. Entre las figuras a destacar, se encuentran las acciones que confieren derecho de veto, así como las conocidas como acciones de voto necesario. Todo ello, para proteger los intereses de los inversionistas que asumen la posición de socios minoritarios en la sociedad anónima. El presente trabajo pretende distinguir las figuras de veto en sentido estricto y los derechos de veto.

Palabras clave: Derecho de veto, veto.

Abstract. *The Mexican General Corporations Law was amended by the publication in the Federal Official Gazette on June 13, 2014, to introduce various provisions regarding to corporate government and to encourage venture capital investment. Among them, several restrictions that existed in the rigid corporate system*

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

were removed, particularly in the stock corporations, to adapt them to the structure abroad. So, statutory provisions that might have been considered denaturalizing the social type were allowed, and likewise the prohibition of shareholder agreement that compromised the freedom of voting, which before of the amendment were considered void, were eliminated. Among the figures worthy of note are the shares that grant veto rights, as well as those known as necessary vote shares. All this, to protect the interest of the investors who assume the position of minority shareholders in the stock corporations. This work sets to distinguish the veto figures in the strict sense and the veto rights.

Keywords: Veto rights, veto.

I] ¿Qué es el veto?

Conforme el Diccionario de la Lengua Española, el término veto proviene del latín *veto, yo vedo, prohíbo*, y consiste, sea en el derecho que tiene una persona o corporación para vedar o impedir algo, o en la acción y efecto de vedar. En tanto que vedar, es un verbo transitivo que significa *prohibir por ley, estatuto o mandato*, así como *impedir, estorbar o dificultar*.

De las definiciones expuestas, vemos que el veto implica prohibir, impedir, obstaculizar *algo*. Ese *algo* puede corresponder a innumerables situaciones o incluso personas. Así, se puede vetar una propuesta, un acuerdo, a un actor (como acostumbran hacer ciertas compañías productoras de cine o televisión), a una persona que vaya a ocupar un cargo, etc.

El veto puede ser visto desde diversas perspectivas, sea como una facultad o poder de impedir un acto emanado o producido un acto colectivo, o incluso complejo. Asimismo, el veto puede corresponder a una autoridad (veto de derecho público) o bien a una o más personas determinadas sin que su acto sea atribuible en carácter de autoridad (veto de derecho privado). Ese poder de impedir puede devenir de una facultad o de un derecho.

De manera general podemos considerar que el veto consiste en la facultad, poder o derecho que tiene una persona determinada, para, respecto de un acto unilateral, bilateral o colectivo, oponerse, prohibir, rechazar, etc., una propuesta, acuerdo o medida determinada, sin tomar en cuenta el número de personas o votos que la han sometido a consideración o que incluso se han manifestado a favor.

Facultad de veto del Presidente de la República. Conforme lo señala Carpizo,² al referirse al veto *presidencial* previsto por nuestra Constitución Federal (Art. 72 C), las *finalidades* del veto, entre otras, son: a) Evitar la precipitación en el proceso legislativo, tratándose de impedir la aprobación de leyes inconvenientes o que tengan vicios inconstitucionales. b) Capacitar al Ejecutivo para que se defienda 'contra la invasión y la imposición del Legislativo'. Por lo anterior, se trata de *impedir* o *evitar* la *imposición*.

El propio Carpizo cita a Rabasa en relación con las críticas que éste realizó a la Constitución de 1857 que habilitaba a la mayoría para superar el veto presidencial (según Reforma del 13 de noviembre de 1874), en el sentido que era necesaria una mayoría de dos tercios de los votos. Decía que era equivocado decir que el veto serviría para despojar al congreso de la facultad legislativa, ya que *el privilegio del veto no tiene tal poder, porque es simplemente negativo: es la facultad de impedir, no de legislar.* (p. 393). De lo dicho por Rabasa, obtenemos otros elementos que caracterizan al veto: es una *facultad*; se ejerce para *impedir* acuerdos o resoluciones tomadas *por cierta mayoría*, y es *negativo*. Agregamos que es de carácter excepcional o especial.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha analizado en diversas tesis la facultad de veto del Presidente de la República, de las cuales se pueden sintetizar los siguientes alcances: (i) Es un *medio de control político*. Ese medio de control es un contrapeso a la actividad del Poder Legislativo (Primera Sala, Registro: 167282).- (ii) El *derecho* de veto del Presidente de la República es de *ejercicio libre*, ya que no hay disposición constitucional que limite el ejercicio de este derecho en cuanto a su contenido (Primera Sala, Registro: 167267).- (iii) El ejercicio del veto *no se sustenta necesariamente en razones de derecho*, sino bajo argumentos y razones políticas y no sujetas a un método jurídico (Primera Sala, Registro: 167267).- (iv) La SCJN *no puede establecer parámetros* que *ni siquiera se encuentran establecidos en la Norma Fundamental* (Primera Sala, Registro: 167282).- (v) La omisión del ejercicio del derecho de veto *no implica el consentimiento tácito* de la resolución que se podría haber vetado (Pleno, Registro: 173929).

² CARPIZO, Jorge, *Veto presidencial*, Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1982, t. 8, pp. 392-394.

II] El veto en las leyes mexicanas

La figura del veto no es muy empleada por las leyes mexicanas, ya que a pesar del ingente número de ordenamientos legales federales que existen en México, sólo un reducido número de ellos se refieren de manera expresa al veto, y de entre ellos, solamente cuatro lo aplican en el ámbito privado, es decir, como facultad o derecho de personas que no correspondan al derecho público.

1. Veto de carácter administrativo

a.- *Leyes administrativas.* Las disposiciones de derecho público que ocurren al veto, lo hacen para suspender acuerdos, y para oponerse a selección de aspirantes.

Suspender acuerdos. El Art. 222 Ley del Seguro Social, dispone que el Director General del Instituto Mexicano del Seguro Social puede vetar acuerdos del Consejo Técnico hasta que resuelva la Asamblea General; por su parte, los Arts. 11 y 16 Ley Orgánica de la Universidad Autónoma Metropolitana, faculta al Rector General para vetar acuerdos del Colegio Académico, en tanto la Junta Directiva resuelva en definitiva.

*Oponerse a la selección de aspirantes para ocupar vacante o nuevo puesto en dependencias federales.*³ En el caso de la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal (LSPCAPF), el veto debe ser opuesto de manera razonada.⁴ La SCJN ha interpretado esto último como: (i) Esa facultad de veto está sujeta a un estándar de motivación reforzada, es decir, que se advierta la existencia de una consideración sustantiva, objetiva y razonable y no meramente formal de la normativa aplicable, la cual esté centrada en los principios de *legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia*⁵.- (ii) La facultad de veto *no puede ejercerse de manera abiertamente discrecional* ni entenderse como una potestad ilimitada, sino como un instrumento de decisión para

³ Art. 74 LSPCAPF.

⁴ Art. 74, de la LSPCAPF. Cada dependencia de la administración pública, contará con un Comité de selección para el ingreso de nuevos funcionarios, y compuesto por tres personas, entre ellas el Oficial Mayor de la dependencia o su equivalente. Éste tiene veto a la selección de los demás miembros del Comité.

⁵ Tesis "SERVICIO PROFESIONAL DE CARRERA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE VETO ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 74, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY RESPECTIVA, ESTÁ CONDICIONADO A UN ESTÁNDAR DE MOTIVACIÓN REFORZADA". Primera Sala, Registro: 2004111.

ejercer un control ulterior *sobre cierta cuestión*, a la cual sólo se deba acudir para acreditar objetivamente una situación excepcional.⁶ En los otros ordenamientos señalados en este inciso no existen condiciones para su ejercicio.

La Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, siguiendo lo que establece el Art. 70 de la Constitución Federal dispone que la propia Ley, sus reformas y adiciones *no podrán* ser objeto de veto (Art. 3o, numeral 2).

b.- Leyes Financieras. Asimismo, y dentro de las facultades de derecho público que las leyes federales habilitan a ciertas autoridades a ejercer el veto, encontramos una constante en las leyes financieras.

(i) Vetar normas de autorregulación expedidas por organismos autorregulatorios (Art. 231 Ley Mercado de Valores – LMV-, facultad de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores – CNBV-).⁷ Dentro de sus respectivas competencias la misma facultad tienen la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas –CNSF- (Art. 117 Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas –LISF-), y la CNBV (Art. 115 Bis Ley de Ahorro y Crédito Popular –LACP-). *Condiciones:* La Ley de Instituciones de Crédito –LIC- faculta a la CNBV para vetar normas de organismos autorregulatorios bancarios cuando considere que éstas puedan afectar el sano y equilibrado desarrollo del sistema financiero, en protección de los intereses del público, en cuyo caso tales normas no iniciarán su vigencia o quedarán sin efectos (Art. 7 bis 3).-

(ii) Vetar funcionarios. Ordenar la suspensión, remoción o destitución de consejeros y directivos de: organismos autorregulatorios bancarios (Art. 7 bis 3, Fracc. II LIC); la CNSF tiene la misma facultad (Art. 106 LISF), y en relación con los consejeros y directivos de organizaciones aseguradoras y afianzadoras, la Junta de Gobierno de la CNSF podrá vetar sus nombramientos (Art. 369 LISF). A los consejeros, miembros del comité de auditoría, comisario, director o gerente general de las sociedades financieras populares o de sus organismos autorregulatorios, la CNBV podrá vetarlos (arts. 31 y 115 Bis LACP). *Condiciones:* En materia de

⁶ Tesis “SERVICIO PROFESIONAL DE CARRERA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. LA FACULTAD DE VETO ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 74, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY RELATIVA, DEBE INTERPRETARSE DE CONFORMIDAD CON LOS ARTÍCULOS 109 Y 113 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”. Primera Sala, Registro: 2004112.

⁷ El Art. 229 LMV señala las funciones de los organismos autorregulatorios. En la abrogada LMV se otorgaba esa misma facultad a la CNBV para vetar normas de autorregulación contenidas en el reglamento interior de las bolsas de valores elaborado por ellas mismas -Art. 37, segundo párrafo-.

suspensión, remoción o destitución de consejeros y directivos de organismos autorregulatorios bancarios, la LIC –Art. 7 bis 3, Fracc. 2- condiciona la facultad de la CNBV cuando cometan infracciones graves o reiteradas a la LIC y demás disposiciones de carácter general que emanen de ella. En tales casos, el veto será de tres meses hasta cinco años (ej. arts. 106 y 117 LISF).-

(iii) Oponerse al nombramiento de liquidador (de casa de bolsa, facultad de la SHCP, Art. 156 LMV; de Sociedad Controladora, Art. 126 Ley para Regular las Agrupaciones Financieras –LRAF-;⁸ de fondos de inversión, de sociedades operadoras de fondos de inversión, sociedades distribuidoras o valuadoras de acciones de fondos de inversión arts. 14 bis 10 y 83 bis Ley de Fondos de Inversión –LFI-). *Condiciones:* Las LMV, LRAF, LFI, facultan a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Comisión Supervisora,⁹ CNBV, CNSF para oponer veto a la designación de *liquidador*, cuando consideren que: (1) El liquidador no cuenta con suficiente calidad técnica, honorabilidad e historial crediticio satisfactorio para el desempeño de sus funciones; (2) El liquidador no reúna los requisitos al efecto establecidos,¹⁰ y (3) Haya cometido infracciones graves o reiteradas a la LMV o a las disposiciones de carácter general que de ella deriven.-

(iv) Vetar operaciones, productos y servicios de sociedades financieras populares (facultad de la CNBV, Art. 121 Bis, LACP), o de ciertas sociedades cooperativas de ahorro y préstamo (Art. 67 Ley para regular las actividades de las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo –LRASCAP-). *Condiciones:* El veto solo procede cuando la CNBV estime que pudieran tener efectos ruinosos para la sociedad financiera popular, o bien, afectar de manera

⁸ La abrogada LRAF señalaba como facultad de la Comisión que supervisara a la Sociedad Controladora, para vetar *miembros del consejo de administración, directores generales, comisarios, directores y gerentes y funcionarios* con uso de firma social de una Sociedad Controladora, cuando considerarse que no cuentan con la suficiente calidad técnica o moral para el desempeño de sus funciones, o no reúnan los requisitos al efecto establecidos o incurran de manera grave o reiterada en infracciones a la LRAF o a las reglas generales que de ella deriven (Art. 27). Tal facultad se extendía para vetar a auditores externos independientes de las sociedades controladoras cuando incurriesen de manera grave o reiterada en infracciones a la LRAF o las disposiciones de carácter general que de la misma emanen.

⁹ Un grupo financiero estará sujeto a la supervisión, sea de la CNBV, CNSF o CONSAR, según lo determine la SHCP (arts. 5o. y 102 LRAF).

¹⁰ El Art. 156 LMV remite al Art. 128, que establece los requisitos que debe satisfacer el director general de casa de bolsa.

significativa su solvencia, liquidez o estabilidad (Art. 121 Bis LCAP, y 67 LRASCAP).-

(v) Vetar modificaciones a comisiones y otros cargos contenidos en las normas internas de los sistemas de pagos emitidas por la sociedad, entidad o institución financiera que opere un sistema de pagos, facultad del Banco de México (Art. 7 Ley de Sistemas de Pagos –LSP-). *Condiciones:* Antes de ejercer la facultad de vetar modificaciones a comisiones y otros cargos contenidas en las normas internas de los sistemas de pagos, el Banco de México deberá escuchar al administrador del sistema de pagos que corresponda (Art. 7 LSP).

2. Veto de carácter privado

a.- *En materia de sociedades cooperativas.*- La Ley General de Sociedades Cooperativas –LGSC-, publicada en el año de 1994 introdujo la figura del veto en materia societaria, como *derecho del Consejo de Vigilancia, para el solo objeto de que el Consejo de Administración reconsidere las resoluciones vetadas* (Art. 46). Por su parte, el Art. 38, Fracc. III se refiere a *resoluciones y a acuerdos*. Las primeras corresponden a la asamblea general y los segundos al consejo de administración.

Ahora bien, el citado Art. 46 habla de que el veto ejercido por el consejo de vigilancia, será respecto de *resoluciones*, sin señalar qué órgano es que las toma. De la diferencia marcada por el Art. 38, Fracc. III, pudiera aventurarse que se refiere a las resoluciones de la asamblea general; sin embargo, el Art. 46 dispone que el veto deberá ejercitarse ante el presidente del consejo de administración, e implementarse dentro de las 48 horas siguientes a la resolución vetada. De ello, pudiera seguirse que el veto es respecto de los acuerdos del consejo de administración, ya que, de estimarse necesario, se convocará a una asamblea general extraordinaria, para que se avoque a resolver el conflicto. Por ello no atinamos a asegurar respecto de qué resoluciones puede el consejo de vigilancia ejercer ese derecho de veto.¹¹

b.- *En materia concursal.*- En 2014 se adicionó un Art. 161 Bis a la Ley de Concursos Mercantiles (LCM), mismo que dispone

¹¹ La única referencia al veto en las cooperativas la encontramos en la tesis “COOPERATIVAS, CONTRATOS CELEBRADOS POR LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LAS”, en donde el tema no es el que nos ocupa, ya que de manera tangencial o incidental señala que el derecho de veto del consejo de vigilancia de una sociedad cooperativa tiene como única consecuencia el suspender las operaciones mientras resuelve la asamblea (Tercera Sala, Registro: 345938).

que los titulares de créditos colectivos por instrumentos colocados en el mercado de valores a cargo del comerciante en concurso, podrán pactar el procedimiento para votar la suscripción del convenio previsto por la LCM. En asamblea general de tenedores, podrán discutir y aprobar o rechazar el convenio. En su caso, *podrán vetar el convenio ya suscrito*. No existe justificación en la Exposición de Motivos, ni en los dictámenes para la introducción de ese derecho.

Llama la atención que la LCM habilite a los titulares de créditos colectivos de instrumentos colocados en el mercado de valores para vetar el convenio *ya suscrito*, mismo que en términos del Art. 157, es eficaz cuando es suscrito por el comerciante y sus acreedores reconocidos que representen más del 50% de los créditos de ciertos acreedores. Derecho que se otorga sin considerar el monto que represente dicho crédito colectivo, así como tampoco existe regulación alguna sobre el ejercicio de tal derecho, salvo lo relativo a los requisitos de quorum de asistencia y votación.

c.- *En materia societaria*.- El primer ordenamiento que introdujo en las sociedades mercantiles, de manera expresa, la posibilidad de establecer en sus estatutos el veto como derecho para los accionistas, fue la nueva LMV, al crear el subtipo societario llamado sociedades promotoras de inversión (SAPI), según publicación en el DOF de 30 de diciembre de 2005.

El nuevo Art. 12 LMV dispuso que las sociedades anónimas pueden constituirse como sociedades anónimas promotoras de inversión o adoptar tal modalidad. Las SAPI quedan sujetas a las disposiciones especiales de la LMV, y en lo no previsto por dicha ley, por la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM). Por su parte, el Art. 13 estableció que en los estatutos de las SAPI, además de los requisitos que a esa fecha preveía el Art. 91 LGSM,¹² se podrían prever ciertas estipulaciones, *sin perjuicio de lo establecido* por el Art. 16, Fraccs. I a V de la LMV.

Ahora bien, en lo que aquí interesa, la LMV, en su Art. 13, Fracc. III dispone que *en los estatutos* de las SAPI, se pueden incluir estipulaciones que permitan emitir acciones, *distintas* de las señaladas en los Arts. 112 y 113 LGSM, que: (i) no confieran derecho de voto o que el voto se restrinja a algunos asuntos.- (ii) otorguen derechos sociales no económicos distintos al derecho de voto o exclusivamente el derecho de voto.- (iii) limiten o amplíen

¹² Esos requisitos, siguen siendo los mismos en las fracciones I a VI, del Art. 91 LGSM.

derecho a percibir dividendos u otros derechos económicos.- ¹³ (iv) *confieran el derecho de veto o requieran del voto favorable de uno o más accionistas*, respecto de las resoluciones de la asamblea general de accionistas.

Deben respetarse derechos de minorías.- De la redacción del Art. 13 LMV, al hacer referencia a que las SAPI podrán emitir ciertas clases de acciones, *sin perjuicio de lo establecido por el Art. 16, Fraccs. I a V*, se desprende que *deben respetarse en todo caso* los derechos establecidos en dichas fracciones.

III] ¿Por qué surgió en materia societaria el llamado derecho de veto?

Con fecha 31 de marzo de 2005, el Ejecutivo presentó ante el Senado una iniciativa de Ley del Mercado de Valores.¹⁴ Respecto de lo que aquí interesa, el Ejecutivo planteó una serie de cuestiones que detienen o desincentivan la inversión en nuestro país, señalando que existe un bajo número de inversionistas y de empresas listadas en el mercado de valores, lo que provoca un bajo valor de capitalización y liquidez de las acciones en comparación del tamaño de nuestra economía.

El Ejecutivo advirtió la creciente *competencia mundial* para obtener recursos para las empresas, y que en otros países existen *marcos legales flexibles* para los *inversionistas institucionales*, en donde el marco normativo de cada país es un factor clave para el destino de las inversiones. De ahí que, en su opinión, para atraer inversiones *es imperativo contar con regulación que cumpla con estándares internacionales* que rigen los principales mercados de capitales, y que a pesar de que cada país cuenta con normas diferentes, todas ellas se rigen bajo ciertos principios rectores: (i) revelación de información al público inversionista.- (ii) derechos de minorías.- (iii) buen gobierno corporativo. La manera en que sugería se materializaran tales principios, y para *reforzar la confianza del público inversionista*, es mediante reglas de organización societaria que protejan la propiedad y derechos de los inversionistas, y mediante el establecimiento de medidas de control en la unilateralidad de las decisiones.

¹³ En todo caso, se debe observar la prohibición de introducir pacto leonino en términos del Art. 17 LGSM. Como se ve más adelante, la reforma de 2014 a la LGSM no incluyó esta clase de acciones.

¹⁴ Gaceta del Senado.- Jueves 31 de marzo de 2005, LIX/2SPO-103/4281.- Consultable en <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=4281>

Se refirió a los avances que se habían logrado mediante las reformas a la LMV en 2001; sin embargo, las reformas de 2001 no fueron suficientes al no existir medidas para: (i) fomentar el acceso de medianas empresas al mercado de valores.- (ii) incentivar el capital de riesgo (*Venture Capital*).¹⁵ (iii) facilitar que empresas familiares pasen a ser empresas públicas. Por ello, entre otros objetivos, la Iniciativa de 2005 de reformas a la LMV buscó: (i) desarrollar el capital de riesgo.- (ii) promover la adopción de buenas prácticas de gobierno corporativo.- (iii) establecer adecuados derechos a los accionistas minoritarios.

Diagnosticó que la falta de capital de riesgo se debe a dos fallas en el marco jurídico mexicano: los potenciales inversionistas carecen de una protección adecuada para ejercer derechos, y la LGSM contiene una serie de prohibiciones que desincentivan las inversiones de capital de riesgo al dificultar su salida después de su maduración. En razón de ello, tanto los inversionistas como las empresas receptoras de capital de riesgo han tenido que idear esquemas generalmente estructurados en el extranjero, que son jurídicamente complejos, onerosos y cuya validez bajo el régimen jurídico mexicano podría ser cuestionada. Con la creación de la SAPI se pretendió eliminar los obstáculos para la atracción de capital de riesgo, mediante dos ejes fundamentales que implicaron excepciones a las normas establecidas en la LGSM: libertad de establecer pactos estatutarios, así como para poder celebrar pactos parasociales o pactos de socios.

En todo el proceso legislativo, no se tocó el tema de la posibilidad de convenir estatutariamente la emisión de acciones con derecho de veto, ni tampoco existen pormenores sobre su aplicación. Simplemente se insertó esa posibilidad.

Así, México se inscribió en *The race to the bottom*, y entró de lleno a la llamada por TIMMERMANS, *Delawarisation* del derecho societario nacional.¹⁶

IV] Acciones con derecho de veto en la LGSM

Pasaron ocho años para que el legislador introdujera en la LGSM, para las sociedades anónimas,¹⁷ la posibilidad de emitir acciones con derecho de veto, mediante un trasvase casi literal de los Arts. 13 y 16, Fracc. VI LMV a los Arts. 91, fr. VII y 198 LGSM. Proceso legislativo.

¹⁵ A su lado existen los llamados *angel investors*.

¹⁶ Christiaan W.A. Timmermans, *Company law as ius commune?*, p. 5.

¹⁷ Y de rebote a las sociedades en comandita por acciones, según Art. 208.

En la Exposición de Motivos contenida en la Iniciativa de reformas a la LGSM presentada el 11 de octubre de 2012 ante la Cámara de Diputados por un integrante del Grupo Parlamentario de Acción Nacional, y que posteriormente se cristalizó en las reformas publicadas en el DOF de 13 de junio de 2014, entre otros objetivos se señala el de implementar *las mejores prácticas internacionales para impulsar la competitividad y productividad a nivel nacional, mediante la modernización, y simplificación administrativa de las disposiciones que rigen la actividad mercantil en nuestro país*, así como el de modernizar el *régimen de administración y vigilancia de las Sociedades Mercantiles*. Dentro del apartado relativo a la implementación de las mejores prácticas internacionales, la Iniciativa refiere que el Banco Mundial ha mencionado que tales prácticas se inclinan por *permitir mayor flexibilidad a los acuerdos entre accionistas y conceder mayor libertad contractual entre los mismos*. En México, continúa la Iniciativa, el *sistema rígido* existente en esa materia ubica al país en desventaja para atraer inversiones.

Así, la Iniciativa se refiere a que la LGSM, según las *mejores prácticas internacionales*, debe reconocer la autonomía de la voluntad de los accionistas y permitir acuerdos relativos a los derechos de compra, venta y limitaciones sobre el derecho de voto, y con ello lograr se potencialice el valor de la sociedad sin favorecer a un determinado accionista o grupo de accionistas. Para tal fin, se debía eliminar la prohibición contenida en el Art. 198 de cualquier acuerdo que restringiera la libertad de voto de los accionistas, ya que tal disposición *atenta contra el principio de libertad en la conducción de la sociedad por parte de los accionistas*, además de que *también limita los derechos de propiedad y toma de decisiones por parte de los mismos*.

Como solución a dichos obstáculos, se buscó con la Iniciativa, eliminar las restricciones, *a fin de permitir la emisión de acciones con características especiales relacionadas con los derechos de voto, partiendo del supuesto de que serán las propias sociedades las que de acuerdo a sus necesidades definirán las clases y tipos de acciones que desean emitir*. Esto dotará de *certidumbre jurídica a los tenedores de los títulos y a las sociedades emisoras de los mismos*.

En dicha Iniciativa se propuso el texto reformado, entre otros, de los Arts. 91 y 198 LGSM, pero *sin hacer mención específica al derecho de veto*.

El Dictamen de las Comisiones de Diputados¹⁸ señaló que las dictaminadoras están convencidas de que las mejores prácticas internacionales pregonan la emisión de acciones con características especiales relacionadas con los derechos de voto, *mismas que serán definidas sobre la base de sus propias necesidades*, y por tanto, este régimen solamente será aplicable a las sociedades que opten por reconocer la existencia de esos acuerdos, y que *se mantiene vigente el principio de que una acción es equivalente a un voto* (quinta consideración del Dictamen).

Presentado el Dictamen al Pleno de la Cámara de Diputados el 20 de marzo de 2013, se hizo mención a que la reforma pretendía el fomento a la libertad contractual entre accionistas, mediante la eliminación de restricciones en la emisión de acciones con características especiales relacionadas con los derechos de voto *en beneficio de los accionistas minoritarios*. No se tocó nada sobre el derecho de veto. Las comisiones del Senado, al dictaminar la Minuta de la Cámara de Diputados fueron silentes sobre ese particular.

El proceso legislativo concluyó con la aprobación del texto propuesto desde la Iniciativa, de los Arts. 91, Fracc. VII y del Art. 198, en los términos en que aparecen publicados en el DOF de 14 de junio de 2014. Reproducimos solamente lo relativo al Art. 91, Fracc. VII respecto de la posibilidad de emitir acciones con características especiales en cuanto al voto:

Artículo 91.- La escritura constitutiva o póliza de la sociedad anónima deberá contener, además de los datos requeridos por el Artículo 6o., los siguientes:

VII. En su caso, las estipulaciones que:

- a) ...*
- c) Permitan emitir acciones que:*
 - 1. No confieran derecho de voto o que el voto se restrinja a algunos asuntos.*
 - 2. Otorguen derechos sociales no económicos distintos al derecho de voto o exclusivamente el derecho de voto.*
 - 3. Confieran el derecho de veto o requieran del voto favorable de uno o más accionistas, respecto de las resoluciones de la asamblea general de accionistas.*

¹⁸ 6 de marzo de 2013, publicado en la Gaceta Parlamentaria número 3732-VIII de 20 de marzo de 2013.

Las acciones a que se refiere este inciso, computarán para la determinación del quórum requerido para la instalación y votación en las asambleas de accionistas, exclusivamente en los asuntos respecto de los cuales confieran el derecho de voto a sus titulares.

d)

La reforma, pues, establece diversas posibilidades de emisión de acciones relativas al derecho de voto, entre ellas, las contenidas en el numeral 3, del inciso c), de la Fracción VII, Art. 91.

De la lectura que se haga de esa disposición, encontramos que las sociedades anónimas, a partir del 14 de junio de 2014, se encuentran en condiciones de emitir acciones que confieran derecho de veto, o acciones de voto necesario, *sin establecer ninguna condición ni reserva.*

H. León Tovar señala que esta figura implica un tema muy delicado, ya que una sola persona, con independencia de la participación que represente en una sociedad anónima, puede vetar la decisión de todos los demás accionistas, y que los tribunales europeos (concretamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), *han desaprobado las acciones de veto que otorgan a su tenedor la posibilidad de objetar determinados acuerdos de la asamblea de accionistas, y que, la admisión de manera generalizada en términos en que lo expone el Art. 91 LGSM resulta del todo injustificada, ya que solamente se justificaría cuando se trate de un inversionista de riesgo que asume posición minoritaria en la sociedad y siempre y cuando quede limitado su derecho a impedir cuestiones que estén determinados exhaustivamente en los estatutos, y que se trate, además, de un derecho temporal, como un medio exclusivo de protección y de control.*¹⁹

Las reformas a la LGSM, acabaron con la SAPI. Cabe resaltar que en la reforma a la LGSM, no se incluyó la frase contenida en el Art. 13 LMV: *sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 16, Fracciones I a V de esta Ley, en donde tales fracciones se refieren a los derechos de los minoritarios en la LMV.*

¹⁹ H. LEÓN TOVAR, Soyla, *Pactos de socios de la Sociedad Anónima*, Tirant Lo Blanch, México, 2016, n. 69, p. 225.

V] El veto como derecho

Considero conveniente hacer una precisión sobre la terminología empleada por el legislador en la LGSM al prever la posibilidad de que en los estatutos de una sociedad anónima se establezcan acciones que *confieran el derecho de veto*, así, en singular. Del estudio comparado que en materia societaria se haga de la figura en cuestión, resulta que en realidad en los ordenamientos legales que regulan las sociedades cerradas no existe alusión a que las acciones, como conjunto de derechos, y dentro de ellos, confieran derecho de veto en los términos en que pudiera entenderse, analógicamente, con la *facultad* de veto a la que nos hemos referido.

La expresión *Veto Rights*, se refiere no al derecho de veto en sí mismo, sino como una consecuencia a la implementación de mecanismos de gobierno corporativo que pueden tener como efecto o resultado el veto (impedir o rechazar) de una determinada cuestión, que quizás, por comodidad de lenguaje, puede ser reconocido ese efecto, como derecho de veto.

En ese orden de ideas, la terminología empleada por la LGSM puede resultar equívoca, ya que por una parte podría entenderse que una sociedad anónima puede emitir una o más acciones que solamente concedan el derecho de veto en su expresión más pura, es decir, como un derecho que confiere la acción a su titular para *rechazar cualquier acto* del consejo de administración o de la asamblea de accionistas sin más (*Veto Power*), en donde, incluso, podrían existir varias acciones de esa misma clase que confiriesen el mismo derecho a *diversos titulares*, lo que convertiría a la sociedad anónima en un organismo similar a la ONU en la que existe un Consejo de Seguridad y en el cual cinco países (permanentes) tienen facultad para vetar las resoluciones, y la facultad de cada país es independiente de la de los demás,²⁰ con las indeseadas consecuencias que todo mundo ha visto; por otra parte, podría entenderse que ese *derecho de veto* no es sino la consecuencia de que la clase especial de acciones genere, por sus tenedores, por la aplicación de diversos medios de gobierno corporativo, el resultado de impedir se realicen determinados actos derivados de resoluciones del consejo o de la asamblea (*Veto Rights*).

²⁰ Ver Art. 27 de la Carta de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/sc/meetings/voting.shtml>.

Es verdad que existen las llamadas *Golden Shares* que confieren a su tenedor un poder de veto (*Veto Power*), pero esa figura es exclusiva en las empresas que han sido privatizadas y en donde el gobierno o el Estado correspondiente, se ha reservado esa *facultad* (más que *derecho*) consagrada en una sola acción, por razones de seguridad nacional o porque se refieren tales empresas a actividades estratégicas.²¹

La inclusión de las acciones de veto y las acciones de voto necesario en las reformas a la LGSM de 2014 conlleva en su redacción que tales características especiales son consideradas como *derecho*, obviamente, del tenedor de la o de las mismas, y por tanto, desde el punto de vista legal no es una *facultad*.²² Así, siguiendo al autor Padmanabhan Iyer,²³ el derecho de veto es un *derecho especial* y de carácter *negativo*, otorgado a una persona para rechazar una propuesta.

El propio autor, al analizar que el derecho de veto significa el derecho de prohibir, no consentir o rechazar, menciona que puede surgir la pregunta en cuanto a que si cualquier persona puede impedir, obstaculizar u oponerse a algo, ¿qué de especial se encuentra en los *derechos* de veto? Y contesta diciendo que *La importancia del veto es que cuando se ejerce, se rechaza la propuesta que ha tenido el asentimiento de una mayoría*.

El derecho de veto, es pues, un derecho especial, que yo calificaría, además, como excepcional; es decir, puede surgir solamente para ciertos y determinados casos, y no como una

²¹ Sobre las *Golden Shares*, pueden verse: GUISLAIN, Pierre, *The Privatization Challenge: A Strategic, Legal, and Institutional Analysis of International Experience*, World Bank Publications, Washington, 4a. ed., 2001; SOLTYSKI, Stanislaw, *The Rise and Fall of the Golden Share Concept in Privatised Companies*, en *Dynamiques Juridiques Européennes Cahiers Du Collège D'europe, / College of Europe Studies no 2 de Cahiers du Collège d'Europe*, College of Europe, P.I.E. Peter Lang, S.A., Brussels, 2007, y BORG-BARTHET, Justin, *The Governing Law of Companies in EU Law* (Studies in Private International Law), Hart Publishing, UK, 2012.

²² Tamayo distingue la facultad del derecho subjetivo. Ambas figuras se refieren a algo que se puede hacer u omitir. En el caso de la facultad, no se trata sólo de realizar hechos lícitos, sino de producir actos jurídicos válidos, sin que exista o se genere un correlativo deber, y puede ser obligatorio su ejercicio (por ejemplo la facultad del juez de pronunciar sentencias). El derecho subjetivo se agota en su ejercicio, no así la facultad. Si se carece de facultad, el acto es nulo; si se carece de derecho, el acto es ilícito, no nulo. En derecho privado, la noción de facultad es identificada con la de capacidad; en derecho público, se asocia con la noción de competencia. (TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, voz *Facultad*, Diccionario Jurídico Mexicano, UNAM, t. IV, México, 1985, pp. 175-176).

²³ IYER, Padmanabhan. *Veto Rights Relating To Quorum And Voting On Resolutions - Whether Enforceable Under The Indian Companies Act, 1956*. <http://tinyurl.com/h6v9oqa>.

categoría dentro de los derechos de voto. El derecho de veto, por tanto, solamente puede verse como un medio de control o de defensa, sobre todo contra tomas de control, y a pesar que se diga que es un derecho atribuido a una persona, tal derecho solamente puede ser ejercido en protección del interés de la sociedad y no del particular de la persona a quien se confiere.

Los casos en que puede ejercerse el derecho de veto, dado su carácter excepcional, solamente serán aquellos en que medie justificación y que los mismos estén previamente previstos de manera exhaustiva y limitativa, asimismo, y por su propia naturaleza especial y excepcional, debe ser de carácter temporal.

Además, y por definición, el derecho de veto surgirá cuando exista una propuesta que provenga de una mayoría.

VI] ¿Por qué se da el veto?

1. *Diversas clases de socios.*- La sociedad mercantil, como ente colectivo, se rige por ciertos principios, entre ellos el de democratización del capital, es decir, y conforme lo sostenía Vivante, *todos los integrantes de la sociedad tienen derecho para votar en las juntas generales, con el objetivo de que el poder social no se centralice en unos cuantos individuos y no degenera en despotismo.*²⁴

Vivante reconocía que conforme va operando una sociedad, pueden darse circunstancias que generen la necesidad de adaptar los estatutos de la sociedad, por lo que la ley debe conceder a las mayorías el poder de reformarlos, habida cuenta que si se exigiese la unanimidad, *el voto contrario de un socio quisquilloso o mal aconsejado podría hacer imposible una reforma exigida por el interés de los más.* (pp. 138-139). No obstante, la mayoría simple no es aconsejable, sino que para tales efectos se precisa de una mayoría bastante superior para los acuerdos ordinarios, y en algunos casos de reformas más graves, *los socios que disientan tendrán también derecho a salirse de la sociedad (id.),* señalando como ejemplos los casos de fusión, reintegración del capital, aumento de capital, cambio de objeto y de prórroga de la

²⁴ VIVANTE, César, *Derecho mercantil*, trad. Francisco Blanco Constans, La España Moderna, Madrid, s/f, reproducción del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, p. 128. Posteriormente diría DONATI que “No es nueva por cierto la observación de que la moderna sociedad anónima tiene una constitución típicamente democrática”. DONATI, Antigono, *Sociedades anónimas, la invalidez de las deliberaciones de las asambleas*, trad. Felipe de J. Tena, Porrúa, México, 1939, p. 2.

sociedad. Por ello es que, también las minorías requieren protección legal.

En las sociedades de capital, que hoy por hoy son las que más se emplean para desarrollar actividades empresariales, la realidad nos ha hecho ver que existen fundamentalmente dos clases diferentes de socios: aquellos que se limitan a realizar inversiones (*inversiones de cartera*) y aquellos que, además de hacer sus aportaciones de capital, se encargan de dirigir la sociedad (*inversiones directas*).

Incluso entre los socios que se limitan a hacer inversiones, también podemos subdividirlos: aquellos que inyectan capital para echar a andar una empresa, y aquellos que, una vez funcionando la sociedad, ocurren a invertir su capital. A las aportaciones para los negocios que van a empezar, se les considera *capital de riesgo* (*venture capital*);²⁵ en tanto que a las aportaciones a empresas en marcha, como *aportaciones de capital privado*.

Las sociedades mercantiles tienen un abanico de posibilidades para financiar sus actividades; las más comunes son mediante aportaciones de capital, contratación de deuda, y emisión de créditos colectivos a su cargo. La primera de ellas es generalmente la más atractiva, ya que no genera pasivos a cargo de la sociedad, ni tampoco existen fechas límite de pago. Asimismo, solamente la sociedad anónima tiene la posibilidad de emitir acciones para su colocación en el mercado donde el público inversionista, a través del pago de sus aportaciones, inyectará capital a la sociedad (*sociedad pública*). No obstante, y por diversas razones, la inmensa mayoría de las sociedades anónimas obtiene capital mediante colocaciones privadas de acciones, es decir, sin ocurrir al mercado de valores. Éstas son llamadas sociedades cerradas o privadas (*privately-owned companies*).

Contrario a lo que pudiera pensarse, las sociedades privadas no son siempre compañías pequeñas y que solamente las sociedades públicas son las que realizan grandes operaciones.²⁶ En ese orden de ideas, las sociedades privadas son una buena opción para aquellas personas que se limitan a realizar inversiones de capital de riesgo.

²⁵ "Europa Occidental y particularmente los Estados Unidos de América concentran más del 80% de la industria de *capital de riesgo* mundial, en tanto que Latinoamérica sólo recibe cerca del 1% de la inversión en este rubro en el mundo" (Exposición de Motivos del Ejecutivo para la Ley del Mercado de Valores, 31 de marzo de 2005).

²⁶ Para una lista de las mayores sociedades privadas en Estados Unidos: <http://www.forbes.com/largest-private-companies/list/>

Es común que los inversionistas de riesgo ocupen posición minoritaria en las sociedades privadas que son el objetivo de su inversión. Obviamente, estos inversionistas buscan no sólo inyectar capital a nuevas sociedades, sino que pretenden establecer reglas que les aseguren la buena marcha de la sociedad en la que aventuran su capital.

Dado que los socios que invierten en las sociedades privadas son minoritarios, su posición es vulnerable y sus derechos pueden ser fácilmente eludidos por la mayoría. Stephen D. Bohrer²⁷ encuentra las raíces de tal vulnerabilidad en dos elementos esenciales: la incapacidad para designar administradores, y la incapacidad para influir en las cuestiones sometidas a las asambleas de accionistas, ya que su posición los expone a que la mayoría pueda excluir a los minoritarios para interesarse en la administración, así como de las ganancias.

En efecto, la práctica de las mayorías para abusar de las minorías, generalmente se traduce en las siguientes conductas:²⁸ (i) No repartir dividendos a pesar de que las finanzas de la sociedad lo permiten.- (ii) Impedir la participación en la gestión social a los minoritarios mediante bloqueo a los mismos para designar administrador.- (iii) En caso de que haya administrador designado por los minoritarios, separarlos del cargo²⁹.- (iv) Despido del socio

²⁷ “Protecting the rights of minority shareholders in privately-owned companies”, *Insights*, Aspen publishers, volume 21, number 4, April 2007, p. 1.

²⁸ Conductas tomadas de MEGÍAS LÓPEZ, Javier, Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y de minoría, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII (2014) 13-56, Universidad Complutense de Madrid, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4639613.pdf>, acceso 4 de julio de 2016, pp. 30 y 31.

²⁹ La LGSM establecía en su Art. 144, segundo párrafo, que solo podía revocarse un administrador designado por la minoría, cuando se revocase el de todos los administradores. Sin saber cómo, aparentemente quedó derogada dicha disposición. Al efecto, Barrera escribió lo siguiente: “Otro caso lamentable es el del segundo párrafo del Artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que no se reprodujo en el texto del Decreto de 23 de enero que sí aparecía en la iniciativa del PAN, pero que por confusión o inadvertencia (falta de cuidado de legislador) se perdió o se quedó en el tintero cuando se redactó el Dictamen de las Comisiones de la Cámara de Diputados.- Dicho párrafo segundo disponía que ‘sólo podrá revocarse el nombramiento del administrador o administradores designados por las minorías, cuando se revoque igualmente el nombramiento de todos los demás administradores’. Esta disposición, protectora de la minoría, es de una lógica jurídica elemental; pero, al suprimirse, ¿permitirá acaso que la mayoría deje a la minoría sin representación en el Consejo? Tendrá que acudir a la interpretación lógica del sistema, a la teoría del abuso de poder, al fraude a la ley, etcétera, para llegar al mismo resultado”.

minoritario cuando éste tiene el carácter de empleado de la sociedad, o la terminación de la relación de prestación de servicios por parte del socio minoritario.- (v) Presentación sesgada de información corporativa a los minoritarios, o de plano ninguna.- (vi) Maniobras para que los minoritarios no puedan acudir a las asambleas³⁰.- (vii) Dilución de la tenencia accionaria del minoritario mediante aumentos injustificados de capital social, incluso privándolos de su derecho de preferencia en *interés de la sociedad*.

Además de tales conductas, lesivas directamente de los derechos del *minoritario*, Megías³¹ presenta otras en que frecuentemente incurren los mayoritarios: (i) Obtener indebidamente ventajas económicas, reduciendo, por ende, la percepción de dividendos de los minoritarios.- (ii) Determinar emolumentos desmedidos a sus consejeros o incluso a ellos mismos cuando también tiene posición en el consejo.- (iii) Prestaciones superiores a las normales en retribución a sus cargos de funcionarios o empleados de la sociedad.- (iv) Uso o enajenación de los activos en beneficio personal, infra o sobrevaluándolos.- (v) Ejercicio de actos de competencia contra la sociedad mediante diversos expedientes (vi) Desvío de la clientela de la sociedad hacia otras empresas en las que tienen interés personal.

Sin embargo, y a pesar de tales riesgos, los inversionistas suelen asumir el carácter de minoritarios en sociedades que han elegido como destino de su inversión.³²

En razón de lo anterior, los más frecuentes derechos que buscan obtener los inversionistas como socios minoritarios en una sociedad son (i) designar miembros del Consejo.- (ii) influir en la toma de ciertas decisiones, tanto a nivel Consejo como a nivel Asambleas de accionistas.- (iii) restringir las transmisiones y adquisiciones de las acciones emitidas por la sociedad de que se trata (ya que puede dar lugar a tomas de control por parte de terceros o el ingreso de socios indeseables).

(BARRERA GRAF, Jorge, *Temas de derecho mercantil*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales, no. 79, México, 1983. p. 61).

³⁰ Sobre la ausencia de normas en la LGSM que regulan de manera eficaz el conocimiento de la celebración de asambleas, Barrera señalaba que ello “ha dado lugar a trampas muy frecuentes, consistentes en la publicación en periódicos ajenos a las actividades de la compañía, o que se sabe, o se presume fundadamente que no los lee aquel accionista cuya presencia en la junta no se desea por quien la convoca... se está ante una práctica falaz y engañosa, nada se haya hecho para evitarla, ni para exigir una publicidad efectiva”. BARRERA GRAF, *Temas*, p. 68).

³¹ *Loc. cit.*

³² BOHRER, *Protecting*, p. 1.

2. *Insuficiente protección legal.*- En relación con los derechos reconocidos a los socios minoritarios frente al posible abuso por parte de los mayoritarios, nuestra LGSM establece unos cuantos derechos reservados para los accionistas minoritarios que de manera individual o conjunta (no acumulativa) representen ciertos porcentajes del capital social: (i) Designar administrador y comisario: 25% (Arts. 144 y 171 -no hablan de revocar-).- (ii) Ejercicio directo de acciones por responsabilidad civil de los administradores: 25% (Art. 163).- (iii) Solicitud para convocar a asamblea general de accionistas: 33% (Art. 184).- (iv) Facultad de un solo socio para convocar a asamblea en ciertos casos (Art. 185).- (v) Solicitar aplazamiento de asamblea por carecer de información: 25% (Art. 199).- (vi) Acción de oposición a resoluciones de asambleas generales de accionistas: 25% (Art. 201).- (vii) Oposición a acuerdo de escisión; 20% (Art. 228 Bis, Fracc. VI).

Los tenedores de acciones de voto limitado contempladas por el Art. 113 LGSM, tendrán derechos que la propia ley concede a los accionistas minoritarios solamente en cuanto a: oponerse a las decisiones de asambleas y revisar el balance y libros de la sociedad.

Como vemos, tales derechos previstos por la ley no pueden responder a los abusos cometidos por los socios mayoritarios en relación con las conductas indebidas más frecuentes en que incurren, así como tampoco resultan eficaces para satisfacer las preocupaciones de los socios minoritarios que invierten capital de riesgo en las sociedades mexicanas.³³

En efecto, tal y como se denunciaba en la Iniciativa de Ley General de Sociedades y Asociaciones Mercantiles, presentada ante la Cámara de Diputados el 16 de diciembre de 1993 (iniciativa que no prosperó), la práctica había demostrado que tales derechos son insuficientes, y que las minorías se ven frustradas por las siguientes conductas: *congelar dividendos, incrementar el número de consejeros por parte de la mayoría, decretar aumentos de capital innecesarios con tal de menguar la influencia minoritaria incluso, cambiar de objeto y acordar fusiones o escisiones, convierten a los accionistas minoritarios en mudos aportantes de capital quedando desprotegida su inversión.*

Deberes de fidelidad.- En el sistema de derecho societario de los Estados Unidos de América, y desde el punto de vista de las

³³ Cfr. MEGÍAS LÓPEZ, *Opresión y obstruccionismo*, p. 31. Dada la misma insuficiencia que acusa el sistema español, es que, conforme Megías, la solución general es la de “acudir -y se acude- a la técnica general del abuso de derecho alegándose una superación de los límites normales del derecho concedido, que se equipara a la vulneración de la cláusula general del deber de fidelidad del socio al interés social” (p. 35).

reglas legales, dos supuestos están presentes para que los socios minoritarios puedan intentar oponerse a las acciones abusivas: incumplimiento de deberes fiduciarios³⁴ por los consejeros, e incumplimiento de deberes fiduciarios por los mayoritarios.³⁵

La teoría de los deberes fiduciarios debidos por los mayoritarios y por los consejeros de una sociedad anónima, también está presente en nuestro sistema jurídico mexicano,³⁶ si bien de manera tímida en la ley,³⁷ así como en la exigua jurisprudencia sobre el tema.³⁸

En cuanto a las obligaciones y deberes por parte de los administradores, también es parco el elenco previsto por la LGSM. Las principales disposiciones sobre ese particular están en los Arts.

³⁴ *Fiduciary duties*). Conforme el Diccionario de la Lengua Española, la voz *fiduciario(a)*, en sus dos primeras entradas, es definida como dependiente “del crédito y confianza que merezca”, y “dicho de un negocio o de un contrato: Basado principalmente en la confianza entre las partes”. De ahí que la expresión *fiduciary duties* pueda ser traducida como deberes fiduciarios o deberes basados en la confianza.

³⁵ Cfr. Bohrer, *Protecting the rights of minority shareholders*, p. 2. Ahí mismo señala que: “No obstante, el depender en la ley estatal de sociedades para proteger los derechos de gobierno corporativo de un socio minoritario, puede ser un ejercicio infructuoso, y puede dejar al disgustado socio minoritario casi sin satisfacción”.

³⁶ En España, ver BEVERAGGI DE LA SERNA, Walter, *El interés social, los principios generales y los conflictos entre mayoría y minoría en la sociedad anónima*, Universidad de Navarra Facultad de Derecho, Pamplona/Iruña, septiembre 2010, <http://www.estudiotrevisan.com/wp/wp-content/uploads/2014/07/WB-Tesis-Final.pdf>”, pp. 49 y ss.; MEGÍAS, *cit.*, pp. 26 a 28, y SÁEZ LACAVE, Maribel, *Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas*, InDret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero 2016. (http://www.indret.com/pdf/1211_es.pdf).

³⁷ Ver Art. 15 LMV, para la SAPI y arts. 30 a 37 de las sociedades anónimas bursátiles. Entendemos que al optar por el sistema dualista de administración, la SAPI no estará sujeta a estas últimas disposiciones. Tampoco la sociedad anónima. No obstante, vemos injustificada la omisión.

³⁸ Ver, por ejemplo, dos tesis emitidas por el Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito: “MANDATO GENERAL PARA ACTOS DE ADMINISTRACIÓN. LA CONFIANZA Y FIDELIDAD SON CARACTERÍSTICAS SUBJETIVAS QUE LO CARACTERIZAN (ARTÍCULO 2554 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL)” (Registro: 2003867) y “MANDATO GENERAL PARA ACTOS DE DOMINIO. SU DIFERENCIA CON LOS PODERES ESPECIALES (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)” (Registro: 2003868), que si bien se refieren al mandato, consignan que la representación implica un elemento de *confianza* (como elemento determinante) que genera un vínculo de *fidelidad*.

157,³⁹ 156,⁴⁰ y 197.⁴¹ En tanto que para los socios solamente existe la disposición contenida en el Art. 196 LGSM.⁴²

Las disposiciones legales que sirven de contención a los actos de administradores y socios se refieren pues, a evitar que cuando exista *conflicto de interés* las personas que se encuentren en ese supuesto influyan en las resoluciones que pueden resultar perjudiciales a los socios, partiendo de la idea de que aquellos, cuando tengan interés propio ajeno a la causa de constitución y funcionamiento de la sociedad (interés extrasocial) se verán impedidos para intervenir.

Al ser insuficientes e ineficientes las protecciones legales concedidas a los socios que invierten en una sociedad en calidad de minoritarios, el descansar solamente en la ley para proteger sus derechos puede no conducir a nada, Por ello, es necesario que los socios minoritarios aseguren de manera convencional los derechos que la ley no les reconoce expresamente. De la misma suerte, tampoco el pretender resolver la cuestión desde el punto de vista contractual sería suficiente, y por tanto debe ponerse atención en la manera en que se pretenderá tutelar los derechos que han sido negociados con la mayoría para evitar los abusos de ésta.

³⁹ “Los Administradores tendrán la responsabilidad inherente a su *mandato* y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen” –rel. Art. 142, los administradores son *mandatarios* temporales-. Ver tesis “SOCIEDADES MERCANTILES. LA ACCIÓN SOCIAL DE REPOSABILIDAD (SIC) DE LOS ADMINISTRADORES SE BASA EN CONDUCTAS CONTRARIAS A LA LEY, LOS ESTATUTOS O LOS DEBERES INHERENTES AL CARGO”, Cuarto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, 10a época, GSJF, libro IV, enero de 2012, t. 5, p. 4708.- Tesis I.4o.C.324 C (9a.).

⁴⁰ “El Administrador que en cualquiera operación tenga un *interés opuesto* al de la sociedad, deberá manifestarlo a los demás Administradores y abstenerse de toda deliberación y resolución. El Administrador que contravenga esta disposición, será responsable de los daños y perjuicios que se causen a la sociedad”. Ver tesis “REPRESENTACIÓN, CESACIÓN DE LA, CUANDO HAY INTERESES OPUESTOS ENTRE EL REPRESENTANTE Y EL REPRESENTADO”, Tercera Sala SCJN, 5a. época, SJF, t. CXXXI, p. 338.

⁴¹ “Los administradores y los comisarios no podrán votar en las deliberaciones relativas a la aprobación de los informes a que se refieren los Artículos 166 en su Fracción IV y 172 en su enunciado general o a su responsabilidad.- En caso de contravenirse esta disposición, la resolución será nula cuando sin el voto del Administrador o Comisario no se habría logrado la mayoría requerida”.

⁴² “El accionista que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, deberá abstenerse a toda deliberación relativa a dicha operación.- El accionista que contravenga esta disposición, será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiere logrado la mayoría necesaria para la validez de la determinación”. No conocemos algún precedente judicial donde se haya analizado lo establecido por el Art. 196.

VII] Instrumentos para tutelar sus intereses los minoritarios⁴³

En razón de que la ley por sí misma es insuficiente para tutelar los derechos que preocupan a los socios minoritarios, es que empezaron a surgir nuevos instrumentos que permitieran a tales inversionistas de capital de riesgo (*venture capital*) en sociedades privadas, tener certeza sobre el manejo y destino de sus inversiones, ya que los medios tradicionales podían resultar incompletos, así como porque la legislación societaria, como nuestra LGSM, prohibían expresamente cualquier pacto entre los accionistas en relación con el derecho de voto.

En un interesante *post* en un *blog*, Jesús Alfaro Águila-Real⁴⁴ señala que el interés de los socios minoritarios debe protegerse a través del acto constitutivo o de pactos entre los socios, ya que aquel que sabe que va a ser minoritario o que sospecha que puede acabar siendo minoritario, conforme la autonomía privada *debe adoptar las medidas para proteger su patrimonio en una organización que funciona con arreglo al principio mayoritario*.

Asimismo, el diseño de figuras eficientes en materia de gobierno corporativo que permita a los inversionistas lograr sus objetivos, requiere de gran flexibilidad contractual, misma que conforme leyes societarias rígidas compromete la capacidad innovadora en materia contractual por parte de los asesores en la materia.⁴⁵

Hemos visto que son tres vertientes las que resultan más interesantes para los inversionistas de capital de riesgo, y sobre las cuales frecuentemente se pone mayor atención en buscar medidas que tutelen sus intereses a través de mecanismos convencionales.

Designación de administradores.- Así, se han implementado medios que aseguren a los socios minoritarios la posibilidad de designar administradores,⁴⁶ mediante la utilización de: del llamado voto acumulativo (§ 7.28, *Model Business Corporation Act –MBCA*),

⁴³ BOHRER, *cit.*, pp. 3-5 y 8 y ss.

⁴⁴ Almacén de Derecho, *El derecho de información del accionista*, <http://derechomercantilespana.blogspot.mx/2013/10/el-derecho-de-informacion-del-accionista.html>, publicado el 11 de octubre de 2013.

⁴⁵ Así, MASOUIROS, Pavlos, *Private Ordering and Corporate Governance: The Case of Venture Capital*, http://www.law.harvard.edu/programs/corp_gov/papers/Brudney2009_%20Masouros.pdf.

⁴⁶ BOHRER, *cit.*, p. 3.

mismo que debe estar expresamente previsto en el acto constitutivo (*Articles of Incorporation* –§ 1.40(1) MBCA–) de la sociedad, y, en su caso, en los estatutos (*Bylaws* –§2.06.(a) MBCA–); acuerdos contractuales, y emisión de clases especiales de acciones conteniendo el derecho para designar administradores.

Influir en decisiones y resoluciones.– La práctica ha recurrido a crear acciones que generen derechos de veto (*Veto Rights*), así como a establecer tanto en el acto constitutivo como en los estatutos, disposiciones que establecen requisitos de quorum mínimo necesario.

Limitaciones a la transmisión o emisión de acciones.– Se acude a estas medidas para evitar el ingreso de personas que pueden ir contra los intereses de los socios minoritarios, así como también evitar que se diluya la tenencia accionaria de estos últimos. La regla prevista por el Art. 130 LGSM (acciones de circulación restringida, en donde se requiere de la autorización previa del Consejo para su enajenación), no basta para tutelar los intereses de los socios minoritarios, así como tampoco es suficiente el derecho de preferencia u opción consignado por el diverso Art. 132 LGSM. Para tales efectos, la mayoría de las leyes permiten establecer en los estatutos, o incluso en acuerdos parasociales, medidas que limiten, en protección de los socios minoritarios, la enajenación o emisión de nuevas acciones.

Un clásico en la materia de sociedades cerradas, F. Hodge O’Neal,⁴⁷ reconocía que no en pocos casos los socios minoritarios buscan *protección* contra los amplios poderes que normalmente les son otorgados a los administradores y a los socios mayoritarios, para determinar las políticas de la sociedad y para imponer sus decisiones mediante simple mayoría de votos.

Uno de tantos mecanismos disponibles, que muchas veces pasan desapercibidos para los abogados, incluso y a pesar de la limitada flexibilidad existente en algunas leyes, es la posibilidad de instrumentar *derechos de veto* en favor de los socios minoritarios. La excusa para satisfacer las necesidades de negocio, yace, en parte por la ausencia del reconocimiento legal de ciertos problemas que plantea la dirección de una sociedad cerrada, y en parte en la inhabilidad de los abogados para apartarse de ideas tradicionales conforme los cuales se piensa que se altera la regla

⁴⁷ O’NEAL, Forest Hodge, *Giving shareholders power to veto corporate decisions: Use of special charter and by-law provisions*, en <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2572&context=lcp>

de que los administradores y accionistas tienen los poderes que por costumbre se les reconocen.⁴⁸

Dado que en materia societaria existe el principio de que las resoluciones de las mayorías son obligatorias para los ausentes y disidentes (Art. 200 LGSM), es que se han creado figuras para que determinados socios minoritarios tengan la posibilidad de ejercer cierto nivel de control tanto en la administración y operación de la sociedad, como de las decisiones en sede de asamblea. Asimismo, tales mecanismos, que implican derechos especiales para la minoría, pueden tener como objetivo la defensa contra tomas de control.

Dentro de la variedad de mecanismos existentes para que los socios minoritarios puedan proteger sus intereses, así como defenderse de actos de los demás socios o incluso de terceros, existen diversos instrumentos:⁴⁹ (i) que el acto constitutivo y los estatutos requieran el voto unánime o la concurrencia de un alto porcentaje de votos para que la asamblea o el consejo pueda actuar en ciertas operaciones o resoluciones.- (ii) división estatutaria de las acciones en acciones de voto, acciones sin voto, de voto limitado, de voto condicionado o de voto necesario, etc. distribuyendo las diversas clases de tal manera que den balance en los votos.- (iii) disposiciones estatutarias sobre composición del Consejo.- (iv) acuerdos sobre el voto y otros pactos entre los socios.- (v) fideicomiso o sindicación de votos, y (vi) delegación irrevocable del voto (*Irrevocable Proxies*). En opinión de O'Neal, los instrumentos referidos como (i) y (ii) son los medios más sencillos y eficaces para proveer la posibilidad de veto (p. 453). Sobre esto último, cabe mencionar que esos medios *son para para poder obtener los efectos del rechazo* del acto o resolución en cuestión, que pudieran considerarse sinónimos de veto.

Todas estas figuras por sí solas no pueden asegurar la protección a los socios minoritarios, por lo que es aconsejable aplicarlas junto con otras medidas que eviten la elusión de sus efectos por los socios mayoritarios o por el consejo.⁵⁰

VIII] ¿Cómo se pueden establecer los derechos de veto?

Ya hemos visto que en la Iniciativa de reformas a la LGSM de 2014 se mencionó que era conveniente implementar las *mejores prácticas internacionales*, entre otras cuestiones *para permitir*

⁴⁸ O'NEAL, Forest Hodge, *Giving shareholders power to veto corporate decisions*, pp, 452-453.

⁴⁹ Así O'NEAL, *cit.*, p. 453.

⁵⁰ O'NEAL, *cit.*, p. 454, BOHRER, *cit.*, p. 4

mayor flexibilidad a los acuerdos entre accionistas y conceder mayor libertad contractual entre los mismos, con objeto de atraer inversiones a México.

De lo anterior, podemos entender que se elimina la rigidez de las disposiciones societarias para permitir que convencionalmente los socios puedan establecer reglas, particularmente en lo concerniente a la tutela de los derechos que desean tener los inversionistas que asumen posición minoritaria en una sociedad mercantil. De hecho, de manera si bien no muy clara, fue adicionado el Art. 8o., segundo párrafo LGSM para consagrar la autonomía de la voluntad en materia societaria, al establecer que *las reglas permisivas contenidas en esta Ley no constituirán excepciones a la libertad contractual que prevalece en esta materia.*

Por su propia naturaleza, *solamente pueden ser atribuidos los derechos de veto a un inversionista que tenga la calidad de socio minoritario, y que además se justifique la concesión de ese súper derecho.*

El concepto minoría surge cuando en un acto colegiado societario existe una parte que no está de acuerdo con el voto u opinión de la mayoría. *La definición está vinculada al otorgamiento de votos en contra de la mayoría. Las minorías en las sociedades, entonces, sólo serían circunstanciales y podrían considerarse tales cada vez que un acto societario colegiado provoca la existencia de una votación.*⁵¹ En ese orden de ideas, encontramos que las figuras que se adopten para preservar los derechos de las minorías están íntimamente ligadas a la noción del voto, por lo que los derechos de veto estarán dirigidos a neutralizar los votos emitidos por la mayoría, sea en sede del consejo de administración, sea en sede de asamblea de accionistas, así como también sea que se concedan a los administradores designados por los socios minoritarios, o a estos en lo particular.

Es importante destacar que al emplear las figuras que tienen como efecto vetar resoluciones del consejo o de las asambleas, debe tenerse especial cuidado en señalar de manera indubitable cuáles serán los asuntos sobre los cuales versarán los efectos del veto. Bohrer enlista, a vía de ejemplo, alrededor de veinticuatro puntos relativos a las actividades sobre las cuales pueden los socios minoritarios querer tener injerencia y sobre las cuales recaerán los derechos de veto.⁵² Tales actividades pueden requerir de la

⁵¹ BELLO KNOLL, Susy Inés, *Sobre la protección de las minorías en Uruguay y Argentina*, 2005, <http://studylib.es/doc/1542328/sobre-la-protecci%25C3%25B3n-de-las-minorias>.

⁵² *Protecting the rights of minority shareholders*, pp. 5-6.

aprobación del consejo de administración de la sociedad y/o de los accionistas según corresponda a uno u otro órgano tomar la decisión correspondiente.

Si bien es cierto que los derechos que han negociado las partes pueden constar en un acuerdo firmado por ellas (Art. 198, Fracc. III LGSM), para asegurar el cumplimiento u observancia por parte de los socios mayoritarios, deben, por así establecerlo el Art. 91 LGSM, encontrarse en disposiciones expresas en los estatutos de la sociedad, y ser reflejados en los títulos representativos de las acciones (Art. 125, Fr. VII LGSM).

Hemos dicho que los derechos de veto se convienen entre las partes que integran la sociedad en cuestión, lo que puede llevar a pensar que tal inclusión será al momento de constituir la sociedad; sin embargo, considero que en la reforma a la LGSM de 2014 que introduce la posibilidad de incluir en los estatutos tales derechos, el legislador incurrió en una falta de técnica legislativa al no haber contemplado cómo es que se podrían incluir los derechos de veto en las sociedades existentes antes de la entrada en vigor de la reforma, y además ampliar las causas que generan el derecho de separación, ya que, por una parte, no reconoce derecho de separación para el socio inconforme con la reforma estatutaria que la incluya, y por otra parte, resultaría antijurídico imponer cuestiones que no se encontraban al momento de haber ingresado una persona a la sociedad, y que, en ejercicio del voto mayoritario se le cambie la jugada.

IX] Veto inverso

Sin pretender entrar en una logomaquia, el llamado derecho de veto, puede ser visto desde diversos ángulos, la mayoría de los casos en función de figuras análogas y de la combinación que se haga de las reglas previstas en la ley con las normas estatutarias que convengan los socios. Como sea, *lo que se busca con la aplicación de esta figura es el resultado que genera*: el que alguien, o un pequeño grupo, puedan impedir se lleve a cabo u oponerse, mediante el rechazo, a un determinado acto de los órganos decisorios y ejecutivos de la sociedad en cuestión.

La gran mayoría de las figuras de gobierno corporativo previstas por la ley o en las convenciones particulares que adopten los socios, no son propiamente derecho de veto, sino que son conocidas como veto inverso (*Reverse Veto Rights*).

Como ejemplo de esto último, podemos decir que en una sociedad anónima se establezca en sus estatutos la necesidad de asistencia y votación de cierto porcentaje de acciones de socios

minoritarios, para efectos de considerar válidamente instalada la asamblea, así como válidas sus resoluciones, y si la minoría no asiste o no emite su voto favorable, no podrá estar legalmente constituida la asamblea, y no podrán tomarse resoluciones sobre determinados puntos. Ese efecto se logrará mediante la emisión de diversas clases de acciones, en donde se señale que una clase de ellas sea la que compute para el quorum de asistencia y de votación (acciones de voto necesario), o bien, que en los estatutos se fijen porcentajes más elevados que los legales para el voto mayoritario, es decir, que para tomar un acuerdo sobre cierto punto, se requiera de una mayoría calificada, por ejemplo un 80%, si es que el socio minoritario representa el 21% o más.

Así, los derechos especiales que se convienen para tutela de los intereses del socio minoritario sobre cuestiones que preocupan a éste y que se consignan, sea en el acto constitutivo, en los estatutos, o incluso en acuerdos por separado, a pesar de que comúnmente son expresados como derechos de veto, y que pretenden bloquear la formación del quórum o aprobar resoluciones sin ejercer el derecho, en sentido estricto no son derechos de veto. De ahí que, realmente, estos derechos son derechos de veto inverso (*Reverse Veto Rights*).⁵³

En efecto, lo que califica al derecho de veto en sentido estricto, es que se requiere de su ejercicio (*actividad*) en sentido negativo para lograr el efecto deseado, en tanto que los inversos, basta que el socio minoritario se ubique en el supuesto previsto por el acto constitutivo, los estatutos o los acuerdos, sea mediante su abstención o su no comparecencia (*pasividad*), para que se bloquee el acto correspondiente. El derecho de veto en sentido estricto (*Veto Power*), por tanto, es de carácter activo, en tanto que los derechos de veto (*Veto Rights* o *Reverse Veto Rights*), son de carácter pasivo, y aquí es donde se me podría censurar de incurrir en logomaquia.

1. *Veto inverso en la LGSM.*- Los casos en que la LGSM establece disposiciones con efectos de veto, están limitativamente contemplados: 1) cesión de derechos de socio en la SNC (Art. 31, aplica a la SCS, Art. 57, y se admite pacto en contrario); 2) modificación del acto constitutivo de la SNC (Art. 34, aplica a la SCS, Art. 57, se permite pacto en contrario); 3) resoluciones de los gerentes de la SRL cuando actúan conjuntamente (Art. 75); 4) modificación estatutos de SRL cuando cambia el objeto o existe aumento de obligaciones de los socios (Art. 83); 5) proposiciones

⁵³ IYER, Padmanabhan. *Veto Rights Relating To Quorum and Voting on Resolutions*.

que puedan afectar derechos de una clase de accionistas (Art. 195), y 6) cesión de acciones en la SCA requiere totalidad de los comanditados (Art. 209).

2. *Acciones de voto necesario.*- Previstas por los Arts. 13, Fracc. III, d) LMV y 91, Fracc. VII, c), 3. LGSM, como aquellas que, por así estar previsto en los estatutos de la SAPI o de la SA, requieren del voto favorable de uno o más accionistas para la validez de las resoluciones de la asamblea.

H. León Tovar, las define como *acciones que representan un porcentaje suficiente conforme los estatutos sociales para tener el derecho de nombrar a un miembro directivo y/o un consejero, y/o un comisario de la sociedad o adoptar otro punto, y las que sin su voto no se pueden adoptar determinadas resoluciones*. Estas acciones, como tal, no aparecen definidas en la ley y la doctrina no las tiene plenamente identificadas, y cuya emisión, generalmente, es en favor de socios que tienen posición de minoritario en la sociedad. La autora recalca que solamente los estatutos pueden conferir ese derecho.⁵⁴

Según Horacio Algaba, al definir el derecho de veto (*Veto Power*, según el autor), lo identifica como *la facultad que se concede a una minoría de acciones integrar necesariamente el quórum de votación en asambleas (y en ocasiones también el quórum de presencia), a efecto de adoptar acuerdos válidos. Si la minoría no otorga su voto al proyecto propuesto por la mayoría (o si por no concurrir a la asamblea ésta no puede integrarse) ello equivale a vetar el acuerdo*.⁵⁵ Como vemos, Algaba se refiere más bien a las acciones de voto necesario, mismas que generan un efecto equivalente al veto (*Veto Rights*), pero no son propiamente acciones de veto (que confieren derecho de veto).

3. *Facultad del Consejo en materia de transmisiones accionarias.*- Por otra parte, nuestro Art. 130 LGSM establece una figura similar al derecho de veto, en cuanto a que, si los estatutos sociales así lo disponen, la transmisión de las acciones solo podrá efectuarse previa autorización del Consejo de Administración, mismo que podrá *negar* la autorización designando un comprador de las acciones *al precio corriente en el mercado*. No podemos considerar esta figura como un derecho de veto, mas sí como una

⁵⁴ H. LEÓN, Soyla, *Las clases de acciones y el estatus del accionista como elementos característicos de la sociedad anónima contemporánea. Necesidad de su adecuada reglamentación en México*, Tesis Doctoral, Zapopan, Jal., 2015, pp. 488, 489.

⁵⁵ ALGABA CANTÚ, Horacio, *Los derechos de minorías en las sociedades anónimas (límites a la voluntad de la mayoría)*, Boletín clientes, marzo 2004, Galaz, Yamazaki, Ruiz Urquiza, S.C.

facultad del Consejo atribuida por los estatutos, que pueden tener efecto de veto.

Fernández Villamayor, a la luz de lo que alguna vez estableció el Art. 83, letra n) del Decreto con Fuerza de Ley 251 chileno, calificaba esta atribución conferida por los estatutos sociales al Directorio como un *verdadero derecho de veto* (es de notar que en el texto, el autor se refiere a lo mismo como una *facultad de rechazar los traspasos que hagan los socios*). Ahí señala que la jurisprudencia administrativa ha rechazado tal estipulación estatutaria (contractual) *cuando ella confiere la facultad de determinar arbitrariamente sobre el traspaso y solo la admite cuando se funde en razones de índole pecuniaria vinculadas con el interés económico de la empresa*, por ejemplo: evitar la entrada de un competidor o en el caso de acciones pagadoras, el adquirente sea insolvente. Es de destacar que Fernández sostiene que el ejercicio de esa *facultad* que implique rechazo, *debe ser siempre motivada, expresándose en el pertinente acuerdo la causa de la negativa*.⁵⁶

4. Otros supuestos en los que se considera efecto de veto.-

a.- *Administración en la compañía colectiva española*.- El Art. 129 del Código de Comercio español dispone que si la administración de las compañías colectivas no se hubiere limitado por un acto especial a alguno de los socios, todos tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes; por su parte el Art. 130 establece que contra la voluntad de uno de los socios administradores que expresamente la manifieste, no deberá contraerse ninguna obligación nueva, pero si, no obstante, llegare a contraerse, no se anulará por esta razón y surtirá sus efectos, sin perjuicio de que el socio o socios que la contrajeran respondan a la masa social del quebranto que ocasionaren.

Broseta señala que esta disposición *concede un esencial derecho de oposición o veto a cualquiera de los socios*.⁵⁷ Ruiz de Velasco entiende que las decisiones de los administradores de la colectiva deben ser aprobadas por unanimidad, y que ello supone que cada socio administrador tendrá *derecho de veto*.⁵⁸ La consecuencia de no observar esta disposición, es decir, no respetar el derecho de veto, solo produce efectos internos (BROSETA, *cit.*).

⁵⁶ FERNÁNDEZ VILLAMAYOR, Ángel, *El régimen legal de la sociedad anónima en Chile*, 2a. edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1977, p. 72.

⁵⁷ BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de derecho mercantil*, Biblioteca Universitaria Tecnos, Madrid, 2016, capítulo 11.

⁵⁸ RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, Adolfo, *Manual de derecho mercantil*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2007, p. 247.

b.- *Oposición a renuncia de acción de responsabilidad.* En materia de la acción de responsabilidad social de los administradores, el Art. 134 LSA señalaba que en cualquier momento la junta general podría transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social. Esta facultad de los minoritarios fue vista por Uría como un derecho de veto a la renuncia de la acción o a la transacción después que haya sido iniciado el proceso, del que dispone la minoría.⁵⁹

c.- *Consentimiento necesario en transformación.* El acuerdo de transformación no puede modificar la participación social de los socios si no es con el consentimiento de todos los socios que permanezcan (Art. 12 LME). Asimismo, se concede derecho de oposición a titulares de derechos especiales distintos de las acciones, participaciones sociales o de las cuotas que no puedan mantenerse después de la transformación, para el efecto que dichos titulares, ejerzan ese derecho dentro del plazo de un mes contado a partir de la publicación del acuerdo en el BORM para oponerse (Art. 16 LME). En ambos casos, González – Meneses y Álvarez Royo consideran que dichas disposiciones confieren a los titulares de [esos derechos especiales] un derecho de veto.⁶⁰

d.- *Voto unánime para modificar asignación en escisión.* En los casos de escisión, el Art. 3o., tercer párrafo, de la Ley colombiana no. 222 de 1995, establece que los socios de la sociedad que toma el acuerdo de escisión (escidente), participarán en el capital de las sociedades beneficiarias en la misma proporción que tengan en la escidente (igual que nuestro Art. 228 Bis, Fracc. III LGSM): sin embargo si en ese acuerdo se determina una participación diferente de los socios en las sociedades beneficiarias, se requiere el voto unánime. Tal disposición, a juicio de Galindo Vácha, otorga al socio disidente el derecho de vetar tal decisión.⁶¹

X J Normas que deben regular el veto

⁵⁹ GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Derechos de Minorías*, Revista Mexicana de Derecho, núm. 7, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2005, p. 250, quien cita a URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, España, Marcial Pons, 2000, p. 344. El texto del Art. 134 LSA, en lo que interesa, está reproducido en el actual Art. 238 LSC española.

⁶⁰ GONZÁLEZ – MENESES, Manuel y ÁLVAREZ ROYO, Segismundo, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2a. edición, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2015, p. 81.

⁶¹ GALINDO VÁCHA, Juan Carlos, *Derecho europeo de sociedades —con referencia a la legislación colombiana—*, Pontificia Universidad Javeriana, 2002, 1ª edición, Bogotá, p. 511.

1. *Deben precisarse los asuntos materia de veto.*- Dada la trascendencia que tiene la figura, sea del derecho de veto en sentido estricto, sea de los derechos de veto (veto inverso), estimo que el legislador debió en las reformas de 2014, así como lo hace para otras instituciones societarias, señalar de manera limitativa los casos para los cuales puede ocurrirse al veto, máxime que en las *mejores prácticas internacionales* a las que se refiere, existe abundante material para ilustrar los actos sobre los cuales puede versar el veto, y que son, a vía de ejemplo, aquellos relativos a: (i) reformas estatutarias sobre datos esenciales.- (ii) fusión, escisión o liquidación.- (iii) aumento o disminución del capital registrado.- (iv) disposición de activos.- (v) otros asuntos que por su particular importancia queden definidos en los estatutos de manera acordada por los socios.⁶²

2. *Límites temporales.*- Se ha justificado la existencia de la acción con derecho de veto como un instrumento que interesa a los socios que invierten en las sociedades no con la finalidad de quedarse en la sociedad en los mismos términos en que fue constituida; esto es, los inversionistas buscan colocar sus capitales para fortalecer la sociedad y después salirse de ella, o bien, una vez cuajado su interés, adquirir de los otros socios sus acciones para quedarse con el control total de la sociedad. De esta manera, es que debería señalarse un plazo prudente para la subsistencia de tal clase de acciones, y de ninguna manera permanente.

Asimismo, es recomendable señalar cuándo sería el momento del ejercicio del derecho de veto, ya que pudiera suponerse que el tenedor de una acción con derecho de veto puede ejercerlo una vez tomada la decisión. El sentido común diría que es al momento de deliberarse y votarse el acto sujeto a veto; sin embargo, del texto legal no resulta claro el momento de su ejercicio. Además, es conveniente que se establezca qué efectos puede tener un acuerdo respecto del cual el tenedor no ejerció su

⁶² Cfr. ZHOU, CHUANJIE y otros *Shareholders' Rights: Jurisdictional Comparisons*, Alessandro Varrenti, coord., European Lawyer Reference, Sweet & Maxwell, UK, 2011, p. 56. “[E]l establecimiento de dichas normas especiales que previenen de (*sic*) mayor protección a los accionistas de la minoría, deberán establecerse de manera razonada con el fin de no entorpecer la adecuada marcha de la sociedad, por ejemplo, limitando la protección a las minorías solamente para la resolución de determinados asuntos bien identificados en los estatutos”. CORCUERA CABEZUT, Santiago, “Las protecciones de las minorías en asambleas de accionistas y sesiones de consejo de las sociedades anónimas”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 3, número 7, enero – abril, 1992, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

derecho, y si pudiera entenderse como aceptación tácita que haría nugatorio el derecho de impugnar el acto por vicios propios.

3. *Debe razonarse su existencia y su ejercicio.*- Con ser discrecional el derecho de veto, no es ni debe ser arbitrario, debiendo apegarse a la ley, la lógica y a la realidad de los hechos materia de la resolución respectiva. Al tratar el punto del veto de carácter administrativo hicimos cita de algunos precedentes de la SCJN en donde se presentan algunos lineamientos que rigen el ejercicio de la facultad de veto (v. *supra*), mismos que podemos trasvasar al ambiente privado de las sociedades mercantiles, ya que existen las mismas causas que informan tales criterios: debe existir una situación sustantiva, objetiva y razonable que justifique el ejercicio del veto, así como no puede entenderse como potestad ilimitada.

En los mismos términos, al hacer la referencia a Fernández Villamayor en cuanto a la manera en que debe ejercerse el bloqueo de transmisión de acciones por parte del Consejo, por las mismas razones ahí expuestas, cabe traer a colación lo dicho para aplicarlo al ejercicio del derecho de veto.

4. *Instrumentar medidas antiabuso, deberes fiduciarios y prevención de bloqueo.*- Es costumbre del legislador mexicano copiar figuras que en sistemas jurídicos extranjeros han sido generalmente aceptadas (y a veces, posterior desaprobadas, v.gr. acciones de voto limitado, acciones de goce, *Golden Shares*, etc.), pero muchas veces perdiendo de vista que están inmersas dentro de un contexto legal, judicial y doctrinario que las soporta distinto al mexicano. Así, al haber introducido en las reformas a la LGSM de 2014 diversas figuras tomadas de otros sistemas, se produce una invasión al esquema general en donde no existen herramientas que les den contexto.

Por ejemplo, la acción que confiere el derecho de veto, puede dar lugar a que se bloqueen las operaciones normales de la sociedad, sin que el legislador haya previsto remedios para esos casos conforme las propias *mejores prácticas internacionales* como puede ser la previsión de un *custodian* o de un *receiver*.⁶³ Es verdad que el Art. 91, VII, d) LGSM, establece la posibilidad de que en los estatutos sociales se *Implementen mecanismos a seguir en caso de que los accionistas no lleguen a acuerdos respecto de asuntos específicos*; sin embargo considero que ello debió preverse a nivel de la ley que ordene que en esos casos, a petición de cualquier socio, la autoridad judicial (por favor, no en vía sumaria) designe un

⁶³ V. gr. Delaware Code, title 8 § 226.

interventor o una figura similar a la del liquidador o del síndico, tal y como lo hacen las mejores prácticas internacionales.

Ya Algaba Cantú señalaba que la existencia y uso del veto *no debe impedir el funcionamiento de la SA, provocando que no se pueda celebrar asamblea alguna o que aquélla no adopte acuerdos necesarios para sus finalidades (asamblea ordinaria anual), o que por medio del mismo se impidan acuerdos que sean convenientes o necesarios (aumento capital, estatutos) para la sociedad*, quedando a juicio de la autoridad judicial el resolver la improcedencia del veto.⁶⁴

Así pues, es preciso que sea la ley la que establezca límites a las consecuencias o efectos que pueden generar la implementación en una sociedad mercantil los derechos de veto o la acción que confiera derecho de veto, regulando el posible abuso en el que puedan incurrir tanto los socios mayoritarios como los minoritarios, dado que en nuestro sistema la figura del abuso del derecho se encuentra escasamente reglada. Lo mismo debe decirse respecto de los deberes fiduciarios que deben observar los administradores y los socios en una sociedad mercantil.⁶⁵

5. *Eliminación de la acción de veto.*- H. León Tovar, en su tesis doctoral, se duele que la LGSM se haya limitado a enunciar las nuevas clases de acciones sin haber determinado ni limitado su contenido, así como por la omisión legislativa de determinar los derechos mínimos fundamentales de sus titulares, dejando expuestos a los socios a la voluntad de los fundadores y de los mayoritarios. Insiste en que debe haber una reforma legislativa que estructure los derechos de los accionistas. Concluye que el legislador debe tomar en cuenta los riesgos que suponen las acciones que confieren derecho de veto, y que las reglamente de manera adecuada, y que, incluso, las suprima, ya que *desde hace ya varios años han sido proscritas por el Tribunal Europeo y que son reflejo de una dictadura fuera de época.*⁶⁶

Bibliografía

ALGABA Cantú, Horacio, *Los derechos de minorías en las sociedades anónimas. Almacén de Derecho, El derecho de información del accionista.* <http://derechomercantilespana.blogspot.mx/2013/10/el-derecho-de-informacion-del-accionista.html>, publicado el 11 de octubre de 2013.

⁶⁴ ALGABA CANTÚ, Horacio, *Los derechos de minorías en las sociedades anónimas.*

⁶⁵ Por ejemplo, Section 8.30(a) de la Model Business Corporation Act.

⁶⁶ H. LEÓN, Soyla, *Las clases de acciones y el estatus del accionista como elementos característicos de la sociedad anónima contemporánea...*, p. 15.

- Boletín clientes, marzo 2004, Galaz, Yamazaki, Ruiz Urquiza, S.C.
- BROSETA Pont, Manuel y MARTÍNEZ Sanz, Fernando, *Manual de derecho mercantil*, Biblioteca Universitaria Tecnos, Madrid, 2016, capítulo 11.
- CABEZUT, Santiago, *Las protecciones de las minorías en asambleas de accionistas y sesiones de consejo de las sociedades anónimas*, Revista de Derecho Privado, México, año 3, número 7, enero – abril, 1992, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- CARPIZO, Jorge, *Veto presidencial*, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1982, t. 8, pp. 392-394.
- CORCUERA Fernández Villamayor, Ángel, *El Régimen Legal de la Sociedad Anónima en Chile*, 2a. edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1977.
- GALINDO Vácha, Juan Carlos, *Derecho europeo de sociedades —con referencia a la legislación colombiana—*, Pontificia Universidad Javeriana, 2002, 1ª edición, Bogotá.
- GARZÓN Jiménez, Roberto, *Derechos de Minorías*, Revista Mexicana de Derecho, núm. 7, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2005.
- GONZÁLEZ Meneses, Manuel y ÁLVAREZ Royo, Segismundo, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2a. edición, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2015, p. 81.
- H. LEÓN Tovar, Soyla, *Las clases de acciones y el estatus del accionista como elementos característicos de la sociedad anónima contemporánea*.
- H. LEÓN Tovar, Soyla, *Pactos de socios de la sociedad anónima*, Tirant Lo Blanch, México, 2016.
- IYER, Padmanabhan. *Veto Rights Relating to Quorum and Voting on Resolutions*. Bello Knoll.
- MASOUROS, Pavlos, *Private Ordering and Corporate Governance: The Case of Venture Capital*, Megías López, Javier, *Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y de minoría*, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLVII (2014) 13-56, Universidad Complutense de Madrid.
- O'NEAL, Forest Hodge, *Giving shareholders power to veto corporate decisions: Use of special charter and by-law provisions*, en <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2572&context=lcp>
- RUIZ DE VELASCO y del Valle, Adolfo, *Manual de Derecho Mercantil*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2007, p. 247.
- SUSY, Inés, *Sobre la protección de las minorías en Uruguay y Argentina*, 2005, <http://studylib.es/doc/1542328/sobre-la-protecci%25C3%25B3n-de-las-minorias>
- VARRENTI, Alessandro, coord., *European Lawyer Reference*, Sweet & Maxwell, UK, 2011.
- VIVANTE, César, *Derecho Mercantil*, trad. Francisco Blanco Constans, *La España Moderna*, Madrid, s/f., reproducción del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.
- ZHOU, Chuanjie y otros *Shareholders' Rights: Jurisdictional Comparisons*, http://www.law.harvard.edu/programs/corp_gov/papers/Brudney2009_%20Masouros.pdf.
- <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4639613.pdf>, acceso 4 de julio de 2016.
- <http://tinyurl.com/h6v9oqa.068975>
- Protecting the rights of minority shareholders in privately-owned companies, Insights, Aspen publishers, volume 21, number 4, April 2007

Fecha de recepción: 24 de noviembre de 2016

Fecha de aprobación: 12 de diciembre de 2016

Las Sociedades por Acciones Simplificadas en México

SOYLA H. LEÓN TOVAR¹

"... Debería haberse aprovechado la ocasión para ofrecer como modelo unos estatutos que no cerraran ninguna de las posibilidades de configuración estatutaria que ofrece la Ley, salvo aquéllas que puedan ocasionar problemas en la calificación. En vez de ello se ha optado por poner como «modelo» unas cláusulas que no reflejan la amplitud de la configuración que permite la Ley, que técnicamente son reprochables por reproducir innecesariamente la Ley, y que no orientan además sobre posibles soluciones a seguir."

Eduardo Valpuesta Gastaminza

SUMARIO: I. Introducción. II. Sociedad por Acciones Simplificada (SAS). III. Reconocimiento legal de las SAS. IV. Régimen legal y de constitución de la SAS. V. Ventajas de la SAS en México. VI. Comparación gráfica de la SAS y la SA. VI. Conclusiones.

Resumen. Este trabajo trata sobre la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) incorporada al sistema jurídico mexicano en la Ley General de Sociedades Mercantiles mediante la reforma de marzo del 2016. Se analiza qué es la SAS y su comparación con figuras similares en Colombia y Francia; el origen, su regulación en México, la innovadora forma de constitución, quiénes pueden ser accionistas y las principales características de esta sociedad, así como las principales ventajas y desventajas que nos otorga el constituir una SAS. Además nos señala los principales motivos por los cuales el legislador gestó esta figura societaria. Por otro lado, nos señala mediante una comparación gráfica las principales similitudes y diferencias con la Sociedad Anónima (SA).

Palabras clave: Sociedad por Acción Simplificada (SAS), Sociedad Anónima (SA), Código de Comercio (CCo).

Abstract. *This essay is about the incorporation of the Sociedad por Acciones Simplificada (SAS by its Spanish acronym)*

¹Profesora Investigadora de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, Jalisco, México.

into the Mexican legal system in the Ley General de Sociedades Mercantiles through the reform made on March 2016. It is analyzed what SAS is about and its comparison with similar entities in Colombia and France, its origins, the way it's regulated in México, the innovative way it can be constituted, who can hold shares, and the main features of this association, as well as the main advantages and disadvantages of creating this Society. Furthermore, it points out the main reasons why a SAS would be created. On the other hand, it shows us a graphic comparison about the main similarities and differences with the Sociedad Anónima (SAS).

Keywords: Sociedad por Acción Simplificada (SAS), Sociedad Anónima (SA), Code of Commerce.

I] Introducción

La Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) es una nueva sociedad cuyo reconocimiento legal en México no ha sido pacífico. Voces generalizadas desde que se hizo pública la iniciativa clamaron en contra de su aceptación, fundamentalmente porque su constitución, por medios electrónicos, es considerada como un instrumento para lavar dinero, para robar la identidad de terceros, para facilitar el fraude a terceros y, en general, para cometer actos ilícitos. También se ha objetado por estimar que se incurre en violación de derechos fundamentales como el de igualdad, de libre asociación y de acceso a la justicia gratuita, algunos de los cuales fueron también aducidos en otros países como Colombia en donde la Corte Suprema en diversas sentencias, como la sentencia C-014/10 del diez de enero de 2010, ha negado violación a derecho humanos, incluso con apoyo de las Universidades de Rosario y la Javeriana, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la superintendencia de sociedades. Otros en cambio como los de autonomía de la voluntad, de libertad de contratación y de competencia económica sí podrían incidir en este tema en cuanto que no hay un trato igual, entre los socios de la SAS y los socios de otras sociedades ya que a los accionistas de una Sociedad Anónima no se les permite ser socio únicos, como sí en la SAS, y al socio de ésta se le impide ser socio controlador de otra sociedad por la cual se adquiera el control de la SAS mientras que la ley admite dicho control en las demás sociedades e incluso lo regula en el sistema financiero; en cuanto a la limitación a la autonomía de la voluntad, a la libertad de contratación y a la competencia económica, temas ajenos a este ensayo, debe

tomarse en consideración que aunque el legislador tiene la facultad de dar opciones y modelos legales de organización económica a nivel federal; la limitación del monto máximo de ingresos anuales en la SAS no encuentra más justificante que impedir la libre concurrencia en el mercado, porque no existe ningún beneficio adicional a la constitución gratuita de la SAS que por cierto resulta más costosa si se considera la responsabilidad adicional que se imputa en diversos supuestos exclusivamente a los socios de las SAS.

La SAS es una excelente figura jurídica que debe responder tanto a la necesidad de los pequeños comerciantes, micros y pequeños empresarios de desarrollar una actividad económica bajo una persona moral y con el beneficio de la limitación de responsabilidad, así como a los grandes empresarios que requieren fórmulas menos rígidas; por lo que México, debe corregir la regulación deficiente, contradictoria y limitada de la SAS, para permitir verdaderamente la utilización de esta sociedad conocida en Colombia como la sociedad de sociedades.

II] Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)

La SAS es un nuevo tipo social, una sociedad por acciones como los son la Sociedad Anónima y la Sociedad en Comandita por Acciones.

Aunque sociedad por acciones propiamente dicha, lo es y ha sido por antonomasia la Sociedad Anónima², cuyo calificativo de anónima se debe al desconocimiento del nombre de sus accionistas, que no es necesario porque ninguno de ellos responde por las operaciones sociales con su patrimonio³; característica que, junto con su capital dividido en acciones⁴, la distinguió inicialmente de los demás tipos sociales (la colectiva y la comandita por acciones) en los que todos o al menos un socio responde de las obligaciones sociales con todo su patrimonio. Precisamente por esto es que la Sociedad Anónima fue reconocida con un cúmulo de

² Así, para Jean-Marie Pardessus, *Cours de droit commercial*, III, Paris, Garnery libraire, 1815, p. 119.

³ DE BACARDÍ, Alejandro, *Tratado del Derecho Mercantil de España*, t. II, Barcelona, Imprenta Benito Espona, 1840, p. 251.

⁴ El CCo, francés, artículo 1225-1 señala : *La société anonyme est la société dont le capital est divisé en actions et qui est constituée entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports.*

Elle est constituée entre deux associés ou plus. Toutefois, pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, le nombre des associés ne peut être inférieur à sept.

normas imperativas y prohibitivas impuestas para evitar fraudes o daños a los acreedores y a los socios e incluso se requería obtener autorización judicial para su constitución y su inscripción, previa revisión de los estatutos, seguir procedimientos rígidos para aumentar o disminuir el capital social así como para emitir y circular las acciones; pues se buscaba asegurar la realidad de la aportaciones para hacer frente a las obligaciones asumidas con terceros, así como contar con una administración adecuada para asegurar la regularidad y buen orden de sus actos⁵, vigilados por el comisario.

La Sociedad Anónima se instituyó dentro del contexto de la historia económica y jurídica, como uno de los más grandes éxitos de la técnica jurídica, que dio origen a lo que RIPERT denominó la era de las sociedades por acciones,⁶ con la que se desarrolla, afianza y perdura, desde los siglos diecinueve y veinte como una sociedad capitalista, como el mejor y más utilizado instrumento para realizar cualquier actividad de pequeñas, medianas y grandes dimensiones sin poner en juego el patrimonio personal, aunque con un cúmulo de normas, trámites y formalidades agobiantes para los micros y pequeños empresarios, cuya presencia representa un porcentaje importante en la actividad económica y el empleo.

El desarrollo del comercio, así como el reconocimiento de la importancia de la actividad de las micros y pequeñas empresas, ente otros, obligaron a diversos organismos públicos y privados a flexibilizar el régimen jurídico societario permitiendo mayor autonomía de la voluntad en la configuración de la Sociedad Anónima y reconocer nuevos tipos sociales como la Sociedad de Responsabilidad Limitada (S de R L), la empresa unipersonal de responsabilidad limitada y la SAS, esta última es reconocida en México desde marzo de 2016, tanto unipersonal como pluripersonal.

La SAS, es la reconfiguración y adaptación flexibilizada de la Sociedad Anónima para organizar y desarrollar actividades económicas bajo una personalidad jurídica distinta de la de los propietarios del capital, como la Sociedad Anónima, que otorga a

⁵ DE BARCADÍ, op. cit. p. 251, quien sostenía que el anonimato no obedecía precisamente por carecer de nombre, sino por ser una reunión de capitales más que de personas, que no se designa con el nombre de ninguno de los socios, porque ninguno se obliga con todo su patrimonio, lo que tampoco implica que sus operaciones deban ser ocultas, sino de que son operaciones de sociedades de capitales y no de personas, y de que a diferencia de éstas "... no tienen razón social ni se designan por los nombres de sus socios, sino por el objeto u objetos para los que se han formado".

⁶ Cfr. De Solá Cañizarez, *Tratado de Sociedades por Acciones en el Derecho Comparado*, T. III, Editorial. UTEA, Buenos Aires, Argentina. 1957, pp. 7 y 8.

los socios los beneficios de la SA, como la personalidad, la limitación de responsabilidad y la emisión de acciones, con menores requisitos, formalidades y exigencias imperativas que las previstas para la Sociedad Anónima e incluso, en otros países con mayor autonomía de la voluntad en la configuración del tipo social y en la emisión de clases de acciones; en México, la SAS es un tipo social cuya regulación es híbrida, por cuanto otorga ciertas posibilidades que no existen hasta ahora en la Sociedad Anónima en general, como constituirse con un único socio, y al mismo tiempo con mayores restricciones no previstas para los otros tipos sociales.

La SAS se instituye en el extranjero para dotar de una estructura adecuada a las empresas de grandes dimensiones, grupos empresariales y multinacionales, así como a las pequeñas empresas.

En México, la SAS es un producto gestado por el legislador para atender dos requerimientos generales: los mundiales consistentes en la tendencia desreguladora o de flexibilización societaria que reconoce mayor autonomía de la voluntad a los socios, y el de contar con un nuevo tipo social para las microempresas; así como para responder a tres necesidades especiales y divergentes en nuestro país:

a.- Que todas las personas que reciban ingresos en México por su actividad económica contribuyan al gasto público, lo cual no es malsano ni injusto, sino correcto; lo que parece perverso aunque no lo sea⁷, es que con el dulce de la gratuidad para constituir la se capten nuevos contribuyentes obligados a llevar contabilidad aunque sea más sencilla, y se les impongan más obligaciones y responsabilidades que a los accionistas de una Sociedad Anónima no cotizada, pero sobre todo, se les deje sin ayuda ni asesoría alguna para su organización y funcionamiento duradero, ya que no existen mecanismos ni modelos de la Secretaría de Economía para que lleven a cabo sus asambleas, adopten acuerdos, ni en general organicen sus relaciones internas.

b.- Que quienes realizan actividades económicas mediante nano negocios, micros, pequeñas y medianas empresas puedan

⁷ Esta causa en realidad es sugerida por la propia UNCITRAL en sus Principios fundamentales de la inscripción registral de empresas, del 5 de agosto de 2015, cuando señala que *“A fin de facilitar el tránsito de las MIPYME del sector extralegal al sector reglamentado de la economía y alentar a los empresarios a constituir sus empresas dentro de este último, los Estados podrían considerar oportuno adoptar medidas para racionalizar y simplificar sus sistemas de inscripción registral de empresas. ... Hay muchos estudios que respaldan la tesis de que si se agilizan y simplifican los trámites necesarios para poner en marcha una empresa, se facilitará la constitución de empresas y su ingreso en el sector reglamentado de la economía”*.

destinar los bienes afectos a las mismas a un nuevo tipo social dotado de personalidad que les permita limitar su responsabilidad al pago de sus aportaciones; y,

c.- Que el titular de un nano negocio y un pequeño, micro y mediano empresario tengan la opción de llevar a cabo su actividad económica, con limitación de su responsabilidad al monto de los bienes afectos a su negocio o empresa individual sin compartir los riesgos ni los beneficios con terceros.

III J Reconocimiento legal de la (SAS)

En el derecho extranjero la SAS surge como un nuevo instrumento jurídico para realizar actividades empresariales tanto de pequeñas dimensiones como de grupos empresariales controlados por una sola persona (sociedad holding o socio controlador, multinacionales o grupos empresariales familiares); para empresas conjuntas; para grupos cerrados de accionistas;⁸ como instrumento de extranjeros o nacionales para realizar actividades económicas con control absoluto sin inversionistas locales ni testaferros; como la máxima expresión de la libertad del ejercicio del comercio con responsabilidad limitada mediante una organización similar a la de la Sociedad Anónima pero sin los requisitos ni las formalidades exigidas para ésta.

El origen de las SAS en el extranjero parece ubicarse en la preocupación de los empresarios franceses de contar con una estructura para la cooperación entre empresas de grandes dimensiones y establecimientos públicos del Estado, para desarrollar actividades industriales o comerciales sin estar regidas por las normas imperativas contenidas en la ley de 24 de julio de 1966 sobre sociedades comerciales⁹; que tuvo como respuesta la reforma a dicha ley¹⁰ el 3 de enero de 1994, con la cual se reconoce la SAS como un tipo social más flexible, que admite dos socios en lugar de siete, que concede mayor libertad para organizar la gestión social, nombrar o no comisario y fijar quórum de asistencia, de votación, de mayorías, así como para determinar el

⁸ CUBEROS DE LAS CASAS, Felipe, *Op. Cit.*, p. 34 y 35.

⁹ Así se refleja por el reporte Field de 1989, del Consejo Nacional del Patronato Francés (CNPf), actualmente Movimiento de Empresas de Francia (MEDEF) sobre la Sociedad Anónima simplificada, *Cfr.*, WANTZM Jacques, <http://www.bcw-associes.com/images/stories/doc/EeEd.PDF>, consultada el 18 de julio de 2016.

¹⁰ *Cfr.* Loi no 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée, [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000727529&cat](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000727529&categorieLien=id) egorieLien=id, consulta da el 5 de julio de 2016.

ejercicio del derecho de voto, entre otros; como un instrumento para agrupar grandes estructuras de cooperación empresarial¹¹, eliminar las reglas restrictivas e inconvenientes para constituir empresas conjuntas conforme los acuerdos entre empresarios y satisfacer las necesidades específicas de los empresarios de grandes dimensiones; aunque en Francia inicialmente estuvo prevista la SAS sólo para grandes empresas, y por ello se exigía un capital social mínimo de un millón quinientos mil francos; con el paso del tiempo se destinaron también a las pequeñas y medianas empresas¹², y desde la reforma en la Ley no. 2014-1662 del 30 de diciembre de 2014¹³, las SAS pueden ser utilizadas por los microempresarios ya que no están obligadas a contar con el capital mínimo de treinta y siete mil euros exigidas para las sociedades por acciones no cotizadas (aa. 1227-1 y L224-2), a menos que controlen o sean controladas por una o más sociedades.

Desde su reconocimiento en Francia, países como Alemania (1994) se dieron a la tarea de ofrecer modelos sociales adecuados para las empresas de pequeñas dimensiones y en general los miembros de la Unión Europea e incluso en América Latina, como Colombia¹⁴ han admitido nuevos tipos y subtipos societarios flexibilizados, como la SAS¹⁵. En Colombia son reconocidas las SAS

¹¹ NAVARRO MATAMOROS, Linda, "Propuesta de flexibilización del Derecho societario español ante los nuevos retos de la Unión Europea." p.16 y 22, cfr. http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBI_CACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20III/PUBLICACION%2093N.PDF. consultada el 23 de abril de 2016.

¹² Incluso con la Ley francesa no. 2001-420 del 15 de mayo de 2001¹², se permite a los miembros de profesiones liberales ejercer su actividad bajo el subtipo SELAS

¹³ Cfr. Loi n° 2014-1662 du 30 décembre 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=40C7B4B57E25693562E7792F10F267F0.tpdila16v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006146048&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20160705, consultada el 5 de julio de 2016.

¹⁴ Así, en Alemania, desde el 2 de agosto de 1994 con la Ley sobre la Sociedad Anónima pequeña y desregulación del Derecho de Sociedades Anónimas (Gesetz für Kleine Aktiengesellschaft und Deregulierung des Aktienrechts, Kleine AG)

¹⁵ El 22 de abril de 1997 la Comisión Europea presentó una Recomendación sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas (97/344/CEE) Cfr. 97/344/CE: "Recomendación de la Comisión de 22 de abril de 1997 sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas", Diario Oficial, número L 145 de 05/06/1997 p. 0029 - 0051. Fr. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31997H0344> consultado el 8 de junio de 2016. En Colombia con la Ley 1258 de 2008, se reconoce la SAS también para facilitar una estructura

desde 2008, en la Ley 1258 que sirvió de base para que en 2011 el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos (OEA)¹⁶ aprobara la propuesta del Proyecto de Ley Modelo sobre Sociedad por Acciones Simplificada para simplificar y modernizar la ley para facilitar el desarrollo económico, que en gran parte se lleva a cabo por sociedades mercantiles o pequeños empresarios informales frente a un marco normativo complejo.

En México el 18 de marzo de 2015 el legislador mostró interés por la regulación de la SAS con la iniciativa de reformas a la LGSM para incluir a las SAS bajo el nombre de Sociedades Anónimas Simplificadas, en virtud de *la necesidad de una regulación que incentive y facilite la formalización de nuevas empresas, para simplificar su conformación y lograr una operación eficaz, que genere certidumbre jurídica y que contribuya a resolver las dificultades que enfrentan este tipo de empresas*¹⁷; el 9 de febrero de 2016, con ciertos cambios incluyendo el nombre a sociedades por acciones simplificadas (SAS), fue aprobada la minuta con proyecto de decreto¹⁸ y el 14 de marzo del mismo año se publicó el decreto por el que se reforma y adiciona la LGSM para regular a la SAS, con una *vacatio legis* de seis meses; que según la exposición de motivos, se trata de un esquema alineado a los principios y mejores prácticas de gobierno corporativo, donde se establece un balance y contrapeso efectivo entra las funciones de administración y dirección y vigilancia y también en concordancia con los preceptos tradicionalmente contenidos en nuestra legislación mercantil.

Para el legislador mexicano la SAS constituye un nuevo modelo societario reconocido en el Art. 1° de la LGSM, para identificar plenamente a los socios, además de una nueva alternativa para hacer negocios con limitación de responsabilidad,

simple y ligera de filiales íntegramente controladas, para evitar la doble tributación Cfr. CUBEROS DE LAS CASAS, Felipe, *Op. Cit.*, p. 30 y 31, REYES VILLAMIZAR, Francisco, autor del proyecto de ley colombiana citado.

y de ley modelo de la OEA, SAS. *La Sociedad por Acciones Simplificada*. Legis, Bogotá, 2009; y Departamento de Documentación y Editorial Banco de la República, Informe de Coyuntura Económica Regional, Departamento de Cesar, 2010, Bogotá septiembre 2011, http://www.dane.gov.co/files/icer/2010/cesar_icer__10.pdf, consultado el 18 de abril de 2014.

¹⁶ Así, REYES VILLAMIZAR, Francisco, *La Sociedad por Acciones Simplificada*. Legis, Bogotá, ídem.

¹⁷ Gaceta Parlamentaria, año XVIII, número 4236-III, miércoles 18 de marzo de 2015.

¹⁸ Misma que pasó al Ejecutivo Federal para que en su caso hiciera uso del derecho de veto o lo promulgara Gaceta parlamentaria, número 4458-III, lunes 1 de febrero de 2016. <http://gaceta.diputados.gob.mx>.

ya que en la propia exposición de motivos de la reforma de la LGSM reconoce que con ella se busca el ingreso a la formalidad.

La SAS en México es una sociedad por acciones para empresas de pequeñas dimensiones, con ingresos anuales de hasta cinco millones de pesos actualizables, que existe bajo una denominación social y se constituye con uno o más socios, personas físicas, que solamente están obligados al pago de sus aportaciones representadas en acciones sin que puedan ser simultáneamente socios de otra sociedad mercantil cuya participación les permita tener el control de la SAS o de su administración.

IV] Régimen legal y de constitución de la SAS en México

1. Regulación de la SAS

Dicha sociedad se rige en México por lo dispuesto en el capítulo especial de SAS (Art. 260 a 269 LGSM), por las normas generales de las sociedades mercantiles y por las especiales de la Sociedad Anónima, en tanto no contradigan su reglamentación especial.

La SAS es regulada en el capítulo XIV de la LGSM, después de capítulo XII *De las sociedades extranjeras y del XIII De la asociación en participación*, y después de los capítulos relativos a capital variable, transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación de sociedades. A pesar de la falta de técnica legislativa en la LGSM que clama por una nueva ley, podemos advertir que dicha institución es positiva y necesaria pero con una buena regulación.

En la constitución de la SAS no existe la autonomía de la voluntad pregonada por el Artículo 8° de la LGSM que autoriza a los socios a incorporar otras cláusulas para la organización y funcionamiento de la sociedad *Art. 6 in fine LGSM*, ni respecto de los derechos y obligaciones de los socios, como sí se permite en la Sociedad Anónima en la que incluso el Artículo 91 concede un amplio margen de autonomía de la voluntad de los socios para imponer restricciones de cualquier naturaleza a la transmisión de la propiedad o derechos sobre acciones de una misma serie o clase; causales de exclusión de socios o para ejercer derechos de separación, de retiro, o bien, para amortizar acciones; para emitir acciones sin voto, de voto restringido, o que otorguen derechos sociales no económicos distintos al derecho de voto o exclusivamente el derecho de voto que confieran el derecho de veto o requieran del voto favorable de uno o más accionistas, respecto de las resoluciones de la asamblea general de accionistas;

para implementar mecanismos de salida cuando los socios no lleguen a acuerdos respecto de asuntos específicos; cláusulas que amplíen, limiten o nieguen el derecho de suscripción preferente, así como cláusulas que permitan limitar la responsabilidad en los daños y perjuicios ocasionados por sus consejeros y funcionarios, excepto por dolo o mala fe.

Contrario a esta tendencia flexibilizadora de la SA, la LGSM impone categórica y limitativamente los requisitos máximos que deben contener los estatutos de la SAS, mismos que son *numerus clausus*, que no permiten incluir otras cláusulas, dado que son modelos predispuestos, pues la LGSM señala que los estatutos únicamente deberán contener (Art. 264 LGSM) los requisitos mencionados en la propia ley, y conforme el modelo proporcionado por la propia Secretaría de Economía (SE), con lo cual se elimina la posibilidad de que los socios establezcan cláusulas adicionales y, por tanto, coarta la autonomía de la voluntad de los socios, la libertad contractual que se pregona en este siglo en materia societaria, de manera que los pretendidos socios o se adaptan al modelo y lo adoptan como su ley pactada, sus estatutos o se salen de la fiesta y constituyen otro tipo social; si bien la LGSM se muestra más flexible en cuanto permite acciones de voto plural y acciones de voto máximo al señalar que al constituir la sociedad se indique el número de votos que tendrá cada socio; omite requisitos fundamentales como el importe del capital social, la obligación de exhibir un porcentaje del valor de cada acción o el bien materia de aportación, e incluso permite que no se suscriban toda las acciones y/o que se exhiba su importe con posterioridad.

Conforme a la LGSM, el objeto social de la SAS no tiene más límites que la licitud, puede llevar a cabo cualquier actividad con tal que sea lícita y siempre será de carácter mercantil, incluso el administrador queda facultado tanto para celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social así como los que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad; en Colombia (a. 5° Ley 1258), se exige una enunciación clara y completa de las actividades principales de la SAS a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita, pero si nada se expresa en el acto de constitución, se entiende que la sociedad puede realizar cualquier actividad lícita; lo que se comprende por la desregulación y porque en diversos países como también el nuestro, el carácter mercantil de la sociedad atañe al tipo y no a finalidad lucrativa o a la mercantilidad de su objeto social. En Francia (L-227-7) también existe esa amplitud, incluso la SAS está obligada a responder frente a terceros por los actos del

Presidente aunque no estén dentro del objeto social, a menos que demuestre por medios distintos de la publicación de los estatutos, que el tercero sabía que el acto excedía este objeto o que no podía ignorar tales circunstancias.

En México, a diferencia de los demás tipos sociales, la LGSM no admite SAS irregulares, exige su inscripción obligatoria en el Registro Público de Comercio para que surtan efectos a terceros; de manera que la existencia de la SAS se prueba con los estatutos¹⁹ y la boleta de inscripción en el registro, por lo que no le es aplicable la norma relativa a las sociedades irregulares que permiten la existencia de estas por el mero hecho de manifestarse como tales ante tercero, por existir norma expresa limitativa dentro del mismo Art. 2º de la LGSM, lo que es un desatino que desprotege a los terceros cuando la SAS está integrada por varios socios y se realizan actos a nombre de dicha sociedad sin inscripción²⁰.

2. Constitución por medios electrónicos

La LGSM previene la constitución de la SAS por medios electrónicos mediante el Sistema Electrónico dispuesto por la SE, con el uso del modelo de estatutos y cláusulas alternativas propuesto por la misma SE con los datos personales y legales solicitados a los socios, que son revisados por la propia SE quien gestiona su inscripción en el Registro Público de Comercio sin necesidad de pasar ante la fe de Notario o Corredor públicos y sin que en ningún caso se exija el requisito de escritura pública, póliza o cualquier otra formalidad adicional, para la constitución de la sociedad por acciones simplificada; lo que significa: o que las aportaciones en la SAS únicamente deben ser dinerarias; o, que en la constitución de la SAS no se admiten aportaciones en especie, ya que la aportación de bienes inmuebles debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad

La forma de constitución de la SAS, mediante modelos proporcionados por la autoridad no es en realidad novedosa, ya

¹⁹ La LGSM alude a prueba “con el contrato social de la constitución de la sociedad...” pero pierde de vista que la SAS puede constituirse con un solo socio y que para que haya contrato se requieren de cuando menos dos partes para formar el consentimiento.

²⁰ “Artículo 2o.- Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios... Las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales, frente a terceros consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica... Tratándose de la sociedad por acciones simplificada, para que surta efectos ante terceros deberá inscribirse en el registro mencionado”.

estaba prevista desde la Ley Federal para el Fomento de la Microindustria y la Actividad Artesanal del 22 de julio de 1991, conforme la cual se buscaba fomentar el desarrollo de la microindustria y de la actividad artesanal, mediante el otorgamiento de apoyos fiscales, financieros, de mercado y de asistencia técnica, y facilitar la constitución y funcionamiento de Sociedades de Responsabilidad Limitada Micro Industriales ("S. de R. L. MI.") y artesanales (S DE RL ART), simplificar trámites administrativos ante autoridades federales y promover la coordinación con autoridades locales o municipales para este último objeto (Art. 1º, 3º y 13).

De acuerdo con las Reglas de la SE y la plataforma en línea de la SE, para constituir una SAS, se deben utilizar y descargar en la computadora, el navegador Firefox, así como la versión Java 8 update 71 y el listado de actividades y productos del sistema de información empresarial de actividades y productos (SIEM)²¹ e ingresar al portal tu empresa para iniciar el proceso por medios electrónicos, bajo 10 apartados, como sigue:

- I. *Autenticación. Se debe indicar si quien realiza el trámite es un accionista o un fedatario público; aceptar los términos, condiciones y política de privacidad de la SE;*
- II. *Denominación. Se debe indicar la denominación social previamente autorizada;*
- III. *Accionistas. En caso de ser uno solo accionista, seleccionar la opción de firma, se verifican datos personales y se declara si el accionista único participa en otras sociedades mercantiles y debe confirmar su voluntad para participar en la SAS; en caso de que haya más de un accionista, se deben ingresar los correos electrónicos de cada uno de ellos para que confirme a la SE su voluntad de ingreso a la SAS, por el correo electrónico sas@economia.gob.mx en un link para ingresar en el sistema donde deberán completar los requisitos de autenticación .*
- IV. *Domicilio. En este apartado se señala que se puede seleccionar el domicilio de alguno de los accionistas o registrar uno nuevo;*
- V. *Duración, se especifica si es definida o indefinida;*
- VI. *Estructura accionaría. Se debe indicar cuando se realizará el pago de las acciones, si al momento de constitución, o con posterioridad , sin que exceda de un año, contado a partir de la firma del acto constitutivo; señalar si la SAS es de capital variable; señalar el valor de las acciones en pesos; el número de acciones que tendrá cada accionista;*

²¹<https://www.mozilla.org/esMX/firefox/new/> y <http://www.siem.gob.mx/siem/ayuda/jre-8u71-windows-i586.exe>

- VII. *Objeto social. Elegir las actividades principales que desarrollará la SAS, de entre las actividades empresariales previstas en el SIEM; lo que implica que pueden elegirse varias actividades por lo que se debe señalar el porcentaje en que se realizará dicha actividad y declarar si la SAS venderá alimentos y si tendrá trabajadores;*
- VIII. *Forma de administración. Señalar quien será el administrador de la SAS, mismos que será el representante legal de la sociedad con todas las facultades para poder actuar a nombre de la SAS Si es una sociedad de un solo socio, debe ser administrador el propio socio;*
- IX. *Resumen final. Bajo este rubro se alude al acto propio de constitución con la firma electrónica, se debe elegir firmar el documento en el cual consta la constitución de la sociedad, en el caso de que sea un solo accionista; si son dos o más, se elige la opción "correo" para que los accionistas reciban el correo de la SE de la cuenta sas@economia.gob.mx con un link para ingresar en el sistema para autenticarse con su firma, visualicen el documento y procedan a estampar su firma electrónica; y,*
- X. *Descarga de documentos de la SAS. En este apartado, se permite descargar el acta constitutiva, la Boleta de inscripción al Registro Público de Comercio y otros trámites, para lo cual se puede contactar al correo: sascontacto@economia.gob.mx*

3. Los accionistas de la SAS

Se reconoce expresamente la unipersonalidad en la SAS, este tipo social puede constituirse con uno o varios socios. Sin embargo, solo se admiten personas físicas y no personas morales (Art. 260 LGSM) y tampoco de nacionalidad extranjera, a menos que sean residentes en México o cuenten con establecimiento permanente en el país que les permita contar con un certificado digital de firma electrónica avanzada; ninguno de los socios de la SAS pueden ser socios de control de otra SAS ni de ningún otro tipo de sociedad mercantil (de nombre colectivo, comandita, de responsabilidad limitada, cooperativa o anónima) que les permita tener el control de la SAS²², con lo cual la LGSM limita los derechos de libre contratación, de agrupamiento empresarial, de libre concurrencia y de comercio de los accionistas de la SAS, cuestión que coloca en desigualdad a los socios, ya que en los demás tipos, no solo no lo prohíbe, sino que la admite e incluso la fomenta de manera expresa en la Ley para Regular las Agrupaciones

²² A diferencia de la SAS de Colombia, cuya ley, 1258, Art. 1º. publicada en el Diario Oficial No. 47.194 de 5 de diciembre de 2008, Cfr. <http://www.supersociedades.gov.co/Web/Leyes/LEY%201258%20DE%202008%20SAS1.htm>, consultada el 13 de junio de 2016, permite la admisión de socios personas morales.

Financieras, en la LMV y en la Ley para el Desarrollo de la competitividad de la micro, pequeña y mediana empresa, y en el Código Fiscal y la Ley del Impuesto sobre la Renta, entre otras²³.

Asimismo, se exigen otros requisitos de los socios para constituir una SAS (Art. 262 y 263): que alguno de los socios cuente con autorización para el uso de la denominación social conforme la cual se constituya la sociedad; que todos tengan su Registro Federal de Contribuyentes, un correo electrónico y un certificado de firma electrónica avanzada vigente y reconocida con la cual externen su consentimiento para constituir la SAS bajo los estatutos sociales que la SE ponga a su disposición.

Cuando la sociedad es unipersonal, los contratos celebrados entre el accionista único y la sociedad deben inscribirse en el sistema electrónico (Art. 264 LGSM y 50 Bis CCo.); y la administración de la sociedad queda a cargo del socio único, quien debe ejercer también las atribuciones de representación.

Respecto de la responsabilidad de los socios, en principio los socios de la SAS solamente se obligan al pago de sus aportaciones, como en la Sociedad Anónima y como ocurre en las SAS de Colombia (Art. 42 ley 1258) y Francia (Art. 1227-1 CCo.), sin embargo, en México, también se les imponen diversas responsabilidades sin deuda que incluso comprometen su patrimonio, en los siguientes supuestos:

- i.- Se realicen actos en fraude a la ley o en perjuicio de terceros por medio de la SAS;
- ii.- Se cometan conductas sancionadas como delitos, en cuyo caso, el o los accionistas son subsidiaria o solidariamente responsables, según corresponda, con la sociedad, por la comisión de dichas conductas; y
- iii.- Por los daños y perjuicios en que se incurra por la inexistencia y falta de veracidad de información proporcionada al sistema electrónico de constitución de la SAS.

²³ En cambio, en Francia se admite la SAS como un medio de agrupamiento empresarial y obliga a las SAS a designar al menos un comisario cuando controlen a una o más sociedades o sean controladas (Art. L. 233-16); si bien señala que los estatutos podrán prever que cuando el socio cuyo control cambie, deba informar del mismo a la SAS, así como suspenderle el ejercicio de los derechos no pecuniarios e incluso excluirlo en caso de no dar dicho aviso de adquirir la calidad de socio como resultado de una fusión, escisión o disolución en tales condiciones. En Colombia el Art. 16 de la Ley 1258 permite establecer en los estatutos sociales de la SAS la obligación a cargo de las sociedades accionistas de la SAS, de informar a ésta sobre cualquier operación que implique un cambio de control cuya omisión dé pauta a la asamblea para excluir a dicho socio cuya situación de control haya sido modificada y a sancionarlas con el veinte por ciento del valor del reembolso de sus acciones.

iv. Responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada de las operaciones sociales, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad en que hubieren incurrido, cuando la SAS no se transforme a otro tipo social al haber rebasado el monto de ingresos anuales máximo fijado por la LGSM²⁴.

Las reglas generales emitidas por el SE determinan que durante el mes de marzo siguiente al cierre del ejercicio social, se publique en el PSM un informe sobre la situación financiera de la sociedad que arroje el monto de dichos ingresos y si del mismo resulta que la sociedad obtuvo ingresos en exceso de la suma permitida, la SE iniciará un procedimiento administrativo del cual emitirá una resolución de haber excedido el monto legal de ingresos a la SAS y la obligación de transformarse en otro tipo social, bajo sanción para el caso de no hacerlo dentro de los concederá cuarenta días siguientes, de incurrir los socios en dicha responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada, misma que hará del conocimiento del público mediante el PSM; además de que en caso de que no se publique la situación financiera durante dos ejercicios consecutivos, la misma SE iniciará un procedimiento administrativo en el cual emitirá una resolución de incumplimiento en la que conceda a la SAS cuarenta días para iniciar su disolución (reglas décima octava y décima novena).

Estas dos últimas sanciones, responden a la causa de la SAS en México, se trata de un instrumento o modelo económico destinado para las pequeñas empresas y los nanos negocios, sociedades cerradas que además no pueden cotizar en bolsa sus acciones.

4. Capital social y acciones en la SAS

No nos debe sorprender que la LGSM, no exija a la SAS, como tampoco a la Sociedad Anónima, un capital social mínimo legal para realizar las operaciones sociales y garantizar a los

²⁴ El segundo párrafo del Art. 260 de la LGSM establece: “Los ingresos totales anuales de una Sociedad por Acciones Simplificada no podrá rebasar de 5 millones de pesos. En caso de rebasar el monto respectivo, la Sociedad por Acciones Simplificada deberá transformarse en otro régimen societario contemplado en esta Ley, en los términos en que se establezca en las reglas señaladas en el artículo 263 de la misma. El monto establecido en este párrafo se actualizará anualmente el primero de enero de cada año, considerando el factor de actualización correspondiente al periodo comprendido desde el mes de diciembre del penúltimo año hasta el mes de diciembre inmediato anterior a aquel por el que se efectúa la actualización, misma que se obtendrá de conformidad con el artículo 17-A del Código Fiscal de la Federación. La Secretaría de Economía publicará el factor de actualización en el Diario Oficial de la Federación durante el mes de diciembre de cada año”.

acreedores el cumplimiento de las obligaciones sociales, o como parámetro de la responsabilidad del socio que se limita al pago de sus aportaciones, ya que esta es la tendencia mundial aunque solo para ciertas sociedades, las de pequeñas dimensiones, porque aunque el autor italiano, Gian Franco CAMPOBASSO, sostiene que en Italia se puso freno a la constitución de mini sociedades que se constituían al amparo de un capital social irrisorio exigido por la ley, que fue fijado primero en ciento veinte mil euros, en 2003, y finalmente en cincuenta mil euros en junio de 2014, reconoce que la reforma de 2003 tuvo como objeto la simplificación en materia societaria y se admite la sociedad unipersonal²⁵. Lo que ocurre es que por un lado se están diferenciando las sociedades de grandes dimensiones, cotizadas o no, para que se exige una cantidad fuerte de capital social, y las de pequeñas dimensiones, para las cuales prácticamente se les dispensa el capital social; y por el otro, como consecuencia, que la orientación de la garantía con que cuentan los acreedores de la sociedad para cubrir sus créditos ya no es el capital social, sino, como lo previene el Código Civil, el patrimonio del sujeto.

Así, el Código Civil Italiano (Art. 2463 bis) reconoce a la Sociedad de Responsabilidad Limitada de un solo socio, la cual por cierto se constituye con un capital social de al menos un euro y máximo diez mil²⁶; claro que el freno es para que no se constituyan sociedades anónimas de grandes dimensiones infra capitalizadas, que es un tema que sí debe preocuparnos en México en donde indiscriminadamente se deja a la plena autonomía de la voluntad de los socios fijar el capital social de cualquier Sociedad Anónima., más que si la sociedad se debe llamar así o *empresa unipersonal* o si es de un solo socio.

Ahora bien, lo que sí nos sorprende es que en México se haya admitido la constitución de una sociedad *capitalista* sin que haya la obligación de fijar un capital mínimo estatutario, aunque fuera de un peso como ocurre en otros países que fijan un euro para las SDERL; sin que haya obligación de desembolso alguno por los socios, y más aún, sin que dichos socios ¡suscriban acciones!, lo que parece un contrasentido –como otros que hay en la LGSM- lo que claro, nos obligará a estudiar los conceptos básicos de sociedad, accionista, capital social, acciones, asamblea, etc. a la luz de la nueva reglamentación. Dicho ordenamiento solamente requiere

²⁵ Cfr. CAMPOBASSO, Gian Franco, *Manuale di Diritto Commerciale*, sexta edición, UTET Jurídica, Milán, Italia, 2015, pp. 172 y 174.

²⁶ *Ibidem*, p. 335.

que se señale el monto, número, valor y clases de acciones, las cuales pueden estar o no íntegramente suscritas o pagadas.

Es decir, dicho texto legal permite la constitución de la SAS con un capital autorizado y por tanto con acciones de tesorería respecto de las cuales sus accionistas se comprometan a suscribir y pagar dentro del año siguiente contado desde la fecha en que la sociedad quede inscrita en el Registro Público de Comercio, aunque no se exige señalar los términos y condiciones de dicha suscripción y pago²⁷, pero exige a la SAS, publicar, una vez que se haya suscrito y pagado la totalidad del capital social, un aviso en el Sistema Electrónico de Publicaciones de Sociedades Mercantiles (PSM), de que se cubierto la totalidad del capital social.

Respecto de las clases de acciones, a diferencia del derecho comparado, y de la propia Sociedad Anónima mexicana, que permiten emitir diversas clases de acciones con relación al derecho de voto, entre ellas, las acciones sin voto, de veto, de voto restringido, condicionadas, de voto limitado, la LGSM parece admitir clases de acciones en la SAS siempre que no limiten, restrinjan o supriman el voto, al señalar imperativamente que todo accionista tendrá derecho a participar en las decisiones de la sociedad y que los accionistas tendrán voz y voto.

Por otra parte, aunque se alude en la LGSM a que en las SAS las acciones serán de igual valor y conferirán los mismos derechos, no agrega como sí lo hace el Art. 112, que podrán emitirse clases de acciones con derechos diferentes, sin embargo uno de los requisitos del acto constitutivo es que se señale el número de votos que tendrán los accionistas, ¿Querrá decir que se permiten las acciones de voto plural y las de voto máximo (Art. 264, Fr. X)?

¿Habría sido la intención del legislador, desconocer el principio *Una acción un voto* y dejar a la voluntad de las partes la posibilidad de emitir acciones de voto múltiple o plural (Art. 264, fracción X de la LGSM, expresamente reconocidas en Colombia para las SAS (Art. 11 de la Ley 1258) y acciones de voto máximo?²⁸;

²⁷ En cambio, en Colombia, la suscripción y pago del capital puede hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintos de los previstos para las sociedades anónimas pero se exige el señalamiento de dichos capitales suscrito, pagado y autorizado en el acto constitutivo y que se paguen las acciones dentro del plazo de 2 años (arts. 9 y 5 numeral 6 Ley 1258).

²⁸ Así, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 014 de 2010. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo; cfr. www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-014-10.htm, consultada el 20 de junio de 2015; en Colombia, (Art. 10 Ley 1258) la SAS puede emitir diversas clases y series de acciones, entre ellas: (i) acciones privilegiadas; (ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; (iii) acciones con dividendo fijo anual y (iv) acciones de pago; en Francia SAS puede también emitir acciones de trabajo con

a pesar del diverso postulado de que las acciones serán de igual valor y conferirán los mismos derechos?

En países como Colombia, hay mayor autonomía de la voluntad en la SAS que en la S.A.; mientras que en México hay más clases de acciones y mayor autonomía de la voluntad permitidas en la Sociedad Anónima, en la SAS son mayores las restricciones; lo que resulta contrario a la desregulación societaria dirigida particularmente a las sociedades de pequeñas dimensiones, aunque al mismo tiempo, hay que reconocer que se reducen en mucho los abusos de que pueden ser objeto los socios de sociedades de pequeñas dimensiones, más vulnerables que los accionistas de grandes sociedades, pues tratándose de una SAS todo parece indicar que mientras no esté la totalidad de los accionistas no habrá asamblea ni en segunda o ulterior convocatorias, y que no se pueden establecer otras mayorías en asamblea, que las ya predispuestas en el sistema electrónico y, si los socios no están conformes con ello, la LGSM les ofrece los demás tipos sociales, incluyendo la Sociedad Anónima, mucho más flexible y sin ninguna obligación y casi responsabilidad del socio.

5. Los órganos sociales de la SAS

A diferencia de la Sociedad Anónima, la LGSM no exige en la SAS la trilogía de órganos sociales, el comisario no es, como en la Sociedad Anónima y la cooperativa, un órgano necesario, como sí lo son la asamblea y el órgano de administración.

a. La asamblea general de accionistas de la SAS

Es el órgano supremo de la SAS, es única, de una sola clase, no hay distinción en función de la naturaleza o importancia de los asuntos, todos tienen en mismo valor, pero siempre debe ser totalitaria, porque conforme a la LGSM; la asamblea se integra por todos los accionistas (266); la asamblea es competente para conocer y resolver cualquier asunto y sus resoluciones se adoptan por mayoría de votos, sin importar si se encuentra integrada con un solo socio, titular de todas las acciones del capital social, ni la naturaleza de los asuntos a tratar, aunque sea con el único socio,

las modalidades de suscripción y de distribución previstas en los estatutos e inalienables con un plazo máximo de 10 años; en Colombia también puede restringirse en general la circulación de las acciones, con el mismo plazo máximo contado a partir de la emisión, el cual puede ser prorrogado por periodos adicionales no mayores de 10 años, por voluntad unánime de la totalidad de los accionistas (Art. 123 Ley 1258).

quien funge como accionista, administrador, presidente de la asamblea, escrutador y delegado; lo que se justifica porque la asamblea es un negocio jurídico formal y constitutivo de la voluntad social, sujeta a diversas formalidades como la convocatoria previa, documentada por escrito o por medios electrónicos, respecto de determinados asuntos sometidos a su consideración, tales como la comprobación de sus operaciones y sus resultados, su funcionamiento externo e interno y las relaciones de los socios con la sociedad.

Lo anterior se explica aún y cuando el concepto mismo de asamblea reunión de los miembros de una colectividad para discutir determinadas cuestiones en interés común y, en su caso, adoptar decisiones al igual que el de *sociedad* agrupación pactada de personas, organizada para cooperar en la consecución de determinados fines sean contrarios a la realidad de un único socio, ante la necesidad de dotar de personalidad jurídica a nuevos entes conformados por una sola persona y no una colectividad.

En todo caso, cualquier asunto, incluyendo la reforma estatutaria, cuyo trámite no parece incluirse en el listado de diez apartados del sistema electrónico de constitución de sociedades de la SE, o la transformación de la sociedad se adoptan por mayoría de votos, sin margen para convenir mayorías calificadas; una vez constituida la sociedad si deben hacerse modificaciones, deberán hacerse ante fedatario público.

Por otra parte, aunque la LGSM reduce el plazo para la publicación de la convocatoria, de los quince días para la Sociedad Anónima, a cinco días para la SAS, incluso para asambleas de aprobación de estados financieros; dicho ordenamiento señala un plazo de 15 días, como en la Sociedad Anónima para que cualquier socio de la SAS solicite al juez convoque a asamblea ante la reticencia del administrador. En cambio, dicha LGSM faculta a cualquier accionista, en cualquier tiempo para solicitar la inclusión en el orden del día, de asuntos que considere conveniente y si la mayoría de socios lo aprueba se deben incluir.

Un aspecto interesante es el acceso a la información que se reconoce a los socios de la SAS, respecto de los documentos que correspondan a los asuntos objeto de la asamblea.

Desde luego, otra novedad es la admisión de asambleas electrónicas, que debieron reconocerse expresamente en la LGSM para todos los tipos sociales, máxime que en la SAS la poca capacidad económica y tecnológica de la sociedad para contar con un sistema de información que garantice a los socios el ingreso seguro a las sesiones y el ejercicio de su derecho de voto

electrónico, y la de los socios para acceder a los medios provocarían la necesidad de hacerlas presenciales.

b. La administración de la SAS

Aunque la LGSM incluye como requisito de los estatutos incluir la forma de administración de la SAS, los socios carecen de libertad para determinarla, porque la representación debe estar a cargo de un administrador y para serlo se requiere ser accionista (Art. 267); no se permite consejo de administración, ni administradores extraños a los accionistas, ni otra forma de organización; no existe esa plena libertad al o los socios para determinar la estructura orgánica de la sociedad como sí ocurre en otros países (Art. 17 Ley 1258), pero dicho requisito es plausible por cuanto que la práctica enseña que en sociedades anónimas de pequeñas dimensiones, sobre todo familiares, existe un solo administrador y la exigencia de un consejo obligaría en el caso de sociedades unipersonales a contratar servicios de extraños o a formar un consejo de papel.

Respecto del nombramiento del administrador, entendemos que el mismo obra en el modelo de la SE, como ocurre en Colombia, aunque no sea un requisito de constitución a la luz de la LGSM.

c. Medios alternativos de solución de controversias

Otra cuestión interesante en las SAS, es que la LGSM se suma a la tendencia mundial de optar por la preferencia hacia los medios alternativos de solución de conflictos, al establecer que *salvo pacto en contrario, deben privilegiarse los mecanismos alternativos de solución de controversias previstos en el Código de Comercio para sustanciar controversias que surjan entre los accionistas, así como de éstos con tercero*" (Art. 270); solo que lo hace de manera insuficiente, confusa y sujeta a varias interpretaciones, porque no precisa quién debe privilegiar o preferir dichos mecanismos, ni como consecuencia, cuáles son esos medios, si el arbitraje únicamente o también la mediación prevista para los juicios orales, lo que puede suponer que en el caso de cualquier controversia entre socios de SAS, incluyendo la nulidad de una asamblea o la oposición del acreedor a la fusión, el actor quedaría obligado a optar en primer término por el arbitraje que es el medio alternativo regulado por el CCo. mexicano; que de iniciar un juicio ante los tribunales judiciales, los jueces deban remitirlos al arbitraje, ya que no pueden someter a las partes a los otros medios alternativos como la mediación o la conciliación judiciales, salvo que se trate de juicios orales para los cuales se

prevé esa posibilidad; en todo caso, dicha disposición podría ser violatoria del derecho humano de acceso a la justicia gratuita, máxime que la norma se presta para varias interpretaciones, es de aplicación dudosa y además priva el derecho a los socios de acceder a la administración de justicia pronta, expedita y gratuita administrada por el estado y los obliga a pagar los honorarios de árbitros e instituciones arbitradoras negándoles el derecho de acceder a los juicios orales gratuitos y rápidos; incluso, dicha obligación de privilegiar, salvo pacto en contrario, los medios alterativos es desigual porque solo se impone para las SAS, sus socios y terceros, pero no para todas las sociedades mercantiles, sus accionistas ni sus acreedores o administradores y comisarios; y, contradice el principio de la autonomía de la voluntad, particularmente de la libertad de contratar reconocida incluso por el propio CCo. en materia de arbitraje, a cuyo tenor, para que las partes se sometan a la decisión de un tribunal arbitral se requiere el previo consentimiento expreso de las partes, aún y cuando en arbitraje haya la tendencia de someter a este procedimiento a terceros relacionados con el objeto del arbitraje.

V] Ventajas y desventajas de la SAS

Conforme el legislador mexicano, el reconocimiento de la SAS simplifica el proceso de constitución de sociedades para micros y pequeñas empresas y crea un nuevo régimen societario constituido por uno o más accionistas personas físicas²⁹.

Es verdad que existe cierta desregulación, en la medida en que se elimina el requisito de acudir ante fedatario público para constituir sociedades de un solo socio; también es verdad que existe simplificación para constituir este tipo de sociedad frente a una Sociedad Anónima ya que se elimina el pago de sus honorarios y los derechos de inscripción en el Registro Público de Comercio; sin embargo, se permite la asesoría del fedatario que desde luego, algún honorario le cobrará a su cliente por hacer el trabajo pesado que sabe o no quiere hacer el cliente en la plataforma de la SE, y se incluyen nuevos requisitos imperativos para los socios: i) registro federal de contribuyentes.- ii) certificado de firma electrónica

²⁹ Así, el Dictamen de las Comisiones Unidas de Comercio y Fomento Industrial, de Hacienda y Crédito Público y de Estudios Legislativos, Segunda, que contiene iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, (Sociedad por Acciones Simplificada), de noviembre de 2015.

avanzada reconocida.- iii) autorización de uso de denominación social a favor de un accionista.- y, iv) correo electrónico.

1. Ventajas

Ante la cuestión fundamental de saber cuáles son las ventajas de constituir una SAS sobre cualquier otro tipo y desde luego de la Sociedad Anónima, debe responderse que sí las hay y son algunas de ellas, las siguientes:

- i. *Constitución sin pago de la fe pública;*
- ii. *Eliminación del costo de inscripción en el registro;*
- iii. *La constitución por medios electrónicos, con el ingreso a la plataforma de la SE;*
- iv. *Utilización de modelos predispuestos (que también es una desventaja)*
- v. *Limitación de responsabilidad;*
- vi. *La unipersonalidad;*
- vii. *Blindaje al patrimonio familiar;*
- viii. *Estructura flexible del capital social, porque se permite constituir la sociedad con capital autorizado es decir, sin que los socios suscriban las acciones, cuestión que suscita una gran inquietud respecto del estatus de socio y la naturaleza de la sociedad;*
- ix. *Flexibilidad en el pago de las acciones, los accionistas pueden suscribir las acciones y no exhibir cantidad alguna al momento de constituir la SAS;*
- x. *Eliminación de la obligación de constituir fondo de reserva;*
- xi. *Eliminación del comisario;*
- xii. *Planeación familiar, mediante el voto múltiple para mantener el control por los fundadores, o restringir la enajenación de acciones para impedir que la sucesión transmita la empresa fallecimiento del fundador³⁰;*
- xiii. *Trámite automático del RFC en el portal gob.mx/tuempresa, únicamente con el acuse único de inscripción en el RFC que contiene la cédula de identificación fiscal y código de barras bidimensional (QR); siempre que el o los socios y su representante Los socios de la persona moral y el representante legal estén inscritos y activos en el RFC y cuenten con su certificado de e.firma vigente³¹.*

³⁰ Gómez-Betancourt, op. cit.

³¹ Artículo 27 del Código Fiscal de la Federación y regla 2.2.10., de la Resolución Miscelánea Fiscal; cfr.

- xiv. Posibilidad de emitir diversas clases de acciones, excepto sin voto o de voto limitado o restringido;
- xv. Protección de minorías con integración unánime de la asamblea;
- xvi. Asambleas electrónicas; y,
- xvii. Voto electrónico.

2. Desventajas

Dentro de las desventajas, señalamos algunas de ellas:

i. Las pequeñas empresas casi no tienen cabida en la SAS puesto que el monto máximo de ventas anuales que deben realizar conforme el Acuerdo de Estratificación de Micros, Pequeñas y Medianas empresas, es de cuatro millones un peso a cien millones de pesos, y aun el tope máximo combinado asciende a noventa y tres millones de pesos, suma que excede con mucho la exigida por la LGSM para permanecer como SAS, ya que se limitan los ingresos anuales de la SAS a un tope de cinco millones de pesos actualizables, como puede observarse de la siguiente tabla:³²

http://www.sat.gob.mx/informacion_fiscal/tramites/inscripcion_rfc/Paginas/ficha-235_cff.aspx#renglon

³² Cfr. El Acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de junio de 2009, <http://www.aladi.org/nsfaladi/legislacioncompraspublicas.nsf/df5c1e9aeacc9dd30325766300644d9e/e2e437247c23e502032576720061be43?OpenDocument>, consultado el 15 de junio de 2016, así como la fracción III del artículo 3 de la Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa y el Acuerdo por el que se establece la estratificación de las micro, pequeñas y medianas empresas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de junio de 2009.

ESTRATIFICACIÓN

Tamaño	Sector	Rango de número de trabajadores	Rango de monto de ventas anuales (mdp)	Tope máximo combinado*
Micro	Todas	Hasta 10	Hasta \$4	4.6
Pequeña	Comercio	Desde 11 hasta 30	Desde \$4.01 hasta \$100	93
	Industria y Servicios	Desde 11 hasta 50	Desde \$4.01 hasta \$100	95
Mediana	Comercio	Desde 31 hasta 100	Desde \$100.01 hasta \$250	235
	Servicios	Desde 51 hasta 100		
	Industria	Desde 51 hasta 250	Desde \$100.01 hasta \$250	250

*Tope Máximo Combinado = (Trabajadores) X 10% + (Ventas Anuales) X 90%.

ii. No se contemplan normas sobre la constitución y funcionamiento de las asambleas ni derechos de los socios.

iii. Los estatutos sociales de la SAS únicamente deben contener los requisitos señalados por la LGSM, son *númerus clausus*, en tanto que para las demás sociedades deja en libertad a los socios para configurar la organización y funcionamiento social;

iv. La sociedad no puede tener ingresos totales anuales superiores a la cantidad de cinco millones de pesos;

v. La autorización del uso de denominación social debe ser otorgado a uno de los accionistas;

vi. Todos los socios deben contar con firma electrónica reconocida, es decir con un certificado de firma electrónica avanzada vigente;

vii. Los socios no pueden ser socios de control de la SAS y de otra sociedad.

viii. La sociedad debe publicar anualmente sus estados financieros en el PSM, publicidad que ya no existe para las demás sociedades mercantiles;

ix. La sociedad solo puede ser administrada por un administrador general único que además debe ser accionista;

x. Mayores obligaciones de publicidad para la SAS: a) debe avisar al público en el PSM que el capital social ha sido totalmente suscrito y pagado; b) su administrador debe publicar en el PSM, durante el mes de marzo de cada año, el informe anual sobre la situación financiera del ejercicio anterior de la sociedad conforme a las reglas emitidas por la SE³³; c) Se deben publicar las transmisiones de acciones; d) los socios son susceptibles de aparecer en el listado como obligados solidarios de la sociedad cuando no se transforme en el plazo en que deba hacerlo.

xi. Sanciones para la SAS por incumplir obligaciones, como: a) la disolución de la sociedad, previa declaratoria de incumplimiento por la SE, por falta de presentación de la situación financiera durante dos ejercicios consecutivos; c) Obligación de transformación a otro tipo social por exceder los ingresos anuales legales; y, c) Obligación de transformación a otro tipo social en caso de cambiar su forma de organización y administración;

xii. Mayor responsabilidad de los socios: a) Los fundadores de la SAS responden por la existencia y veracidad de la información proporcionada en el Sistema; b) subsidiaria, solidaria e ilimitada desde los cuarenta días siguientes a la fecha en la que, conforme resolución administrativa de la SE deba transformarse en otros tipo social; c) subsidiaria o solidariamente, por comisión de delitos de la sociedad; d) Por los actos realizados en abuso de derecho o fraude a acreedores

xiii. La SAS no puede inscribir ni cotizar sus acciones en bolsa de valores³⁴.

³³ Las Reglas de Carácter General para el funcionamiento y operación del Sistema Electrónico de Sociedades por Acciones Simplificadas, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 14 de marzo de 2016, señalan que dicho informe debe publicarse durante el mes de marzo siguiente al ejercicio inmediato anterior; y que si no se publican los informes sobre la situación financiera durante dos ejercicios consecutivos, la SE, previo procedimiento administrativo conforme a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, determinará sobre la procedencia de la declaratoria de incumplimiento, hecha la cual, la SAS tiene cuarenta días para liquidarse.

³⁴ Ni otros valores como se prevé en Francia, lo que se puede explicar porque como señala Betancourt, porque carecen de la garantía de transparencia en su operación y carecen de los

VI] Comparación gráfica de la SA con la SAS

ESTATUTOS	SAS	SA
Denominación	si	si
Accionistas	Nombre (s) , domicilio, RFC E-Mail	Nombres, nacionalidad y domicilio
Núm. accionistas	1 ó más	2 ó más (salvo fondo de inversión con 1 socio)
Personas	Físicas	Físicas y morales
Domicilio social	si	si
Duración	si	si
Objeto	si	si
Capital social	no	Mínimo estatutario Parte exhibida, Identificación, valor y criterio de valorización de aportes Forma y términos para pagar parte insoluta
Acciones	si Forma y términos de suscripción y pago Número, valor y clases Número de votos No puede inscribir ni cotizarlas en bolsa	si Clases Número y valor nominal (o sin él) especificar: pagadoras o liberadas Sí puede inscribir y cotizarlas en bolsa
Administración	Única Accionista Nombre	Única o colegiada Socio o extraño Nombramiento y facultades
Comisario	no	si, obligatorio
Cláusula de Utilidades y pérdidas	no	si
Fondo de reserva	no	si

requisitos y normas imperativas que regulan a las sociedades cotizadas para proteger al público inversionista, BETANCOURT RAMÍREZ José Bernardo y otros, “Ventajas y desventajas de la Sociedad por Acciones Simplificada para la empresa familiar en Colombia. Estudio exploratorio”, *Estudios Gerenciales*, Vol. 29 No. 127 abr-jun 2013, http://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/estudios_gerenciales/article/view/1643/H-TML, consultado el 1 de octubre de 2016, p. 8/15.

Otros requisitos de los aa. 6° y 91 LGSM	no aplican	si
Otras cláusulas	no aplican	
Estatutos	Modelo limitado de la SE	Modelo de fedatario o libre

FUNCIONAMIENTO	SAS	SA
Ingresos	Límite anual \$5,000,000.00	sin límite
Publicaciones	Convocatorias Avisos de aumento, reducción, fusión, liquidación, escisión y transformación Aviso de capital suscrito y pagado Aviso de transmisión de acciones Estados financieros anuales Aviso de socios con responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada por la SE por no transformación	Convocatorias Avisos de aumento, reducción, fusión, liquidación, escisión y transformación
Sistema Electrónico	Socio único. Inscripción en PSM de los contratos con la sociedad (todos)	no
Responsabilidad de socios	-Limitada al pago de sus aportaciones -Daños y perjuicios por inexistencia y falta de veracidad de información al sistema "de lo contrario" -Responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada por no transformación - Responsabilidad subsidiaria o solidaria, por comisión de delitos	Limitada al pago de sus aportaciones
Develación de personalidad	Expresa	Por resolución judicial

Asambleas	Generales	Generales (ordinarias y extraordinarias) y Especiales
	Presenciales o electrónicas	Presenciales
Quórum de asistencia	Totalitaria	75% capital p/ asamblea extraordinaria primera convocatoria; 50% ulteriores. 50% capital p/ asamblea ordinaria primera convocatoria; El que sea para posteriores.
Quórum votación	mayoría de capital	extraordinaria: 50% capital y ordinaria por mayoría
Voto en asamblea	Presencial o electrónico	Presencial
	Todos los socios tienen voto	Acciones sin voto u otras
Disolución obligatoria	Por no publicar informe y, por vencimiento de plazo duración	
Transformación obligatoria	Por exceder monto máximo de ingresos Por organización y funcionamiento distintos de los previstos por LGSM	

VII] Conclusiones

El reconocimiento legal de la SAS responde principalmente a la necesidad de facilitar el acceso a la personalidad para realizar actividades económicas y con ello la separación del patrimonio personal de los operadores económicos de pequeñas dimensiones o controladores, de los bienes destinados a sus actividades económicas; la configuración legal de la SAS mexicana aunque es congruente con la flexibilización regulatoria, es distinta de la establecida en Colombia y Francia en cuanto que está destinada para actividades cuyos ingresos anuales no rebasen una suma determinada de dinero, lo que dificulta su utilización por grandes empresas.

La SAS es una figura societaria híbrida en su regulación: flexible y a la vez imperativa, cuya constitución, incluso con un único socio, por medios electrónicos y sin costo representa un incentivo a los pequeños comerciantes y microempresarios; sin embargo, el cúmulo de obligaciones de información, publicidad y responsabilidad exigidos por la LGSM disuade su utilización y puede poner en peligro su éxito en México, dado que la ponderación de sus bondades y las obligaciones no resulta equilibrada, frente a las de la Sociedad Anónima.

Por todo ello, el éxito de la SAS dependerá de la voluntad del legislador en efectivamente proporcionar un nuevo instrumento para los emprendedores que les permita continuar utilizando el modelo electrónico y/o mayores posibilidades de clausulado, así como liberar el monto máximo de ingresos anuales a que se sujeta su existencia para permitir a las grandes empresas optar por este instrumento, como lo hace con los fondos de inversión que incluso no únicamente son de un solo socio, sino que no se les exigen las prevenciones que requiere para las SAS; se requiere una mayor flexibilización para su configuración y para regular las relaciones entre socios; así como la moderación de las obligaciones de publicidad no exigidas a los demás tipos sociales, que privan del derecho de secrecía al comerciante socio de SAS, como la de publicar sus resultados anuales y sobre todo que se registren los contratos con el accionista) y lo colocan en un plano de desigualdad frente a la configuración los demás tipos sociales.

En cuanto a la responsabilidad por actos en fraude o abuso de terceros, así como por la comisión de delitos, es necesaria, pero la LGSM incluye a los inocentes al no prevenir que esa responsabilidad sea solo para los que hayan realizado, participado o tolerado los actos ilícitos; aunque hay que reconocer que la unipersonalidad puede ser un escudo de protección para quienes cometan delitos o pretendan abusar de la ley en contra de terceros, si bien seguramente lo harán por otro mecanismo y no por la propia SAS en la que son los únicos socios³⁵;

Por último, habrá necesidad de conceder mayor libertad a los socios para configurar los estatutos sociales, con la predisposición de diversas opciones efectivas de cláusulas que

³⁵ Desde principios del siglo pasado, un tribunal alemán reconoció el derecho de un acreedor de la sociedad unipersonal al embargo contra el patrimonio social si la ejecución fundada de su crédito en contra del socio se ve amenazada porque dicho accionista, solo tiene como patrimonio sus acciones; algo similar ha ocurrido en México desde la anterior Ley de Quiebras y Suspensión de pagos que estableció la presunción muciana: los bienes del cónyuge del quebrado forman parte de la masa de la quiebra.

permitan mayor libertad negocial en la SAS y no reglas de orden imperativo³⁶ sin descuidar la protección de las minorías ni favorecer el abuso de las mayorías³⁷, conforme la experiencia del derecho comparado y, de una vez por todas regular adecuadamente la unipersonalidad.

Bibliografía

- BAENA Cárdenas, Luis Gonzalo; *Lecciones de Derecho Mercantil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- BETANCOURT Ramírez, José Bernardo y otros; "Ventajas y desventajas de la Sociedad por Acciones Simplificada para la empresa familiar en Colombia. Estudio exploratorio", *Estudios Gerenciales*, Vol. 29 No. 127 Abril-Junio, 2013. http://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/estudios_gerenciales/article/view/1643/HTML, consultado el 1 de octubre de 2016.
- BRUNETTI, Antonio; *Tratado del Derecho de las Sociedades*, T. I, Traducido por Felipe De Solá Cañizares, Uteha, Argentina, 1960.
- CAMPOBASSO, Gian Franco, *Manuale di Diritto Commerciale*, sexta edición, UTET jurídica, Milán, Italia, 2015.
- CEE, 97/344/CE: "Recomendación de la Comisión de 22 de abril de 1997 sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas", Diario Oficial, número L 145 de 05/06/1997 p. 0029 - 0051. Fr. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31997H0344> consultado el 8 de junio de 2016.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 014 de 2010. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo (Colombia); cfr. www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-014-10.htm, consultada el 20 de junio de 2015.
- CUBEROS De las Casas, Felipe; *Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) novedades, aciertos y desaciertos*, Pontificia Universidad Haveriana, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá 2012.
- DE SOLÁ Cañizares, Felipe, *Tratado de Derecho Comercial*, Editorial Montaner & Simón, Barcelona, 1962.
- H. LEÓN Tovar Soyla; *Pactos de socios. Pactos estatutarios y parasociales*, Tirant Lo Blanch. , México, 2016.
- H. LEÓN Tovar Soyla y Hugo González García, *Derecho Mercantil*, Oxford, México, 2006

³⁶ Como sostiene REYES VILLAMIZAR, Francisco, 2009

³⁷ FRANCO MONGUA, Javier Francisco, Las SAS en Colombia y sus críticos: Una evaluación desde el análisis económico del derecho, Revista republicana núm. 14, enero-junio 2013., p. 143 y ss. <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/40/36>, consultada el 1 de julio de 2016.

PICKMANN Dianderas, Fernando. "La Sociedad Anónima cerrada y abierta", en *Nuevo Derecho Societario*, I Seminario Nacional sobre la Ley General de Sociedades, Lima, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1998.

MONGUA, Javier Francisco, *Las SAS en Colombia y sus críticos: Una evaluación desde el análisis económico del derecho*, Revista republicana núm. 14, enero-junio 2013.,

<http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/40/36>

REYES Villamizar, Francisco, *Sociedad por Acciones Simplificadas. Una alternativa útil para los empresarios latinoamericanos*, presentación ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de los Estados Americanos en la reunión de diciembre 4, 2014, OEA/Ser.G CP/CAJP/INF-248/14, 18 diciembre 2014. scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_14/CP33956T04.doc

REYES Villamizar, Francisco Hernando, *SAS. La Sociedad por Acciones Simplificada*. Legis, Bogotá, 2013.

REYES Villamizar, Francisco Hernando, *Derecho societario, Tomo I*, Editorial Temis S.A., 2004.

RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Tr. Felipe De Solá.

WANTZM Jacques, "La SAS... dix ans après : un statut toujours plus attrayant", *Entreprise et expertise dossier*, <http://www.bcw-associes.com/images/stories/doc/EeEd.PDF>

Fecha de recepción: 1 de noviembre de 2016

Fecha de aprobación: 5 de noviembre de 2016

Las reestructuras empresariales y el concurso mercantil

LUIS MANUEL C. MÉJAN¹

SUMARIO: I. *Importancia de los mecanismos de reestructuración de deuda corporativa para la recuperación económica.* II. *Pertinencia de una estrategia global y ordenada.* III. *Características clave de un régimen de insolvencia robusto.* IV. *Diseño de mecanismos de reestructuración de la deuda.* V. *El papel del estado.* VI. *Las contribuciones internacionales.* VII. *La experiencia mexicana.* VIII. *Conclusión.*

Resumen. Este artículo explora la importancia que tiene, en la vida económica de un país, hacer frente a la carga de la deuda corporativa cuando reúne características de morosidad, especialmente en el caso de créditos con el sector financiero. En muchas economías del mundo, el alto nivel de apalancamiento que conlleva un crecimiento de la cartera vencida en el sector empresarial, inhibe el crecimiento económico e incluso puede suponer un riesgo para la estabilidad financiera. Una solución para lograr la reestructura financiera de las empresas afectadas es el uso del régimen de insolvencia (concurso mercantil). Se analizan los papeles que juegan el marco jurídico (legal y regulatorio) y el gobierno en esa tarea.

Palabras clave: Concurso mercantil, insolvencia.

Abstract. *This article explores the importance of dealing with corporate debt, in the national economy, when it is characterized by default, especially with credit market in the financial sector. In many economies around the world, the high level of leverage, which entails an increase in the past-due portfolio, reducing the economic growth and may even be a risk to the financial stability. A solution to achieve the financial restructuring of*

¹ Profesor de la asignatura Plus en el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Ex Director General del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles (IFECOM).

the affected companies is using the insolvency regime (bankruptcy). It analyzes the roles that plays the legal framework (legal and regulating) as well as the government, in this job.

Keywords: *Bankruptcy, insolvency.*

I] Importancia de los mecanismos de reestructuración de deuda corporativa para la recuperación económica

1. *Impacto del crédito en la economía.*- Como presupuesto previo para este análisis hay que admitir que el acceso al financiamiento por parte de las empresas tiene una correlación positiva con el crecimiento económico, pues les permite canalizar recursos hacia inversiones productivas, adicionales al capital que los socios de una empresa han podido aportar a ésta. Si las empresas únicamente operasen con el capital que los accionistas han puesto en la misma estarían limitadas en su desarrollo. El tener acceso al crédito les permite no solamente ampliar su campo de actuación, sino además, impulsar la innovación, destinando recursos para invertir en nuevas tecnologías y procesos, mejorando su productividad.

2. *El inicio del problema.*- Es común que, en el curso del desenvolvimiento económico, se presenten problemas financieros en las empresas, ya sea por mala gestión financiera o decisiones operativas, como por amenazas sectoriales o cambios en los ciclos económicos. Esos problemas ordinariamente pueden llevar a las empresas a incumplir con sus obligaciones de pago.

Esa situación de incumplimiento generalizado es lo que se conoce como *insolvencia*, su tratamiento debe ser extraordinario, pues se trata de una situación que también lo es y que debe resolver todo el universo de situaciones jurídicas de una empresa que ha incurrido en ésta. Las leyes que tratan el camino de atención a la insolvencia son llamadas leyes de insolvencia, leyes de bancarrota, leyes concursales o títulos similares, en el caso de México es la Ley de Concursos Mercantiles.

Cuando estos problemas son vistos en conjunto con la economía de un país, el aumento en la cartera vencida afecta el desarrollo de la economía. Desde el proceso de producción hasta la distribución y el consumo, ya que altera el flujo del financiamiento y, en última instancia, provoca una disminución en el bienestar social.

El incremento de carteras vencidas produce dos efectos negativos: (i) el incremento en el costo del financiamiento pues los

deudores que pagan cargan con el riesgo de los que no cumplieron.- (ii) se produce una astringencia en el crédito pues los prestamistas financieros pierden los incentivos de facilitar recursos aumentando los requisitos para concederlos.

II] Pertinencia de una estrategia global y ordenada

Cuando se viven fenómenos como el descrito, es menester pensar en establecer mecanismos que permitan recomponer la estructura financiera de las empresas y sus relaciones con los acreedores, especialmente con el sector del crédito institucional.

1. *Qué es una reestructura financiera.*- La reestructuración de la deuda es un mecanismo financiero mediante el cual se modifican los términos de los compromisos financieros (los adquiridos por concesión de crédito, por proveedores de bienes y servicios y otros), usualmente comprenden el plazo y la tasa de interés, aumento de garantías, acceso a otras fuentes de liquidez, entre otras pues la ingeniería financiera puede proveer muchas herramientas. Las reestructuras pueden ser logradas: (i) mediante financiación bancaria.- (ii) mediante financiación de obligaciones o de instrumento de deuda; (iii) combinaciones de negocios y negocios conjuntos y.- (iv) mediante un proceso contable de reestructuración de los activos.

Tales reestructuras pueden darse dentro de un procedimiento concursal o fuera de él. Como medida preventiva, se trata de un mecanismo importante dentro de la economía que permite a los agentes tener un mejor manejo de sus estrategias y recursos con el fin de no incurrir en insolvencia, es decir en dejar de realizar los pagos que van siendo debidos.

El procedimiento concursal está diseñado para que la reorganización sea una parte esencial del mismo con las miras de que las empresas no se liquiden. El uso del concurso mercantil no es, sin embargo, la única medida que las empresas pueden usar, se pueden armar grupos informales, negociaciones directas con acreedores, usar asesores financieros, usar mediadores profesionales, etc. En algunas jurisdicciones este tipo de herramientas ha recibido algún tratamiento legal formalizado.

El primer paso para determinar si una reestructura es posible, es detectar si la empresa es viable o no. Se consideran no viables las empresas cuyo valor de liquidación es superior a su valor como empresa en funcionamiento. En ese caso la mejor solución puede ser terminar esa empresa y hacerlo lo más rápido posible

pues con el tiempo el valor de los activos tiende a disminuir aceleradamente.

En el supuesto de una empresa que llega a concurso mercantil esta es una decisión que debe ser tomada durante la primera etapa del procedimiento: la conciliación. Justo ahí es donde el Conciliador, juntamente con el Comerciante deudor y los acreedores deben arribar a un Plan de Negocio que permita la continuidad de la empresa. Si su conclusión es que la empresa no es viable tendrá que pasarse a la etapa de quiebra en donde se liquidan los haberes de la empresa para pagar lo mejor posible a los acreedores.

De hecho, este análisis conviene que sea hecho con anterioridad al inicio del procedimiento concursal a fin de que, o bien se prepare un concurso mercantil con un acuerdo preconvenido, o se definan las líneas por las que la conciliación deberá transcurrir, o también se acuda al concurso mercantil entrando directamente a la etapa de quiebra y liquidación.

Normalmente toda reestructura incluye una renuncia de los acreedores, entre ellos los bancos comerciales, a ejercer un derecho de recuperación forzada contra el incumplimiento de los pagos originalmente previstos en el contrato de crédito correspondiente, a cambio de que el deudor (o acreditado) se comprometa a que las deudas en cuestión serán repagadas según un nuevo programa acordado sobre una nueva base.²

Por regla general, es mucho más fácil el proceso de reestructuración de la deuda, para ambas partes en forma particular, que seguir el proceso concursal. Los trámites parecerían ser más fáciles y más controlables por el deudor. Si los acreedores estuviesen obligados a acudir siempre a las instancias jurisdiccionales ordinarias para conseguir el pago de sus créditos, sin que puedan optar por otra opción más que clasificar ese crédito como incobrable, se elevaría en extremo los costos de operación de las instituciones financieras que impondría una carestía en el crédito que sería soportada por los acreditados cumplidos.

En una situación de insolvencia de las empresas existen para los acreedores tres posibles caminos a seguir: el uso de mecanismos judiciales ordinarios para el pago forzoso; ir a la ley de insolvencia o implementar mecanismos extraordinarios para resolver la crisis. Pues bien.- (i) Los mecanismos ordinarios son insuficientes.- (ii) Que el Estado diseñe e implante mecanismos y

² STEIN VELASCO, José Luis, *Los instrumentos jurídicos para la reestructuración de la deuda pública*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.

programas especiales diseñados para atender una situación de crisis³ debería ser el último recurso a utilizar.- (iii) La solución debe estar en un sistema de tratamiento jurídico de la insolvencia para permitir la reestructuración de los pasivos de las empresas, la reintegración de sus activos en la economía y el mantenimiento de los puestos de trabajo y el producto interno bruto. Esto se puede lograr ya sea con el uso de los medios judiciales o administrativos.

Una estrategia global, si no estamos hablando de una crisis sistémica, debe incluir un régimen que permita.- (i) Si las empresas no son viables, realizarlas muy rápidamente con el fin de volver a insertar el valor de los activos en el torrente de la economía antes de que pierden más valor, y.- (ii) si las empresas son viables, reestructurarlas de manera expedita, y en su caso facilitando la financiación post concursal a las empresas que se mantienen en operación. (DIP: *Debtor in Posesion Financing*)

Otra medida en la estrategia incluye hacer efectiva la responsabilidad de los directores para crear una conciencia acerca de las medidas que deben tomarse cuando se acerca a la insolvencia.

2. *En caso de una crisis sistémica.*- Cuando una mala situación financiera no se aborda adecuadamente, es decir cuando las instituciones financieras han acumulado niveles insostenibles de deuda y han esperado demasiado tiempo antes de hacer frente a ellos, esas instituciones se verán perjudicadas en su solvencia pero también se podrá producir un efecto sistémico. Producir un contagio a otras empresas de la misma industria, a la zona geográfica donde opera y a la economía en general comprometiendo el bienestar de las personas, el país y, en algunos casos, de la comunidad internacional.

Una crisis sistémica requiere ser atendida con la participación tanto de los sectores empresarial, financiero y gubernamental. El análisis adecuado de los problemas de deuda corporativa es fundamental e incluye exámenes de calidad de activos, opiniones del marco jurídico e institucional para la insolvencia y la ejecución de la deuda, así como los aspectos de regulación y supervisión. Una crisis sistémica requiere una fuerte

³ Como se dieron en México durante la crisis cambiaria de los 80 con el FICORCA o en la crisis financiera de los años 90 con los sistemas ADE, UCABE y Punto Final. En el Reino Unido el llamado *London Approach*, en Japón la *Civil Rehabilitation Act*. Act No. 225 de Diciembre 22, 1999. Reformada por Act No. 87 de 2005, en Colombia la Ley 222 de 1995, por citar algunos ejemplos.

participación del gobierno (pues está más allá del alcance del sector corporativo e incluso de los propios bancos) y la consideración de soluciones estandarizadas para la reestructuración de la deuda.

Si se trata de una crisis sistémica, es muy difícil diseñar un esquema previamente porque cada crisis es única y diferente a la anterior. Ciertamente, las lecciones aprendidas de la pasada crisis deben tenerse en cuenta al diseñar los regímenes de insolvencia o regímenes de financiación bancaria.

El primer elemento esencial en una estrategia global para hacer frente a los préstamos en cartera vencida es: prevenirlos. Por ello la secuencia correcta en la adopción de medidas que favorezcan las reestructuras de empresas que han incurrido en carteras vencidas debe empezar por lo precautorio y las medidas profilácticas, es decir cómo no llegar a la situación de cartera vencida.

El marco regulador para los bancos debe ser lo suficientemente estricto para no permitir la originación de créditos que están destinados a no ser repagados y ser, al mismo tiempo, favorecedor de que la banca otorgue créditos. Mucha rigidez o muchos requisitos pueden desalentar la práctica de otorgar crédito.

Después vendrá el diseño de sistemas eficientes para la recuperación ordinaria, el régimen de la insolvencia y las regulaciones y la supervisión de las instituciones de crédito.

Finalmente, parece ser necesario que el sistema judicial y procesal también sean revisados con el fin de facilitar todas las recuperaciones. La coordinación entre los actores y la creación de un foro donde los actores puedan interrelacionarse parece ser importante. El sector empresarial debe asumir su responsabilidad en la crisis y no jugar por el estímulo perverso del concepto *Too Big to Fail*, según el cual los empresarios de determinadas empresas o determinados sectores esperan que el Gobierno salga a ayudarles inyectando recursos fiscales y por lo mismo no se preocupan demasiado por evitar la crisis primero, o por solucionarla después.⁴

En suma, cuando hay una crisis, el problema surge de los sectores empresarial y financiero. Por lo tanto, los grupos de interés son las empresas (tal vez las cámaras de comercio y similares), los banqueros y las autoridades reguladoras. La coordinación entre las principales partes interesadas es fundamental para aplicar dicha estrategia. Cuanto más grave sea el problema de morosidad,

⁴ Tal sucedió históricamente en el caso de la industria azucarera en México.

mayor tiene que ser el apoyo del gobierno, del banco central y del supervisor bancario para hacer frente a las carteras vencidas.

3. *Reestructuras informales o fuera de un procedimiento ante tribunales.*- Una de las principales razones que alejan a las empresas de usar los regímenes de insolvencia es el tener que verse involucrado en un complicado proceso judicial que normalmente alarga la llegada de soluciones y con ello deteriora aún más el valor de los activos.

Un ideal parece ser lograr un sistema que permita la reorganización de las empresas sin tener necesidad de acudir a los tribunales. Sin embargo, la participación de un tribunal de justicia es necesario porque, al menos según la Ley Mexicana, y los principios principalmente constitucionales, el acreedor no puede ser forzado a aceptar un plan de reestructura simplemente por la decisión de los demás acreedores. Es necesario que con un debido proceso sea dado a estos acreedores la oportunidad de participar y de ser escuchado. Así, la aprobación judicial de un plan de reorganización es obligatoria.

La única manera de evitar esto es obtener la conformidad del 100% de los acreedores. Por ello el establecimiento de un sistema híbrido podría ser una solución: dejar que los acreedores y el deudor lleguen a un acuerdo fundamental que pueda ser impuesto a los acreedores que no han participado y llevarlo entonces al tribunal para que sea el juez quien lo autorice. Eso deja al juez un papel importante pero reducido en tiempo.

III] Características clave de un régimen de insolvencia robusto

1. *Diseño de un régimen de protección de los derechos de los acreedores y de insolvencia.*- Es menester pensar de inicio en que el sistema legal proporcione elementos suficientes para que los acreedores tengan las herramientas efectivas para lograr la recuperación de sus créditos. Un régimen jurídico, cualesquiera que sea su estilo o ubicación en el mapa físico o en el mapa ideológico, puede darse el lujo de permitir que las obligaciones no se cumplan (*Pacta sunt servanda*), pues tolerar el incumplimiento de las obligaciones acaba con el Estado de Derecho y deja la suerte de todos a la ley del más fuerte.

El documento elaborado por el Banco Mundial en consulta con expertos de todo El Planeta, llamado *Los principios para un régimen efectivo de trato a los derechos de los acreedores y de la*

insolventia (World Bank Revised Principles for Effective Creditor Rights and Insolvency Regimes) se inicia con el siguiente párrafo:

Introducción. Sistemas eficaces y eficientes de insolventia y derechos de los acreedores son ampliamente reconocidos como elementos importantes de la estabilidad del sistema financiero.⁵ Estos sistemas ayudan a garantizar un acceso eficaz al crédito y la asignación de los recursos, la mejora de la productividad y el crecimiento. También permiten a los actores comerciales para gestionar mejor el riesgo financiero y otras dificultades en los sectores empresariales de una manera oportuna, a fin de minimizar el riesgo sistémico, particularmente en el sistema bancario.

Con eso, el asegurar a un acreedor la posibilidad de ejecutar en bienes del deudor su crédito en forma rápida y efectiva, lo mismo que si se trata de créditos con garantía real, la ejecución de ésta, sería más efectivo que la amenaza de tener que recurrir a un procedimiento de insolventia. Ahora bien, es necesario entender que cuando el incumplimiento de un deudor se generaliza, no cabe pensar que los medios ordinarios de recuperación de los adeudos sean eficientes.

Además, en ese supuesto ya no se trata solamente de los intereses de un acreedor con su deudor, sino de un problema económico que incide en la vida de una comunidad. He ahí donde tiene que aparecer el régimen de insolventia.

Desarrollar y contar con un régimen de insolventia sólido es la base fundamental para que las empresas que sufren problemas puedan obtener un tratamiento adecuado. Si el sistema ha demostrado ser eficaz, todo interesado tendrá en el futuro confianza en usarlo cuando sea necesario. La crisis de México en los años 90 hubiera sido muy distinta si se hubiera contado con un régimen de insolventia como el que hay hoy en día.

Las características clave de un régimen de insolventia robusto incluyen lo siguiente:

La primera es la creación de un nuevo paradigma en el régimen de la insolventia: (i) Se trata de maximizar el valor de las empresas, ya sea en el logro de una reorganización o la liquidación de manera eficiente.- (ii) Se trata de detener el deterioro de una empresa y para evitar un efecto sistémico en la economía de un país. (iii) Se trata de volver a colocar los activos en el torrente sanguíneo de la economía.- (iv) Se trata de mantener los empleos y la generación del producto interno bruto.

⁵ <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/23356>

Otra característica importante ha sido que los regímenes de insolvencia deben ser transparentes, con costos reducidos y accesibles a todos: grandes y pequeñas empresas.

Un tercer elemento es el impacto que tiene la prioridad de los créditos. Si bien el principio *par condicio creditoris* es un principio universal del derecho de la insolvencia, este establece que a los acreedores debe dárseles un trato similar, pero los créditos no son similares y por eso deben establecerse prioridades. Las más usuales prioridades se suelen dar en: los créditos de los trabajadores, los créditos que cuentan con una garantía real y los créditos fiscales. Asimismo, los créditos que deben ubicarse hasta el final de la lista son los créditos de las personas relacionadas y los créditos de los accionistas o dueños de la empresa.

Este sistema de prioridades juega un papel fundamental en la reestructuración de deuda de acreedores pues determina con quién o quiénes deben establecerse las prioridades en la negociación. Por ejemplo, la súper prelación de créditos laborales impuestos por la legislación mexicana disuade a los empresarios a utilizar el sistema de insolvencia para resolver sus problemas. Los créditos garantizados deben tener la prioridad que por lo general se les da, pues darles otro grado desalentaría a los concededores de crédito. Dejar al final, después de los comunes, a los créditos relacionados hace sentido como una sugerencia de buen gobierno para la empresa.

Por lo que toca a los créditos fiscales conviene cuestionar si se les debe dar una prioridad específica o deben ser considerados entre los acreedores comunes o incluso subordinados. El Estado tiene que entender que conviene abstenerse de su voracidad recaudatoria, pues en el largo plazo, producirá mejores resultados ya que los contribuyentes se mantendrán en operación.

Otro elemento clave en el diseño de un régimen de insolvencia es su brevedad y rapidez. En ningún otro lugar ha sido tan verdadero el dicho *el tiempo es oro* como lo es cuando se trata de lograr una reestructuración financiera de un deudor, el transcurso del tiempo deteriora el valor de los activos inexorablemente, especialmente si la empresa ha dejado de operar.

IV] Diseño de mecanismos de reestructuración de la deuda

Toda reestructuración debe ser hecha siguiendo un plan de negocio. En una situación sistémica es menester, además, tomar en cuenta los procesos económicos globales.

Usualmente hay tres caminos generales para orientar las reestructuras: la participación directa del Estado, el del mercado y un tercer método híbrido que combina elementos de los dos anteriores. La implementación de cada método depende de las circunstancias y gravedad que involucre la situación.

La conjunción de los sectores empresarial y financiero que definen una crisis, tanto singular como sistémica, requiere que la reestructuración sea abordada por ambos sectores independientemente de la actuación del deudor y de sus acreedores.

Para que un mecanismo de reestructuración de deuda tenga resultados e impactos económicos deseados es necesario crear un marco legal adecuado y bien especificado, para que no existan lagunas con las que alguna parte pueda tomar ventaja y desviarse del resultado deseado.

Se necesitan también incentivos creados por las autoridades que establecen las políticas económicas en un país ¿Quién toma la iniciativa? Las empresas en esta situación necesitan un *empujón en la dirección correcta*, pero es difícil que alguna institución acreedora se atreva a ser quien se lo dé. Parte del enfoque regulatorio de las autoridades estatales que dictan las políticas económicas debe tomar esto en consideración.

1. *Consecuencias de no reestructurar.*- No reestructurar una situación financiera lleva al deterioro y a la necesidad de liquidación de una empresa, pero el riesgo no queda ahí sino que puede producir un contagio en las demás empresas que interactúan con la empresa en dificultades⁶, el contagio puede incluso llegar a producir un efecto sistémico en una industria o en una economía.

Por otro lado, desde el punto de vista del sistema financiero, no lograr una reestructuración ordenada y previsible de las deudas de nivel insostenible, produciría que las instituciones financieras que han acumulado niveles insostenibles de endeudamiento y han esperado demasiado tiempo antes de hacerle frente a los mismos se vean perjudicadas no solo en su solvencia, sino también se verá comprometido el bienestar de la población, el país y en algunos casos, de la comunidad internacional. La crisis financiera de 2008 se produjo porque las instituciones financieras no tuvieron forma de reaccionar ante

⁶ Por eso la legislación mexicana sitúa como objetivo esencial del procedimiento concursal el evitar que el deterioro de una empresa acarree el de las empresas con las que se interrelaciona (Artículo 1 de la Ley de Concursos Mercantiles).

carteras vencidas en los valores subyacentes que derrumbaron toda la construcción levantada arriba de ellas.⁷

2. *Marco legal.*- Aun cuando los regímenes de insolvencia se construyeron durante mucho tiempo sobre la base de respaldar a los acreedores, en ocasiones y en algunos regímenes, la regulación parece estar por el lado de los que no pagan, creando incentivos para el no pago. Ninguno de esos enfoques es adecuado; sin descuidar los derechos de los participantes en un problema de insolvencia, el marco legal debe buscar una visión más amplia que los meros intereses de los involucrados en el problema.

El marco jurídico y la política financiera deben de buscar que una crisis impacte en la menor medida posible al mercado crediticio y se evite la desaceleración del desarrollo que surge como consecuencia de la falta de otorgamiento de créditos.

Es necesario que el marco legal y el enfoque regulatorio estén contruidos y especificados de forma complementaria, con la finalidad de lograr un sistema financiero eficiente y eficaz, para que los beneficios se materialicen de forma correcta. *Un enfoque regulatorio en general tiene como misión proponer, dirigir y controlar la política económica del Gobierno en materia financiera, fiscal, de gasto, de ingresos y deuda pública, con el propósito de consolidar un país con crecimiento económico de calidad, equitativo, incluyente y sostenido, que fortalezca el bienestar de los mexicanos.*⁸

La existencia de mecanismos de reestructuración de deuda, al garantizar el retorno razonable del crédito, permite que el crédito esté disponible y las tasas, es decir, el costo del crédito, se mantengan a un nivel accesible para los potenciales deudores.

3. *Incentivos diversos.*- A estos mecanismos deben ser añadidos diversos incentivos que favorezcan el que el sistema financiero mantenga ofrecido el crédito y a un costo razonable. Éstos pueden provenir de una política estadual, de los aspectos regulatorios o de los propios acuerdos contractuales. He aquí ejemplos de ello: tratar a los créditos fiscales sin ninguna prioridad específica, sino como un crédito común.

⁷ La crisis financiera de México de los años 90 se originó por una acumulación desmedida de carteras vencidas tanto en créditos al consumo, como en hipotecarios, como en empresariales. Las dificultades individuales llevaron a la crisis sistémica.

⁸http://www.shcp.gob.mx/lashcp/marcojuridico/MarcoJuridicoGlobal/Otros/338_otros_moshcp.pdf

Otro incentivo puede venir de los organismos reguladores del sistema financiero al levantar algunas barreras y requisitos. Cuando hay demasiados requisitos y burocracia, los actores tienden a evitar los medios formales y fomentar el uso de soluciones fuera de control.

Incluir en los planes de reestructura una cláusula que prohíba el pago anticipado de la deuda reestructurada puede evitar el incentivo perverso de convertir al prepago en términos más favorables que los de la propia reestructura para un deudor.

V] El papel del Estado

Cabe preguntarse de antemano, ¿tiene el Estado un papel que jugar en los procesos de reestructuración de deudas de las empresas? La respuesta es afirmativa y conviene analizarla a través de los diferentes roles que el Estado asume de acuerdo a su funcionamiento.

Cuánto más grave sea el problema de la deuda, más activo debe ser el Estado para convertirse en la solución del problema. El Estado (como las autoridades fiscales) debe desempeñar un papel activo en la resolución de la deuda, al participar en la reestructuración de la deuda con el objetivo de maximizar los ingresos fiscales. Los funcionarios que participan en la reestructuración de la deuda deben ser protegidos de responsabilidad siempre que actúen de buena fe.

1. Como supervisor y regulador del Sistema Financiero.- El Estado debe establecer todas las reglamentaciones para garantizar que los bancos y otros concededores de crédito realicen sus actividades dentro de un marco de medidas cautelares con el fin de lograr el menor porcentaje de morosidad posible.

El Estado debe llevar a cabo la supervisión necesaria de las instituciones financieras con el fin de verificar que las reglas se cumplen en la práctica y para evitar un colapso de las *burbuja*s creadas por las malas originaron de los préstamos.

El Estado también debe permitir y alentar a las instituciones financieras a crear y desarrollar nuevos productos de crédito para fomentar la actividad económica.

Aunque estos principios parecen ser contradictorios, el Estado debe mantener un equilibrio entre sus facultades de regulación y supervisión y su función como promotor de la actividad económica.

2. *Como acreedor.*- El papel que el Estado juega en una crisis debe mantener una posición más allá de sus intereses particulares como acreedor y concentrarse en la situación general y el futuro.

En México tenemos algunos bancos de propiedad del Estado, la llamada Banca de Desarrollo, cuyo propósito es fomentar el crédito en aquellas áreas que, según las políticas económicas deben promoverse: por ejemplo exportación, MiPyMEs, grandes proyectos públicos, ahorro popular, etc. Este papel de actuar a partir de un *segundo piso* ha demostrado ser un éxito.

3. *Como emprendedor.*- Las empresas estatales han demostrado no siempre ser muy eficientes. Cuando esto sucede, es necesario que el Estado las rescate utilizando, por supuesto, dinero de los contribuyentes lo cual no resulta ni muy popular ni económicamente muy conveniente.

Es necesario que el Estado descubra cuáles de esas empresas debe mantenerse en la propiedad pública y las que deben ir a manos privadas. Insolvencias soberanas han encontrado una medida útil en deshacerse de las empresas de propiedad estatal con el fin de obtener la liquidez necesaria para hacer frente a su deuda.

4. *Como deudor.*- Si tenemos en cuenta el Estado como deudor entonces estamos en otro campo: la insolvencia soberana preocupación que no ha encontrado aún un camino de solución adecuado.

5. *La responsabilidad de los funcionarios públicos.*- Por lo general, el sistema legal dispone que los funcionarios cuando actúan dentro del papel que tienen, no deben ser responsables, a menos que lo hagan de mala fe, de lo contrario podrían sentir que no actuar es más seguro para ellos personalmente.

VI] Las contribuciones internacionales

Desde la crisis asiática en la década de 1990 y hasta recientes adiciones (insolvencia de los grupos de sociedades, obligaciones de los directores de empresas insolventes, entre otros aspectos) las organizaciones internacionales han venido elaborando una revisión de las mejores prácticas y estándares a fin de lograr regímenes de insolvencia robustos, que suponen un fundamento esencial para el tratamiento de los problemas de deuda corporativa.

En este sentido las mayores contribuciones han provenido de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y del Banco Mundial, sin menosprecio a los esfuerzos que otras organizaciones gubernamentales y no gubernamentales han venido realizando (Bancos Regionales, OCDE, Unión Europea, MENA, OHADA, y muchos otros).

El Banco Mundial ha desarrollado los *Principios y lineamientos para sistemas efectivos de insolvencia y protección a los derechos de los acreedores*. Estos principios reúnen las mejores prácticas en la materia, han establecido el estándar a través del cual se han conducido en el mundo, diversos ejercicios de revisión y valuación llamados ROSC (*Reports on the Observance of Standards and Codes* - Informes sobre la observancia de los códigos y normas). Han proveído a los países con sugerencias y herramientas prácticas para la mejora de sus sistemas legales.

En el caso de la CNUDMI el primer paso importante fue la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza que ha sido adoptada por más de 30 países proporcionando una base de igualdad de trato a los problemas de insolvencia cuando involucran varias jurisdicciones. A este documento se ha añadido otro que proporciona la visión de los jueces que han tenido a su cargo la aplicación de la Ley Modelo, según ha sido adoptada y adaptada, en sus países.

Un segundo paso ha sido la creación de la *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*. La finalidad de esta Guía es contribuir a la creación de un marco jurídico eficaz y eficiente para regular la situación de los deudores que tengan dificultades financieras. La Guía se ha concebido como instrumento de referencia al que puedan recurrir las autoridades nacionales y los órganos legislativos al preparar nuevas leyes y reglamentaciones o al plantearse una revisión de las ya existentes.

Una tercera parte de la misma guía legislativa, se ocupa del tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, creada con el fin de permitir, en contextos tanto nacionales como transfronterizos, lo que procede hacer en las insolvencias que existan en el marco de una o más empresas que forman parte de un grupo con miras a resolver esas cuestiones con mayor eficiencia procesal. En provecho del grupo de empresas en su conjunto y de sus acreedores en general.

La cuarta parte se centra en las obligaciones que se podrían imponer a los responsables de adoptar decisiones con respecto a la administración de una empresa (directivos o administradores) cuando esa empresa se enfrenta a una insolvencia inminente o la insolvencia se hace inevitable. El propósito de imponer esas

obligaciones, que son exigibles una vez que se ha iniciado el procedimiento de insolvencia, es proteger los intereses legítimos de los acreedores y demás interesados y proporcionar alicientes para que se actúe con prontitud a fin de minimizar los efectos de las dificultades financieras que atraviesa la empresa. Este es un trabajo cercano a aquel otro documento creado por Insol International: *Directivos en la zona de crepúsculo*.

Actualmente el grupo V de trabajo de la CNUDMI, está trabajando en completar algunas ideas relacionadas con los documentos anteriores, relativas a cuando surgen en el contexto de los grupos de empresas que operan en diferentes jurisdicciones. Asimismo, trabaja en la elaboración de una Ley Modelo sobre Reconocimiento y Ejecución Transfronterizas de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia.

Hay un proyecto dentro del grupo de trabajo de la CNUDMI V para desarrollar la base de un tratado de insolvencia que cubre todas las cuestiones derivadas de la insolvencia.

Todos estos esfuerzos internacionales llevan por finalidad el ofrecer a todo el mundo, los mejores criterios para atender la problemática de la insolvencia.

VII] La experiencia mexicana

1. *Acceso a la práctica concursal.*- La experiencia en México ha sido, en general, buena. Hay que admitir que muy pocos casos han aparecido bajo la ley. La cifra oficial para noviembre de 2015, era de 636. Para un país en donde las estadísticas consignan alrededor de un millón de empresas la cifra de asuntos concursales suena ridícula.

¿Por qué tan pocos? Las principales razones que explican esa sequía son: (i) los costos.- (ii) la ignorancia, y sobre todo.- (iii) la reticencia a participar en un tribunal de justicia, en donde se involucran abogados y los procedimientos legales tediosos y burocráticos.

Si se pudiera fomentar un sistema en el que la participación de los tribunales se reduce significativamente, el número de empresas en dificultades utilizando la ley de insolvencia como un medio para conseguir una reestructuración aumentaría.

Ejemplos como el que pone Italia proyectando legislación que facilita y que podría reducir el proceso de recuperación de crédito para 7 u 8 meses deben de ser observados con atención. Como arriba se ha explicado existen sistemas puros que permiten las reestructuras totalmente fuera de los tribunales y sistemas mixtos que dejan a éstos una participación reducida.

En México un sistema híbrido se ha introducido: los Concursos Mercantiles con convenio pre acordado (*Pre-packaged*). Se promulgó una nueva ley de insolvencia en el año 2000. Esa ley acoge todos los nuevos principios de la insolvencia que se estaban estableciendo en el mundo, sobre todo a partir de las crisis en Asia. México hizo la ley tomando en cuenta los estudios y las ideas que en ese momento estaban siendo recogidos en el mundo por el Banco Mundial, el FMI y las Naciones Unidas. Posteriormente se han hecho dos reformas a la ley a partir de la experiencia tenida y del ritmo de progreso tanto nacional como internacional. Casos famosos como Satmex, Mexicana y Vitro fueron un insumo muy valioso en esas reformas.

El sistema para un procedimiento pre empaquetado, se creó por primera vez en 2007 y luego en la reforma de 2014 se promulgaron nuevas disposiciones. Se espera que dichas normas aumenten significativamente la eficiencia y fiabilidad de las herramientas de reestructuración, al permitir que el deudor y sus acreedores logren acuerdos. Hasta ahora, el sistema ha demostrado ser una herramienta eficaz.

La idea principal de este régimen híbrido es que el deudor, junto con los acreedores que representen al menos el 50% del total de pasivos, puedan diseñar un plan de reorganización e iniciar el proceso de insolvencia presentando el plan proyectado. La Corte entonces continúa el proceso de insolvencia llamando a todos los acreedores dándoles a conocer el plan. Los acreedores que no participaron en la conformación del plan pueden adherirse voluntariamente, y si el plan llena todos los requisitos de ley, especialmente el de mayorías, es aprobado por el juez con lo que resulta obligatorio para todos (*Cramdown*). Por lo tanto, la conclusión del procedimiento de insolvencia puede llegar más rápidamente, que en condiciones habituales.

Los principales casos habidos en México han sido resueltos a través de este procedimiento. En total, desde el inicio de la nueva Ley Concursal (Ley de Concursos Mercantiles) el 35% de los casos de insolvencia (223 de 636) han concluido a través de un acuerdo entre las partes involucradas.⁹

2. *Las empresas y el crédito.*- En México, cada año se crean alrededor de 200 mil empresas. El 50% desaparece en el primer

⁹ Fuente: IFECOM, página web: 223 asuntos, el 35 % se han terminado por el logro de un acuerdo: 636 total de casos al cierre del informe 31. Había 360 al cierre del informe 19 cuando de éstos el 47.8% de esos terminados por acuerdo, o sea, 172 Sumados a los 51 terminados por acuerdo de las partes entre el informe 20 y el 31, da un total de 223 que corresponde a un 35% de los 636.

año, y el 30% en el segundo.¹⁰ Una de las principales causas de esto es la falta de acceso a un financiamiento que les permita crecer o incluso las dificultades que tienen para saldar sus deudas.

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

País	Hasta 100 empleados (%)	Más de 100 empleados (%)
Chile	78.0	81.7
Perú	63.0	92.7
Colombia	53.1	92.2
Brasil	57.0	89.6
Uruguay	46.5	75.2
Argentina	46.5	75.3
Bolivia	44.9	78.6
Promedio	45.9	67.5
Venezuela	29.5	85.4
Honduras	30.3	31.7
México	29.5	54.0
Panamá	21.0	10.1

Un problema radica en las políticas financieras, que siguen muchos de los intermediarios financieros, de no otorgar crédito más que a empresas que tengan por lo menos dos años de antigüedad. La desconfianza en la capacidad de respuesta del crédito a las Pymes limita el acceso de éstas al financiamiento.

Una economía que funciona con base en empresas frágiles se enfrenta constantemente a su quiebra, esto afecta directamente al empleo de las personas y de esta manera perjudica la situación

¹⁰ <http://www.cnbv.gob.mx/Prensa/Estudios/Reporte%20de%20la%20ENAFIN.pdf>

¹¹ Encuesta de Empresas (*Enterprise Surveys*), IFC y Banco Mundial. Nota: Cifras a 2010, excepto Brasil 2009

económica de las familias, afectando así a toda la sociedad. He aquí la importancia económica, e incluso social, de los mecanismos de reestructura de deudas.

Ciertamente es menester admitir que han empezado a nacer esquemas y estrategias de apoyo financiero a micro y pequeñas empresas para favorecer el emprendimiento. Estos esfuerzos deberán ser observados con cuidado, a la vista de posibles fenómenos de cartera vencida, aunque la experiencia mundial ha demostrado que el financiamiento a estos microempresarios es usualmente exitoso.

3. *Uso del financiamiento posterior al inicio del concurso mercantiles (DIP Financing).*- Un ejemplo de cómo el marco legal o regulador auxilia en el tratamiento de las reestructuras, es lo que ha ocurrido en México cuando se trata de financiación a empresas que se encuentran ya dentro de un procedimiento de concurso mercantil y requieren auxilio financiero para lograr superar la etapa difícil. (Este tipo de crédito se ha conocido internacionalmente como *DIP Debtor in Possession*, o bien como *Post Commencement Financing*).

Este recurso de financiamiento ha empezado a tener un desarrollo importante que todavía es incipiente en muchas jurisdicciones. Como ejemplos pueden citarse los siguientes en Latino América: en Brasil por primera vez se ha presentado un acuerdo de financiación DIP pre-negociado con los acreedores como parte del plan de reorganización. En lugar de ser buscado por los prestamistas después de que el plan fue aprobado por el tribunal. Una petrolera canadiense-colombiana Exploración del Pacífico, se encuentra actualmente en el proceso de reestructuración de su deuda en los Estados Unidos con el uso de los fondos DIP de un grupo de inversión canadiense.

Alejandro Sainz, un abogado mexicano, ha expresado: *El nombre del juego en la insolvencia es conseguir acceso a la financiación. Mientras más rápido y más barato esté disponible, mejor para los inversionistas.*¹²

El financiamiento para empresas que se encuentran en procedimiento de insolvencia, es lógicamente una operación de alto riesgo para el prestamista. Sin embargo, puede ser un fuerte auxiliar en la consecución de una reestructura, cuando no la única manera de lograrla. Para ello la Ley de Concursos Mercantiles ha establecido provisiones que faciliten tal financiamiento. En la última

¹² <http://globalrestructuringreview.com/>, junio 2016.

reforma se introdujeron, con ese propósito, cambios a los artículos 37, 43, 75, 224 de la Ley. En dichas reformas se autoriza expresamente la contratación de créditos, incluso desde el momento de presentar la solicitud del concurso mercantil, que sean indispensables para mantener la operación ordinaria de la empresa y la liquidez necesaria en cualquier momento del procedimiento. Dichos créditos podrán contar con garantías.

El comerciante deudor debe solicitar al Juez la autorización, quien la concede tomando la opinión del representante de la insolvencia (visitador o conciliador según la etapa del procedimiento). La amortización de esos créditos no queda comprendida en la suspensión de pagos. Son créditos contra la Masa y serán pagados en el orden indicado y con anterioridad a cualquiera de los demás (salvo los créditos laborales).

En refuerzo de esas reformas, las autoridades reguladoras del sistema financiero, establecieron normas contables que dan un tratamiento adecuado a los préstamos que otorguen a empresas en situación de Concurso Mercantil. Anteriormente todos los créditos otorgados a una empresa en insolvencia eran considerados en cartera vencida y se obligaba a los bancos a constituir reservas muy altas lo cual desincentivaba la posibilidad de conceder dichos créditos.

Las normas emitidas por las autoridades bancarias¹³ disponen que las Instituciones de Crédito deben calificar, constituir y registrar en su contabilidad las reservas preventivas que correspondan a cada uno de los créditos de su cartera. Para ello deben elaborar un complejo cálculo en el que se incluyen índices de Probabilidad de Incumplimiento, Severidad de la Pérdida y Exposición al Incumplimiento. Tales términos son definidos y provistos de las fórmulas necesarias para su cálculo.

En los casos de los préstamos concedidos a empresas en Concurso Mercantil durante la vida del procedimiento, a fin de mantener la operación ordinaria de la empresa, la liquidez necesaria y para atender los gastos normales para la seguridad de los bienes de la Masa, su refacción, conservación y administración, tales índices tienen un trato especial: el factor *Probabilidad de Incumplimiento*. Éste se fija en su nivel más alto, pero en el cálculo del factor *Severidad de la Pérdida* se han introducido variantes favorables, en los casos de Concursos con Plan de Reestructura Previa (*Prepackaged*). Cuando se han otorgado garantías para dichos préstamos el cálculo resulta aún más benéfico.¹⁴

¹³ Circular Única de Bancos (CUB)

¹⁴ Véanse en la Circular Única de Bancos los artículos 111, 113, 114 y el anexo 33 Boletín 6

Con lo anterior podemos concluir que en México los créditos a deudores en posesión de su negocio durante un procedimiento de insolvencia, son posibles y una herramienta valiosa para el logro de una reestructuración financiera.

VIII] Conclusión

¿Qué cosas son deseables que acontezcan a fin de lograr un sistema eficiente de reorganización de las estructuras financieras de las empresas? (i) una cierta relajación de las disposiciones de procedimiento en la recuperación de créditos y, por supuesto en el procedimiento de insolvencia.- (ii) un esfuerzo educativo serio entre los empresarios y prestamistas para entender y utilizar los mecanismos y regímenes de insolvencia.- (iii) un esfuerzo conjunto entre las autoridades financieras y las instituciones financieras privadas, bajo la comprensión de que no son enemigos, sino que trabajan, al fin y al cabo, para el mismo objetivo.

Bibliografía

[http://www.cnbv.gob.mx/Prensa/Estudios/Reporte%20de%20la%20ENA FIN.pdf](http://www.cnbv.gob.mx/Prensa/Estudios/Reporte%20de%20la%20ENA%20FIN.pdf)

<http://globalrestructuringreview.com>

<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/23356>

http://www.shcp.gob.mx/lashcp/marcojuridico/MarcoJuridicoGlobal/Otros/338_otros_moshcp.pdf

STEIN Velasco, José Luis, *Los instrumentos jurídicos para la reestructuración de la deuda pública*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.

Fecha de recepción: 25 de octubre de 2016

Fecha de aprobación: 1 de diciembre de 2016

La codificación mercantil y los juicios mercantiles

JOSÉ OVALLE FAVELA¹

SUMARIO: I. *Las Ordenanzas de Bilbao*. II. *El Código de Comercio de 1854*. III. *La Constitución de 1857 y sus Reformas*. IV. *El Código de Comercio de 1884*. V. *El Código de Comercio de 1889*. VI. *Perspectivas de los juicios mercantiles*.

Resumen. La legislación mercantil en México ha estado representada en diferentes códigos a lo largo de la historia. El presente artículo se enfoca en analizar los diferentes documentos en los que ha estado representado el derecho mercantil, así como las reformas más importantes que se han realizado en específicos artículos de los diferentes códigos. Además, nos pretende demostrar el ámbito de competencia que han tenido los tribunales federales y locales en los conflictos mercantiles. Así mismo, establece qué ordenamientos pueden suplir al Código de Comercio. Con este artículo el autor busca evidenciar las raíces del derecho mercantil en México y también hacernos una breve mención de los principales autores que se han encargado de hacer los diferentes códigos, así como de aquellos que se han encargado de llevar a cabo las diferentes reformas en el derecho mercantil.

Palabras clave: Ordenanzas de Bilbao, Código de Comercio, Constitución, juicios mercantiles

Abstract. *Commercial Law in Mexico has been depicted in different codes throughout history. This article focuses on analyzing different documents featuring Commercial Law as well as the most relevant reforms made to specific sections in various codes. Moreover, it means to demonstrate the purview of federal and local courts in trade conflicts. Furthermore, it establishes which ordenances could replace the Code of Commerce. In this article, the author seeks to demonstrate the roots of Commercial Law in Mexico and briefly mention the main authors responsible for*

¹ Investigador Nivel III en el Sistema Nacional de Investigadores.

creating the different codes as well as those in charge of carrying on the reforms in Commercial Law.

Keywords: *Bilbao's Ordinances, Code of Commerce, Constitution and Commercial trial.*

I] Las Ordenanzas de Bilbao

Durante los primeros años de la vida independiente de México se siguieron aplicando las Ordenanzas de Bilbao del 2 de diciembre de 1737, las cuales habían sido declaradas obligatorias en la Nueva España por orden virreinal de febrero de 1792 y posteriormente, el Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles expedido por Antonio López de Santa Anna, como presidente provisional, el 15 de noviembre de 1841, ratificó su carácter obligatorio.²

II] El Código de Comercio de 1854

El 16 de mayo de 1854 el propio Antonio López de Santa Anna -quien para entonces se hacía llamar *Su Alteza Serenísima*- promulgó el Código de Comercio, con vigencia en todo el país, tomando en cuenta el régimen centralista impuesto por el dictador. Este Código fue preparado por Teodosio Lares, ministro de justicia, por lo que también es conocido como Código Lares, quien se basó en el Decreto de 15 de noviembre de 1841, la Ley para la Administración de Justicia en los Negocios de Comercio del Estado de Puebla de 1853 y el Código de Comercio español de 1829.³ Sin embargo, tuvo una vigencia breve, pues fue derogado por los Artículos 1º y 77 de la Ley de Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Nación y del Distrito y Territorios, promulgada por el presidente Juan Álvarez el 23 de noviembre de 1855, conocida también como Ley Juárez, por haber sido preparada por el ministro de Justicia, Benito Juárez, la cual fue ratificada por el Congreso Constituyente, el 22 de abril de 1856.⁴

² Cfr. Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, Guerra y Valle, 1891, t. I, pp. 260-261; y Zamora Pierce, Jesús, *Derecho procesal mercantil*, 9ª ed., Cárdenas, México, 2007, pp. 22-23.

³ Barrera Graf, *op. cit.* p. 22.

⁴ Los Artículos 1º y 77 de la Ley Juárez expresaban: "Art. 1. Entre tanto se arregla definitivamente la administración de justicia en la nación, se observarán las leyes que sobre este ramo regían en 31 de Diciembre de 1852, con las modificaciones que establece este decreto". "77. Quedan insubsistentes y sin efecto alguno todas las disposiciones que sobre

Como consecuencia de esta derogación, se reestableció la vigencia de las Ordenanzas de Bilbao.⁵

III J La Constitución de 1857 y sus Reformas

El Artículo 72, fracción X, de la Constitución Política de 1857 facultaba al Congreso General para *establecer las bases generales de la legislación mercantil*,⁶ lo cual suponía la existencia de dos tipos de ordenamientos mercantiles: por un lado, una ley federal que se limitaba a señalar las bases generales para legislar en materia mercantil; y por el otro, la existencia de un código de comercio para cada una de las entidades federativas que debía apegarse a las bases generales expedidas por el Congreso General.

La Fracción X, del Artículo 72, de la Constitución de 1857, fue reformada por decreto del 14 de diciembre de 1883, a fin de facultar al Congreso General "para expedir códigos obligatorios en toda la República, de minería y comercio, comprendiendo en este último las instituciones bancarias".⁷

Con base en la Reforma Constitucional de 1883 se expidió el Código de Comercio de 20 de abril de 1884. Al entrar en vigor este código, el Artículo 97, Fracción I, de la Constitución Política preveía que correspondía a los tribunales de la federación conocer de todas las controversias que se suscitaran sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales.⁸ En consecuencia, de los conflictos sobre la aplicación y cumplimiento del Código de Comercio sólo podían conocer los tribunales de la federación y no así los tribunales locales.

Esta competencia judicial para conocer de los conflictos sobre el Código de Comercio, sin duda podría haber afectado la atención de los tribunales federales sobre los juicios de amparo. Por esta razón, el 29 de mayo de 1884 (un mes después de la entrada en vigor del Código de Comercio) se reformó el artículo 97 de la Constitución, en su fracción I, para prever que los tribunales de la federación conocerían de todas las controversias que se suscitaran sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales,

administración de justicia se han dictado desde Enero de 1853 hasta la fecha". Con base en estos dos preceptos, el presidente Ignacio Comonfort resolvió una consulta en la que determinó que el Código Lares quedó abrogado por la Ley Juárez. Cfr. H. León Tovar, Soyla, y González García, Hugo, *Derecho mercantil*, Oxford University Press, México, 2007, p. 43.

⁵ Cfr. Pallares, *op. cit.* nota 1, pp. 261 y 266.

⁶ Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, 22ª ed., Porrúa México. p. 618.

⁷ *Ibidem*, p.707.

⁸ *Ibidem*, p. 623.

excepto en el caso de que la aplicación solo afectara intereses particulares, pues entonces serían competentes para conocer los jueces y tribunales locales del orden común de los Estados, del Distrito Federal y territorio de la Baja California.⁹ Esta reforma atribuyó a los tribunales de las entidades federativas competencia exclusiva para conocer de los conflictos mercantiles.

En el Artículo 104, Fracción I, de la Constitución de 1917, esta competencia exclusiva de los tribunales de las entidades federativas se convirtió en una competencia alternativa, al disponer que de los conflictos sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales que sólo afecten intereses particulares, pueden conocer los tribunales federales o los tribunales de las entidades federativas, a elección de la parte actora.

IV] El Código de Comercio de 1884

Este Código previó que los juicios mercantiles se seguirían conforme a lo dispuesto en las leyes y códigos de procedimientos civiles, con las modificaciones previstas en ese ordenamiento (artículo 1502).¹⁰ Sobre este tema, Alcalá-Zamora expresa que este ordenamiento “en su libro VI, trata, en apariencia, de los juicios mercantiles, aun cuando en realidad el único que regula con detenimiento es el de quiebra (Arts. 1507-1619), en tanto que en los seis artículos iniciales se agrupan en dos títulos, el primero de los cuales contiene una remisión genérica a los códigos procesales civiles respectivos, con seis fracciones de adaptación, mientras que el segundo da entrada en cuatro artículos al procedimiento convencional”.¹¹ Este código de 1884 presentaba numerosas omisiones y tenían graves deficiencias que se advertían en la práctica procesal.

V] El Código de Comercio de 1889

El 4 de junio de 1887 el Congreso de la Unión autorizó al Ejecutivo Federal para reformar total o parcialmente el Código de Comercio. Una comisión integrada por Joaquín Casasús, José de Jesús Cuevas y José María Gamboa, elaboró el proyecto del

⁹ *Ibidem*, p. 707.

¹⁰ Jacinto Pallares sostiene que el autor del proyecto del Código de Comercio de 1884 fue una sola persona: Manuel Inda. *Cfr. op. cit.* nota 1, p. 262.

¹¹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Examen del enjuiciamiento mercantil mexicano, y conveniencia de su reabsorción por el civil”, en *Derecho procesal mexicano*, Porrúa, México, 1976, t. I, pp. 87-88.

Código de Comercio, que Porfirio Díaz expediría el 15 de septiembre de 1889, el cual entró en vigor el 1 de enero de 1890.¹²

Tanto el Código de Comercio de 1884 como el de 1889 fueron expedidos por el presidente de la República en supuesto ejercicio de facultades conferidas por el Congreso de la Unión. Esta delegación de facultades era contraria al principio de la división de poderes reconocido en el Artículo 50 de la Constitución de 1857, de acuerdo con el cual el poder de la federación se dividía para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial, así como que nunca podrían reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, "ni depositarse el legislativo en un individuo". El artículo 29 de la propia Constitución solo autorizaba el otorgamiento de facultades extraordinarias por el legislativo al Ejecutivo en los supuestos de suspensión de garantías previstos en dicho precepto. Sin embargo, esta fue una práctica que se prolongó hasta los primeros decenios del siglo XX.

En su libro quinto el Código de Comercio de 1889 intentó establecer una regulación completa del proceso mercantil, para lo cual tomó como base el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, de 15 de mayo de 1884. Sin embargo, dicha regulación fue muy incompleta, pues contiene numerosas omisiones, por lo que Alcalá-Zamora sostiene, con todo acierto, que el "libro V del código de comercio de 1889 es una copia mutilada del código de procedimientos civiles para el Distrito y Territorios Federales de 1884".¹³

En el Código de Comercio de 1889 se dio acogida al principio dispositivo no sólo en su concepción tradicional, sino con un alcance en extremo individualista, relativamente explicable a fines del siglo XIX, bajo el predominio del liberalismo de entonces. En efecto, el Artículo 1051 estableció que el "procedimiento mercantil preferente a todos es el convencional", de tal modo que el poder de disposición de las partes no se limita sólo al inicio, impulso y fijación del objeto del proceso, ni a la posibilidad de llevar a cabo actos de disposición del derecho material controvertido, sino que va mucho más allá: las partes pueden convenir las reglas de procedimiento a las que deben ajustarse tanto ellas como el propio juzgador. Este último no sólo debe asumir un papel completamente pasivo en el proceso, sino que además queda sujeto a las reglas de procedimiento que las partes pueden llegar a convenir. Esta concepción "convencional" fue llevada incluso al procedimiento de enajenación de los bienes

¹² Cfr. Barrera Graf, Jorge, *Tratado de Derecho Mercantil*, México, Porrúa, 1958, vol. I, p. 85.

¹³ Alcalá-Zamora, *op. cit.* nota 9, p. 101.

embargados, pues el Artículo 1413 dispone que las partes, durante el juicio, podrán convenir en que los bienes embargados se valúen o vendan en la forma y los términos que ellas acordaren.

De acuerdo con el texto original del Artículo 1051, sólo a falta de convenio entre las partes se aplicarán las disposiciones del libro quinto del Código de Comercio, a las cuales se les da un carácter supletorio de la voluntad de las partes, exactamente al contrario de lo que dispone al Artículo 55 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1932.

Conforme al texto original del artículo 1051, a falta de convenio y de disposición del citado libro quinto, "se aplicará la ley de procedimientos local respectiva". Como expresamos anteriormente, Alcalá-Zamora llegó a la conclusión de que el libro quinto del Código de Comercio "no es más que una copia mutilada del código de procedimientos civiles para el Distrito y Territorios Federales de 1884". Precisamente por ser una copia mutilada, el libro quinto requiere constantemente de la aplicación supletoria, pero el texto legal por aplicar en forma supletoria variaba según la entidad federativa de que se tratara. La posible razón por la que el legislador de 1889 optó por esta multiplicidad de textos supletorios quizá consistió en que en aquella fecha no existía todavía un Código Federal de Procedimientos Civiles, con vigencia en todo el territorio nacional, el cual fue promulgado hasta 1897, con el nombre de Código de Procedimientos Federales.

Hasta ahora hemos tratado de encontrar alguna explicación a ese cúmulo de excesos y de errores contenidos en el texto original del Artículo 1051 del *Código de Comercio* de 1889. Pues bien, casi un siglo después de que se promulgó ese precepto y el libro en que se contiene, y pese a las reiteradas y fundadas críticas que la doctrina ha hecho a ambos,¹⁴ el legislador llevó a cabo una extensa reforma al Código de Comercio, la cual fue publicada en el *DOF* del 4 de enero de 1989, en la que dejó intacto el contenido del Artículo 1051, aunque lo distribuyó entre dicho precepto y el Artículo 1054. Independientemente de los objetivos que hayan tenido los autores de la reforma –al parecer, la regulación del arbitraje mercantil y de las cláusulas de extensión de la competencia por territorio–, no se encuentra ninguna explicación para que, a fines del siglo XX, se hubieran ratificado, contra viento y marea, los excesos y los errores en que se había incurrido desde finales del siglo XIX.

¹⁴ Cfr. Alcalá-Zamora, *op. cit.* nota 9, pp. 127-128 y 138-141; véase, asimismo, Zamora Pierce, *op. cit.* nota 1, pp. 45-53.

Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de junio del 2003 se reformó el Artículo 1054 del Código de Comercio para prever que el ordenamiento que se debe aplicar en forma supletoria en los procesos mercantiles es el Código Federal de Procedimientos Civiles, salvo que las leyes mercantiles establezcan un procedimiento especial u otra supletoriedad expresa.

El Artículo 1054 del Código de Comercio fue reformado, de nueva cuenta, por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 17 de abril de 2008, para aclarar que, en caso de que el Código Federal de Procedimientos Civiles "no regule suficientemente la institución cuya supletoriedad se requiera", se aplicará "la ley de procedimiento local respectiva". Los autores de la reforma regresaron al ambiguo y oscuro texto original del Artículo 1051 del Código de Comercio de 1889, sin aprovechar la oportunidad para precisar que esta segunda supletoriedad se refiere a la ley de procedimiento *civil* local.

VI] Perspectivas de los juicios mercantiles

El Artículo 1049 del Código de Comercio dispone que son juicios mercantiles los que tienen por objeto sustanciar y decidir las controversias que deriven de actos de comercio, conforme a lo que establecen los Artículos 4º, 75 y 76 del propio Código. Tradicionalmente los juicios mercantiles habían sido los ordinarios y los ejecutivos, a los cuales se han venido agregar, en el Código de Comercio, el arbitraje comercial, el juicio oral y el procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantías.

Fuera del Código de Comercio se prevén algunas de las reglas de los juicios en los cuales la demandada sea un empresa de seguros (Artículos 135 *bis* y 136 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros), de los juicios que se promuevan contra las instituciones de fianzas (Artículos 94 y 95 *bis* de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas) así como los juicios en los que la parte demandante sea una institución de fianzas (Artículos 96, 97 a 100 y 103 a 103 *bis* de esta última ley).

También fuera del Código de Comercio se regulan los concursos mercantiles (Ley de Concursos Mercantiles), las liquidaciones de las instituciones de banca múltiple (Arts. 165 a 220 de la Ley de Instituciones de Crédito), el concurso mercantil de las instituciones y sociedades mutualistas de seguros (Artículos 75 a 75 *bis* y 119 a 124 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros) y las liquidaciones y los concursos

mercantiles de las instituciones de fianzas (Artículos 106 a 109 *bis* de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Es obvio que no me voy a referir a cada uno de estos juicios. Sólo destaco la dispersión en que se ha incurrido en la regulación de los juicios mercantiles. Y señalo el grave retroceso en seguir previendo el juicio ejecutivo mercantil surgido en el derecho medieval italiano, de los siglos XIII y XIV. Desde hace mucho tiempo el viejo juicio ejecutivo ha sido reemplazado por otros instrumentos procesales más eficaces: el proceso documental y cambiario, en Alemania e Italia; el proceso monitorio o de *ingiunzione* en Alemania, España, Italia, Suiza, Argentina y Uruguay.¹⁵

Bibliografía

ALCALÁ-ZAMORA y Castillo, Niceto, "Examen del enjuiciamiento mercantil mexicano, y conveniencia de su reabsorción por el civil", en *Derecho Procesal Mexicano*, Porrúa, México, 1976, t. I, pp. 87-88.

BARRERA Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, México Porrúa.

BARRERA Graf, Jorge, *Tratado de Derecho Mercantil*, México, Porrúa, 1958, vol. I, p. 85.

LEÓN Tovar, Soyla, y GONZÁLEZ García, Hugo, *Derecho Mercantil*, Oxford University Press, México, 2007, p. 43. México, 1989, p. 21.

OVALLE Favela, José *Derecho Procesal Civil*, 10ª ed., Oxford University Press, México, 2013, pp. 392-394.

PALLARES, Jacinto, *Derecho Mercantil Mexicano*, México, Tip. y Lit. de Joaquín Guerra y Valle, 1891, t. I, pp. 260-261;

TENA Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, 22ª ed., Porrúa México. p. 618.

ZAMORA Pierce, Jesús, *Derecho Procesal Mercantil*, 9ª ed., Cárdenas, México, 2007, pp. 22-23.

Fecha de recepción: 8 de noviembre de 2016

Fecha de aprobación: 5 de diciembre de 2016

¹⁵ Cfr. José Ovalle Favela, *Derecho procesal civil*, 10ª ed., University Press, Oxford México, 2013, pp. 392-394.

La responsabilidad de los administradores en el concurso de la sociedad. La nueva responsabilidad penal por delitos cometidos por una persona jurídica

VÍCTOR MANUEL PEÑA BRISEÑO¹

SUMARIO: I. Aspectos generales. II. La responsabilidad de los administradores en la Ley de Concursos Mercantiles. III. La responsabilidad por delitos cometidos por personas jurídicas. IV. Conclusión final.

Resumen. La sana administración de empresas ya no es más una opción ni solo una obligación ética de Buen Gobierno Corporativo. Hoy es una obligación legal impuesta a los administradores como consecuencia de que deben responder por sus actos administrativos. La Ley de Concursos Mercantiles y el Código Nacional de Procedimientos Penales tipifican delitos cometidos por administradores de hecho o de derecho.

Palabras clave: Gobierno Corporativo, responsabilidad de administradores, concurso mercantil.

Abstract. *A proper business administration is no longer just an option or an ethical obligation of a good corporate governance. Today it is a legal obligation mandatory to all administrators that requires that they must respond for their administrative acts. The Commercial Bankruptcy Law and the National Code of Criminal Procedures establish crimes committed by administrators both in law and in fact.*

Keywords: *Corporate Governance, administrative responsibility, commercial bankruptcy.*

¹ Profesor de posgrados en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

I | Aspectos generales

A partir de las últimas reformas a la Ley de Concursos Mercantiles², se reguló la responsabilidad de los administradores de una persona jurídica sujeta al procedimiento de insolvencia. Esta responsabilidad puede ser de dos tipos: (i) de indemnizar daños y perjuicios al comerciante que se encuentre en incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones y; (ii) responsabilidad penal por delitos cometidos en situación de concurso.

Hablaremos en primer término de la responsabilidad de indemnizar. Partamos del principio de que el Buen Gobierno Corporativo o una sana administración no es una opción sino una obligación legal impuesta a los administradores como consecuencia de que deben responder por sus actos administrativos, no solamente ante los socios o accionistas, sino también ante los trabajadores, proveedores, acreedores, el fisco y el público en general al que van dirigidos los bienes o servicios de la empresa.

La creencia de que el dueño del negocio no debe responder ante nadie por su forma de conducirlo o de que puede hacer lo que le venga en gana con el patrimonio social, ya está superada. La actividad empresarial debe desarrollarse con un pleno sentido social.

Las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo por parte de las empresas, puede ayudar a fomentar una ética organizacional. Los consejeros de una sociedad con órgano de gobierno colectivo, tienen la responsabilidad inherente a su mandato y el deber de cuidar el negocio como propio, que implica deberes de lealtad y diligencia.

Entre los estudiosos de las mejores prácticas de gobierno corporativo ha surgido un gran debate: ¿se debe considerar al Gobierno Corporativo como Reglas o como Principios? La legislación norteamericana se decanta por regular el Gobierno Corporativo de una manera distinta a la mayoría de los países³. La ley no solo impone severas regulaciones a las empresas, y exige que éstas y sus consejeros informen y demuestren que han cumplido al pie de la letra con las obligaciones que su cargo les impone, sino que impone además grandes penas, incluyendo la de prisión, a quienes no lo han hecho. Luego entonces, la polémica se da entre aquellos que piensan que las mejores prácticas de

² DOF el 14 de enero de 2014.

³ Ley Sarbanes-Oxley del año 2002.

Gobierno Corporativo constituyen obligaciones éticas frente a los que pensamos que constituyen además obligaciones legales que si no son cumplidas, serán sancionadas.

Siguiendo las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OCDE, recordemos que desde el año de 1999 en el seno del Consejo Coordinador Empresarial se formó el Comité de Mejores Prácticas Corporativas, el que creó el Código de Mejores Prácticas Corporativas que no es más que un conjunto de principios que tienden a ayudar a las empresas mexicanas en su proceso de institucionalización⁴, así como para que transparenten sus operaciones; realicen una adecuada revelación de información; sean competitivas en un mundo global; puedan acceder a fuentes de financiamiento en mejores condiciones y definan procesos de sucesión estables para que permanezcan en el tiempo, no solo en beneficio de los accionistas, sino de todos los terceros que están interesados en que las empresas permanezcan y no se pierdan cuando falte el empresario que las formó. Este Código de Mejores Prácticas se ha venido actualizando a lo largo del tiempo y tuvo su segunda revisión en el año 2010.

Un ejemplo de los efectos de una inadecuada o fraudulenta gestión de los negocios lo tenemos en el caso de la empresa brasileña JBS, S.A., el mayor procesador de carne en el mundo al que se le ha dificultado el cotizar sus acciones en la bolsa de Nueva York a fin de agenciarse de recursos financieros, retrasando sus planes de crecimiento, debido a la ausencia de su Presidente Ejecutivo Wesley Batista quien se encuentra suspendido por una orden judicial que le prohíbe realizar cualquier gestión administrativa mientras la policía investiga sospechas de corrupción en una empresa de celulosa, propiedad de J & F Inversiones, S.A., la firma de inversión de la familia Batista.

En cambio, un ejemplo de buena gestión administrativa es la decisión de Cemex, grupo mexicano de cemento y materiales de construcción, que acordó vender una planta y una terminal de cemento en Ohio, E.E.U.U. a Eagle Materials por US \$400 millones, para destinar los fondos principalmente para su plan de reducir su deuda de entre US \$3,000 millones y US \$3,500 millones en un lapso de 2 años⁵.

⁴ Un gran porcentaje de las empresas mexicanas son familiares.

⁵ *The Wall Street Journal Americas*.- 13 de septiembre de 2016.

II] La responsabilidad de los administradores en la ley de concursos mercantiles

Resulta evidente que no ha sido suficiente la difusión de las mejores prácticas para un buen gobierno corporativo para que los administradores de empresas tomen real conciencia de sus obligaciones éticas y frente a la sociedad en la conducción de los negocios. Tenemos infinidad de casos en los cuales una inadecuada o dolosa administración han perjudicado a un sector importante de la sociedad.

Por mencionar un cercano ejemplo, tenemos el caso de FICREA, una Sociedad Financiera Popular en México que fraudeó a más de 4,370 ahorradores por un monto global de \$5,556'509,708.25, Cinco mil quinientos cincuenta y seis millones quinientos nueve mil setecientos ocho pesos 25/100 M.N.⁶ Este es un triste ejemplo de como una insana, negligente y dolosa administración, puede llevar a la quiebra a una empresa en la que miles de ahorradores pusieron su confianza y sus ahorros y hoy se han visto defraudados.

Conductas como esta, trajeron como consecuencia que el legislador mexicano reformara y adicionara la Ley de Concursos Mercantiles para regular en su Título Décimo Bis la Responsabilidad de los Administradores y en su Título Décimo Primero tipificar delitos en situación de Concurso Mercantil.⁷

Antes de analizar estas nuevas responsabilidades de los administradores de empresas, recordemos cual es el fin primordial del Concurso de Acreedores en nuestro país: (i) la conservación de las empresas; (ii) evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de la empresa y de aquellas con las que mantenga una relación de negocios; y, (iii) garantizar una adecuada protección a los acreedores frente al detrimento del patrimonio de la concursada.⁸

Estas últimas reformas a la ley que regula la insolvencia en México establece dos tipos de responsabilidades de los administradores de una empresa concursada: 1. - Responsabilidad de indemnizar daños y perjuicios al comerciante en concurso, sea

⁶ Concurso Mercantil de FICREA, S.A. de C.V., Sociedad Financiera Popular, en etapa de quiebra. Exp. 746/2015.- Juzgado 14vo. de Distrito en Materia Civil en la Ciudad de México.

⁷ DOF 10 de enero de 2014.

⁸ Artículo Primero, Ley de Concursos Mercantiles. DOF 12 de mayo de 2000. Última reforma DOF 10 de enero de 2014.

persona física o persona jurídica, y 2. - Responsabilidad penal por delitos cometidos en situación de concurso.⁹

1. Responsabilidad de indemnizar daños y perjuicios

Cuando el comerciante se encuentre en incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones en los términos de los Artículos 10, 11 y 20 Bis de la ley concursal, serán susceptibles de la responsabilidad consistente en indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al comerciante insolvente los miembros del Consejo de Administración, así como los empleados relevantes del comerciante.¹⁰

Esta responsabilidad opera cuando se actualizan los supuestos señalados en el artículo 270 Bis y que podemos resumir de la siguiente manera: (i) que los Consejeros voten en las sesiones del Consejo o tomen determinaciones respecto al patrimonio del comerciante con conflicto de interés; (ii) que favorezcan, a sabiendas, a un determinado accionista en perjuicio de los demás; (iii) cuando sin causa legítima, por virtud de su empleo, cargo o comisión obtengan beneficios económicos para sí o para terceros; (iv) generen, difundan, publiquen, proporcionen u ordenen información, sabiendo que es falsa; (v) ordenen u ocasionen que se omita el registro de operaciones del comerciante. Alteren u ordenen alterar los registros para ocultar la verdadera naturaleza de las operaciones celebradas, afectando estados financieros; (vi) ordenen o acepten que se inscriban datos falsos en la contabilidad. Si las autoridades, en ejercicio de sus facultades, requieren información relacionada con los registros contables y el comerciante no cuenta con ella y no se pueda acreditar la información que sustente los registros contables, se presumirá, salvo prueba en contrario, que los datos incluidos en la contabilidad son falsos; (vii) destruyan, modifiquen u ordenen que se destruyan o modifiquen, total o parcialmente, los sistemas o registros contables o la documentación que dé origen a los asientos contables, con anterioridad al vencimiento de los plazos legales de conservación y con el propósito de ocultar su registro o

⁹ Artículos 270 Bis a 277 de la Ley de Concursos Mercantiles.

¹⁰ El Artículo 270 Bis *in fine* de la Ley de Concursos Mercantiles entiende por empleados relevantes a: i.- El Director General; ii.- Las personas físicas que, ocupando un empleo, cargo o comisión en la empresa con conocimiento, adopten, ordenen o ejecuten los actos, omisiones o conductas de que se trate.

evidencia; (viii) alteren u ordenen que se modifiquen las cuentas activas o pasivas o las condiciones de los contratos; que se registren operaciones o gastos inexistentes; exagerar los reales o realizar intencionalmente cualquier acto u operación ilícita o prohibida por la ley, generando una deuda, quebranto o daño en el patrimonio del comerciante, en beneficio económico propio, sea directamente o a través de terceros incluyendo pasivos a favor de las personas que la ley considera íntimamente relacionadas con el comerciante¹¹; y (ix) en general, realicen actos dolosos o de mala fe, o ilícitos conforme a la Ley Concursal u otras leyes.

a. *Características de la responsabilidad de indemnizar daños y perjuicios.*

El numeral 270 Bis de la ley concursal establece que esta responsabilidad será solidaria entre los culpables y será exigible como consecuencia de los daños o perjuicios ocasionados. La indemnización deberá cubrir los daños y perjuicios causados al comerciante insolvente y, en todo caso, (siempre) se procederá a la remoción del cargo de los culpables.

Este mismo numeral en comento prohíbe pactar en estatutos sociales excluyentes de responsabilidad. En cambio, permite contratar seguros, fianzas o cauciones que cubran el monto de la indemnización, salvo que se trate de actos dolosos o de mala fe o ilícitos.

b. *¿Quiénes pueden ejercer la acción de responsabilidad?*

(i) El comerciante insolvente; y (ii) por los Accionistas de la sociedad que representen el 25% o más del capital social.¹²

¹¹ El artículo 116, Fracción I de la Ley Concursal establece que se presume actos en fraude de acreedores las siguientes personas relacionadas con el comerciante persona física: su cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el 4º. grado, o hasta el segundo por afinidad, y parientes por parentesco civil.

El mismo numeral en su fracción II identifica a las personas relacionadas para efectos de presunción de actos en fraude de acreedores relacionadas con personas morales y señala a las mismas a que se refiere la fracción anterior cuando éstas o el propio comerciante persona física, 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 posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar decisiones fundamentales en dichas personas morales.

¹² Artículo 270 Bis-I de la Ley de Concursos Mercantiles.

c. *Término de prescripción.*

Cinco años contados a partir del día en que se hubiere actualizado cualquiera de los supuestos mencionados en líneas anteriores. (Art. 270 Bis I de la ley).

d. *Excluyente de responsabilidad.*

Los miembros del Consejo de Administración y los empleados relevantes no incurrirán, individualmente o en su conjunto, en esta responsabilidad que hemos venido mencionando cuando, actuando de buena fe (i) den cumplimiento a la ley aplicable o a los estatutos sociales en la aprobación de los asuntos que resuelvan; (ii) tomen decisiones o voten en las sesiones del Consejo, con base en información que les proporcionen empleados relevantes, persona moral que brinde los servicios de auditoría externa o expertos independientes, cuya capacidad y credibilidad no ofrezcan motivo de duda razonable; (iii) hayan seleccionado la alternativa más adecuada a su leal saber y entender o el posible daño no haya sido previsible, en ambos casos, con base en la información disponible cuando tomaron la decisión; o (iv) cumplan los acuerdos de la Asamblea de Accionistas, siempre y cuando éstos no sean violatorios de la ley.

2. *Responsabilidad penal por delitos cometidos en situación de concurso mercantil*

En los términos del numeral 271 de la ley concursal, el comerciante declarado en concurso mercantil por sentencia firme será sancionado con pena de 3 a 12 años de prisión por cualquier acto o conducta dolosa realizado antes o después de la declaración del concurso que cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones.

Una presunción *iuris tantum* de que el comerciante ha causado o agravado dolosamente el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones es cuando lleve su contabilidad en forma que no permita conocer su verdadera situación financiera; o la altere, falsifique o destruya.

Estas penas se impondrán a los miembros del Consejo de Administración, Administrador Único, Director General, Empleados Relevantes o Representantes Legales del comerciante que realicen cualquiera de estas conductas: (i) modifiquen cuentas activas o pasivas; (ii) modifiquen condiciones de los contratos; (iii) hagan u ordenen que se registre en operaciones o gastos inexistentes; (iv) realicen cualquier acto u operación ilícita o prohibida por la ley, generando un daño en el patrimonio del comerciante insolvente, en beneficio económico propio directo o

por interpósita persona o en beneficio de terceros; (v) incluyan el registro de pasivos a favor de cualquiera de las personas relacionadas con el deudor a que ya nos referimos con antelación.

Si se ha reparado el daño y el perjuicio ocasionado, la pena será de 1 a 3 años de prisión. (Art. 271 Bis de la ley concursal).

a. Excluyente de responsabilidad penal.

Si las personas actúan en términos de las excluyentes en materia de responsabilidad de indemnizar daños y perjuicios a que nos referimos con antelación, así como en cumplimiento de las leyes que regulan los actos o conductas mencionadas en líneas anteriores, no se procederá penalmente en su contra (Art. 271 Bis *In fine*).

b. Otras conductas del comerciante insolvente tipificadas como delito.

(i) No poner el comerciante su contabilidad a disposición de la persona que el juez designe cuando sea requerido para ello, salvo que demuestre que le fue imposible acatar dicha orden por causa de fuerza mayor o caso fortuito. La sanción es de 1 a 3 años de prisión (Art. 272 de la ley concursal). (ii) el que por sí o por medio de otra persona solicite el reconocimiento de un crédito inexistente o simulado. Sanción de 1 a 9 años de prisión. (Art. 274 de la precitada ley).

c. Consideraciones finales.

Para finalizar este tema es pertinente comentar lo siguiente:

Si el comerciante es una persona moral, la responsabilidad penal recaerá sobre los miembros del Consejo de Administración, los administradores, directores, gerentes o liquidadores de la misma que sean autores o partícipes del delito (Art. 273 de la ley).

Estos delitos se persiguen por querrela, pudiendo hacerlo el propio comerciante y cada uno de sus acreedores;

El juez penal no conocerá de la reparación del daño, materia que corresponde al juez del concurso (Art. 276 de la ley concursal);

Estos delitos podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso mercantil y sin perjuicio de la continuación de éste. Las decisiones del juez concursal no vinculan al juez penal.

No se requiere calificación para perseguir estos delitos (Art. 277). Recordemos que en la abrogada Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos, existían tres tipos de suspensiones de pago o quiebras del comerciante: (i) fortuita; (ii) culpable; o (iii) fraudulenta. Las dos últimas ameritaban pena de cárcel.

III] La responsabilidad por delitos cometidos por personas jurídicas

Conforme al nuevo sistema penal adversarial que recién ha entrado en vigor en nuestro país, es oportuno comentar que tal como el mencionado artículo 273 de la Ley de Concursos Mercantiles prevé delitos en situación de concurso cometidos por el comerciante persona moral, el Código Nacional de Procedimientos Penales.¹³ Regula en el capítulo II del Título X, el ejercicio de la acción penal en contra de personas jurídicas que cometan un hecho delictivo, a través de alguno de sus miembros o representante. El ilícito deberá ser cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de la persona jurídica. La acción penal será ejercitada no solo en contra de la persona jurídica, sino también en contra de la persona física que deba responder por el delito.

Esta legislación procesal penal, de aplicación obligatoria para toda la República Mexicana, tanto en materia federal como en materia estatal, prevé medidas cautelares como el aseguramiento de bienes, por ejemplo.

En la sentencia que se dicte en el proceso, el Tribunal de Enjuiciamiento, resolverá lo pertinente a la persona física imputada y a la persona jurídica a la que en su caso se le impondrá la sanción procedente.

Cabe hacer mención que ya el Código Penal para el Distrito Federal en sus numerales 27 a 27 Quintus¹⁴ tipifica las conductas delictivas y las penas a que nos referimos, que pueden ir desde multa hasta la disolución de la persona jurídica, pasando por la anulación de la transformación, fusión, absorción o escisión de la persona jurídica, con el fin de que los hechos no queden impunes y pueda imponerse la sanción que corresponda.

Serán atenuantes de responsabilidad penal de la persona jurídica si colabora en la investigación de los hechos que la ley señale como delito; repare el daño antes de la etapa del juicio oral; o establece, antes de la etapa del juicio oral, medidas eficaces para prevenir o descubrir delitos que en el futuro pudieran cometerse con el uso de sus medios o bajo su amparo.

¹³ DOF del 5 de marzo de 2014.

¹⁴ Gaceta Oficial del Distrito Federal del 18 de diciembre de 2014.

IV] Conclusión final

Se han roto diversos paradigmas en México. Ahora serán responsables civil y penalmente de los daños y perjuicios ocasionados a una comerciante insolvente y serán responsables penalmente por los delitos cometidos con el uso de los medios o bajo el amparo de personas jurídicas, los miembros del Consejo de Administración, administrador único, empleados relevantes, consejeros, etc. Y aún, a las propias personas jurídicas que actúen con dolo y cometan ilícitos tipificados en las leyes penales y las especiales como la propia Ley de Concursos Mercantiles que hemos venido comentando se les podrán imputar responsabilidades civiles y penales cuando actúen en los términos a que nos referimos en líneas anteriores.

Fecha de recepción: 23 de octubre de 2016

Fecha de aprobación: 6 de diciembre de 2016

El derecho contractual en la época postmoderna

DIEGO ROBLES FARÍAS¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las edades de Vattimo*. III. *Grandes codificaciones de la época moderna (siglo XIX) y la consolidación del positivismo jurídico*. IV. *Juicios de Núremberg y Guardianes del Muro. La recuperación del ius naturalismo*. V. *Irradiación de los Derechos Fundamentales*. VI. *Internacionalización del derecho en la época postmoderna*.

Resumen. En el presente trabajo nos proponemos presentar el estado que guarda el derecho contractual internacional en la época postmoderna, es decir, la época que nos ha tocado vivir. Para lograrlo es indispensable mencionar la evolución que ha tenido el derecho a través de las distintas épocas por las que ha atravesado, haciendo especial énfasis en dos momentos que para nosotros constituyen los paradigmas de la evolución del derecho actual: las grandes codificaciones del siglo XIX y los juicios de Núremberg después de la Segunda Guerra Mundial. La codificación, basada en el pensamiento cientificista de los filósofos ilustrados, ayudó a consolidar el positivismo jurídico y a definir una época en que los juristas se enfocaron en el estudio de las leyes y en gran medida se olvidaron de disciplinas otrora fundamentales, como la filosofía del derecho, la teoría del derecho, el derecho natural y los principios jurídicos. Por su parte, la segunda Guerra Mundial y sobre todo las leyes extremadamente injustas del régimen Nazi, serían el estímulo para la recuperación del iusnaturalismo impulsado por el pensamiento del filósofo Gustav Radbruch y su fórmula de la injusticia extrema. Los jueces de Núremberg utilizarían la fórmula Radbruch para juzgar y condenar a los jefes Nazis por crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad, a pesar que en su defensa alegarían, en clave positivista, que obedecían leyes formalmente promulgadas y órdenes de sus superiores. Estas dos situaciones, influirán decididamente en la conformación y el desarrollo del derecho contractual actual, el de la época postmoderna, con dos características principales, la irradiación de los derechos humanos, principios, valores –como quiera llamárseles– a todo el derecho,

¹ Profesor Investigador de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara. Editor de la revista *Perspectiva Jurídica UP*.

incluyendo el privado, y su internacionalización, producto de la globalización, causada a su vez por la explosión demográfica, el avance de la tecnología, el desarrollo del comercio internacional y la consecuente contratación masificada.

Palabras clave: Derecho contractual, postmodernismo, Juicios de Núremberg, codificación.

Abstract. *In the present essay we show the place in which International Contract Law stands in postmodern days, that is, the days we are living in today. In order to achieve this, it is necessary to mention the evolution of law and the moments it has gone through, focusing in a particular way in two key moments that according to us constitute the paradigms of evolution of modern law: the great codifications of the 19th century and the Nuremberg Trials after the Second World War. This codification, based on the scientist thoughts of illustrated philosophers, helped consolidating legal positivism and defining an era in which jurists focused mainly in the study of laws and in great measure forgot about other fundamental disciplines, such as philosophy of law, the theory of law, natural law, amongst other principles. The Second World War, and especially the extremely unjust law of the Nazi regime, would become the beginning of the recovery of iusnaturalism as proposed by philosopher Gustav Radbruch and his formula of extreme injustice. The judges of the Nuremberg Trials would use the Radbruch formula in order to judge and condemn the Nazi authorities for their war crimes and crimes against humanity, in spite of their defense argument of having acted according to law and their generals' command, in a positivistic way. These two situations would influence the constitution and development of modern contractual law, with two main characteristics, the irradiation of human rights, principles, and values –as you may call them- to all aspects of law, including private law, and its internationalization, consequence of globalization, which in turn is a product of the democratic outburst, technological advances, international commerce, and international contractual bodies of law.*

Keywords: Contract law, postmodernism, Nuremberg Trials, codification.

I | Introducción

Es innegable la importancia que ha adquirido el derecho contractual en la actualidad. Lo anterior se constata de muchas

formas, entre ellas, por el hecho de que el premio Nobel de economía 2016 acaba de ser otorgado a Oliver Hart y Bengt Holmström² por sus aportaciones a la teoría de los contratos, en concreto por su análisis de cómo se elabora la contratación y sus diversos efectos, sobre todo en el mundo de la empresa. También por el número cada vez más abultado de instrumentos internacionales que intentan armonizar el derecho contractual en el mundo, como la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los *Incoterms*, los Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, y en el ámbito de la Unión Europea, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, el Código Europeo de Contratos y el *Draft Common Frame of Reference for European Contract Law*. Su principal función es la de lograr la uniformidad del derecho contractual internacional con el fin de vencer los dos principales obstáculos al comercio internacional, a saber, la existencia de distintas legislaciones nacionales y los diferentes regímenes o familias jurídicas, muchas veces antagónicas, como el *Common Law* y el de corte latino o *Civil Law*.³ Finalmente, con las recientes reformas al Código Civil Alemán (BGB) en el 2002⁴ y al Código Civil Francés o Código de Napoleón en 2016,⁵ calificadas en ambos casos, como las más importantes en la historia de ambas legislaciones y que tuvieron como objetivo uniformar sus derechos nacionales en materia de Obligaciones y Contratos, en el contexto de la Unión Europea.

Es indudable que en el entorno globalizado en el que nos desenvolvemos, los contratos constituyen la principal fuente de obligaciones a nivel mundial. En el lapso de pocos años hemos sido testigos de la internacionalización del derecho, de la conformación de uniones de países como la Unión Europea o la zona del TLCAN, en las que sus miembros han renunciado a parte de su soberanía en favor del grupo y, al mismo tiempo, hemos constatado el regreso de los nacionalismos y proteccionismos que nos colocan en

² Holmström, de 67 años, originario de Helsinki (Finlandia) es profesor del *Massachusetts Institute of Technology*. Hart, de 68 años, nació en Londres (Reino Unido) y trabaja como profesor de la Universidad de Harvard. Los dos son economistas. Su carrera académica se ha desarrollado en Estados Unidos.

³ Vid. Robles Farías, Diego, *La Unificación del Derecho Contractual en Europa y sus Implicaciones para México*, Revista Perspectiva Jurídica UP, número 2, enero 2014.

⁴ Para un análisis de la reforma al BGB, consultar: Zimmermann, Reinhard, *El nuevo Derecho Alemán de Obligaciones, Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción de Esther Arroyo i Amayuelas, Boch, Barcelona, 2008

⁵ La modificación del Código Civil Francés se realizó mediante ordenanza del 10 de febrero de 2016 y entro en vigor el 1 de octubre del mismo año.

una situación de incertidumbre y de zozobra en relación al futuro. Todo ello ha influido en el desarrollo del derecho contractual.

Como lo mencionamos, nos proponemos presentar el estado que guarda el derecho contractual internacional en la postmodernidad, es decir, un tiempo que se caracteriza por el acceso universal al conocimiento y como consecuencia, la generalización de la cultura, la técnica, la moda y en general todas las dimensiones de la existencia humana. Una época que ha dado lugar a la caída de fronteras en el campo del conocimiento, las comunicaciones, el comercio y ahora del derecho. Iniciaremos con la explicación de qué se entiende por época postmoderna y desde luego, por qué al derecho actual se le denomina también derecho postmoderno. Para ello echaremos mano de la forma en que suele dividirse la filosofía en grandes períodos de tiempo en los que un conjunto de ideas y de pensadores dominan el panorama intelectual y la forma de entender la realidad.

II] Las edades de Vattimo

Fue el filósofo Gianni Vattimo⁶ quien clasificó las distintas *edades* tomando en cuenta aquello que caracteriza a quienes viven en determinado momento histórico, es decir, lo que creen saber, así como los medios que utilizan para acercarse al conocimiento. Vattimo establece cuatro épocas de la humanidad desde el punto de vista filosófico: la edad Clásica (600 a.C. a 400 d.C.), la Medieval, que va desde la caída de Roma a manos de los Godos en el 476 d.C. hasta la caída de Constantinopla en el Imperio Romano de Oriente o Imperio Bizantino en 1453, la Moderna, que inicia en 1637 con la publicación del Discurso del Método de René Descartes y se mantiene prácticamente durante todo el siglo XIX y mediados del XX y finalmente la época en que nos encontramos que ha sido denominada Postmoderna.

La época Clásica es la edad de la exploración en la que los pensadores dedicaban su energía a desentrañar los misterios de la naturaleza y del pensamiento. Es cuando inicia y se desarrolla la filosofía clásica y se sientan las bases del pensamiento occidental. Su método es el asombro, la duda, la observación y la lógica. Aquí surgen las grandes preguntas filosóficas. Pertenecen a este período Sócrates, Platón, Aristóteles y Cicerón; y en el ámbito jurídico, los grandes juristas clásicos: Ulpiano, Papiniano, Modestino, Julio

⁶ Gianni Vattimo, filósofo italiano nacido en Turín en 1936. Recomendamos la lectura de dos de sus obras: *El pensamiento débil* (con Rovatti, Pier Aldo, eds.), Editorial Cátedra, Madrid, 1988. *El fin de la modernidad*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993.

Paulo y Gayo. En este periodo es donde se sientan las bases del derecho natural y su diferencia con el positivo.

La época Medieval se caracteriza por la fe religiosa que envolvía todos los aspectos de la vida en ese periodo. Se identifica también por la subordinación de la razón –y de la filosofía- a la verdad única e inobjetable de la revelación. Aquí se coloca a los grandes teólogos como Agustín de Hipona, Averroes, Maimónides y Tomás de Aquino. Así mismo, es en este mismo periodo donde más se desarrolla el derecho natural.

La época Moderna inicia con la publicación de El Discurso del Método por René Descartes en 1637 quien, como sabemos, buscaba desesperadamente un fundamento en el que pudiera basar su pensamiento y que no fuera susceptible de duda alguna. Buscaba ideas claras y distintas que no estuvieran sujetas al error, como tantas verdades que estaban cayendo en esa época.⁷ Creyó encontrar esa seguridad en su famosa frase *cogito ergo sum*, pienso luego existo, y sobre la misma construyó toda su filosofía que sirvió de fundamento para el establecimiento del método científico⁸ que caracteriza este periodo. La edad Moderna es la edad de la experimentación, donde los pensadores asumieron ciegamente que con los instrumentos adecuados y los métodos correctos el ser humano podía saberlo todo con certeza. El método científico inaugurado por Descartes tenía como pilares los siguientes: todo conocimiento para ser verdadero debía expresarse en lenguaje matemático; la forma de arribar al saber debía seguir los parámetros del método científico, es decir, basarse en la experimentación empírica y en la medición para llegar a la certeza física. Sólo era digno del saber humano el saber científico, que debía traducirse en algo de utilidad (tecnología).

Para el siglo XIX la naturaleza se había convertido en “materia prima” y el ser humano en un mono evolucionado cuyo desarrollo futuro, siempre ascendente –gracias a las ciencias empíricas⁹- estaría asegurado. Como veremos adelante, esta forma

⁷ Como dice Victoria Camps: “Todo el pensamiento moderno se impuso la pauta de encontrar certidumbres y desechar lo que plantea dudas” Vid. Camps, Victoria, *Elogio de la Duda*, Arpa, Madrid, 2016, e-book, loc. 172

⁸ El método científico es: «un método o procedimiento que ha caracterizado a la ciencia natural desde el siglo XVII, que consiste en la observación sistemática, medición, experimentación, la formulación, análisis y modificación de las hipótesis» Vid: *Oxford English Dictionary*.

⁹ En el presente trabajo distinguiremos las Ciencias empíricas, físicas, prácticas o de la naturaleza, de las Ciencias sociales, humanas o formales. Las primeras son las que estudian la naturaleza, como la biología, la física o la química. Su objeto es la descripción del mundo físico. Su idioma son las matemáticas y solo consideran real lo demostrable en el ámbito

de pensar influyó decisivamente en el desarrollo de la filosofía de la Ilustración,¹⁰ en el surgimiento de la Enciclopedia como receptáculo de todo el conocimiento, en el establecimiento del positivismo jurídico y en las grandes codificaciones del siglo XIX que tuvieron su razón de ser en esta forma científica de pensar. Se dice que la Ilustración creó al mundo moderno cuando eliminó el dogmatismo religioso y puso en el centro al ser humano cuya naturaleza concibió como inacabada. Se reemplazó la visión cristiana que privó durante la época medieval, por otra menos dogmática que afirmaba la existencia de derechos que nos comprometen a todos en virtud de nuestra humanidad.¹¹

Finalmente, la edad Postmoderna que se caracteriza por ser la edad de la interpretación, en el sentido de la necesidad de reinterpretar el conocimiento, dada la desconfianza en los grandes sistemas del pasado –ya fueran religiosos, científicos, políticos, etc.– que ofrecían verdades objetivas con validez universal. Los pensadores postmodernos desconfiaron del pasado afirmando que el saber humano es falible, frágil, incompleto y personal.¹² El mismo Vattimo señala que la característica fundamental del postmodernismo es una epistemología o pensamiento débil –*pensiero debole*–, es decir, un saber que no es definitivo, que no es confiable, que es relativo y que contrasta con el saber absoluto derivado de la revelación divina en la edad media, o de la seguridad científica de la época moderna. En los dos últimos casos, como se aprecia, se trataba de una epistemología o pensamiento fuerte.

Lo que caracteriza al pensamiento débil de Vattimo y por tanto a la edad postmoderna, es la tolerancia a todas las perspectivas humanas, sin renunciar a mirar lo trascendente. Se trata de no imponer ideología alguna, de abrirse al diálogo con

empírico o de la experiencia. En cambio el objeto de las Ciencias sociales no es el mundo físico, sino los hechos humanos y sus relaciones. Aquí caben la filosofía, incluyendo la ética y la lógica, el derecho, la sociología, la psicología, etc. Su finalidad es sistematizar esos campos del saber.

¹⁰ Los principales pensadores Ilustrados fueron: Tomas Hobbes (1588-1679), Rene Descartes (1596-1650), John Locke (1632-1704), Charles Luis Montesquieu (1689-1755), Voltaire (1694-1778) Benjamín Franklin (1706-1776), David Hume (1711-1776), Jean Jacques Rousseau (1712-1778) y Denis Diderot (1713-1784), D’Alembert (1717-1783), Adam Smith (1723-1784), Emmanuel Kant (1724-1804), Thomas Jefferson (1743-1826). Se denomina *Siglo de las Luces* al transcurso de 1688 a 1800.

¹¹ Vid. Camps, Victoria, *Elogio de la Duda*, Arpa, Madrid, 2016, *e-book*, loc. 882

¹² Se consideran pensadores postmodernos los existencialistas. Entre ellos suelen incluirse: Dostoievski, Kierkegaard, Nietzsche, Rilke, Kafka, Ortega y Gasset, Jaspers, Heidegger, Sartre y Camus. Cfr. Kaufmann, Walter, *Existentialism, From Dostoevsky to Sartre, Revised and Expanded*. Plume, published by Penguin Group, New York, 1975

todos los puntos de vista, reconociendo en ello la diversidad y la libertad esencial que caracteriza a los seres humanos. En la época de la interpretación cada uno elige qué hacer con su existencia.

En la época postmoderna se ha impuesto un sistema jurídico con las mismas características del pensamiento débil antes expuesto. Ahora el derecho –sobre todo el contractual- es débil, dinámico, abierto, flexible e internacionalizado por lo que busca la armonía en un mundo globalizado, características que contrastan con el derecho fuerte, duro, cerrado, completo, perfecto y nacional que definía al derecho de la época moderna.¹³

Una vez señaladas las épocas o edades según el filósofo Gianni Vattimo, trataremos de relacionarlas con dos acontecimientos fundamentales que representan puntos de quiebre en la evolución que ha tenido la sociedad, la cultura y desde luego el derecho y que han dado lugar, por lo menos en el campo jurídico, a la postmodernidad: las grandes codificaciones del siglo XIX y los juicios de Núremberg al término de la segunda guerra mundial, junto con los juicios denominados Guardianes del Muro, luego que cayera el muro de Berlín. Esos acontecimientos han influido decididamente en la estructura del derecho en la actualidad y servirán para entender la situación del derecho contractual postmoderno.

III] Grandes codificaciones de la época moderna (siglo XIX) y la consolidación del positivismo jurídico

El primero de esos momentos –que naturalmente no es un momento, sino toda una época- está representado por las grandes codificaciones del siglo XIX.¹⁴ Se insertan en este período los Códigos Civiles de Prusia, Francia, Austria, Italia, España, entre otros, hasta terminar con Código Civil Alemán (BGB) que entró en vigor en 1900, con lo que se cierra este periodo importantísimo para la historia del derecho occidental.

Para entender la importancia de esa época histórica hay que señalar que antes de las grandes codificaciones estuvo vigente en Europa un único derecho, el *ius comune* que tenía como fundamento al Derecho romano. Los juristas de aquella época hablaban un mismo idioma –el latín- y estudiaban en los mismos

¹³ Vid. Vigo, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, tercera edición, México, 2012, p.41

¹⁴ Las grandes codificaciones del siglo XIX fueron: Prusia 1794, Francia 1804 (Código Napoleón), Austria 1811, Serbia 1844, Italia 1865, Rumania 1865, Portugal 1867, España 1888-1889, Alemania 1896 (BGB en vigor a partir de 1900). Los códigos mexicanos de 1870 y 1884 se inscriben en este periodo.

textos, concretamente el *Corpus iuris civilis* de Justiniano. Las universidades impartían las mismas clases, de modo que a los estudiantes les daba lo mismo inscribirse en la Universidad de Bolonia, en la de París, en la de Salamanca o en la de Berilio (hoy Beirut).¹⁵

El *ius comune* estuvo vigente en Europa desde el siglo XII y entro en desuso conforme se promulgaban y entraban en vigor cada uno de los códigos nacionales, el último, el de Alemania en 1900. Como derecho de corte romano, hundía sus raíces en las enseñanzas de los juristas romanos de la época clásica, como Ulpiano, Papiniano, Modestino, Julio Paulo y Gayo, quienes a su vez estaban influenciados por la filosofía de la época clásica en Grecia y por los filósofos que siguieron esta misma tradición en Roma, principalmente Marco Tulio Cicerón.¹⁶ Su fundamento era el *ius naturalismo* corriente filosófica y jurídica que consideraba la existencia de un conjunto de principios éticos, muy generales, que el legislador humano debía tomar en cuenta como inspiración para la formulación de las leyes positivas.¹⁷ La forma en que resolvía los conflictos jurídicos era prudencial es decir, se ponía atención al caso concreto y se buscaba la mejor solución, la solución más justa, para cada caso en particular. Por ello, el valor que perseguía el derecho era precisamente la justicia y todos los demás valores –como la seguridad o certeza jurídica– estaban supeditados a ella.

Sin embargo, el *ius comune* entró en crisis. El *Corpus Justiniano* que constituía su base fundamental no podía adaptarse a los nuevos tiempos tan alejados de la época clásica en que había sido construido. Se le habían ido incorporando glosas, comentarios, opiniones de jurisconsultos y sentencias de tribunales que pretendiendo aclararlo o adaptarlo, lo fueron desnaturalizando y contaminando poco a poco. A ello había que agregar el choque que tuvo con otros derechos, como el canónico, el feudal, el de los

¹⁵ Robles Velasco, Luis Mariano, *El futuro Código Europeo de Contratos ¿una nueva recepción?* Revista Internacional de Derecho Romano (RIDROM), Octubre 2010, www.ridrom.uclm.es

¹⁶ Cicerón (106-43 a. C.) tuvo el mérito de ser el principal introductor y divulgador de la filosofía griega en Roma.

¹⁷ La distinción entre derecho natural y derecho positivo data de la época clásica. Aristóteles al inicio de la *Ética Nicomáquea* afirma: *La justicia política puede ser natural y legal; natural la que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeta al parecer humano; legal, la que considera las acciones en su origen indiferentes...* Afirma pues que una parte de lo justo civil es *natural* y otra *legal*. Así distingue las dos esferas de normas no necesariamente contrapuestas ni excluyentes. Cfr. Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, 1134b 20-25. Por su parte, Paulo, el gran jurista romano distingue también entre derecho natural y derecho positivo contenido en el *Corpus Iuris Civilis*. (D.1,1,11)

distintos Estados soberanos, las costumbres locales, los estatutos de las ciudades y un sinfín de normativas que vinieron a hacerlo irreconocible contra su fuente, el derecho romano clásico. El *ius commune* se volvió oscuro, lleno de incertidumbres, arbitrariedades y contradicciones y así llegó a las posteridades del siglo XVIII, acentuando con ello la necesidad de una nueva legislación que sustituyera al decadente derecho común.

La época de la crisis del *ius commune* coincidió en el tiempo con el pensamiento de los filósofos de la Ilustración. Los grandes pensadores Ilustrados –llamados también iluminados– estaban convencidos que el progreso de la humanidad era irremisible, imparable y siempre en ascenso. Sólo había que esperar el paso del tiempo para constatar cómo la humanidad avanzaría hacia un futuro mejor, siempre prometedor, lleno de sorpresas seductoras, como nuevos descubrimientos científicos y sociales. Estaban deslumbrados por los avances de las ciencias empíricas que habían sido espectaculares y que se encadenaban entre sí. Volteaban al pasado para admirar los hallazgos de Copérnico, Galileo Galilei, Kepler y Newton y estaban seguros que seguirían suscitándose ininterrumpidamente. El descubrimiento y la conquista de América, la invención del método científico por René Descartes¹⁸ y todos los demás logros de la humanidad, hacían de ese periodo una época de esperanza y de absoluta confianza en la razón humana.

Todo ese éxito, impulsado decididamente por el triunfo de las ciencias empíricas y la utilización del método cartesiano, tuvo como efecto que las ciencias sociales –entre ellas el derecho– trataran de imitar el sistema de las ciencias prácticas e intentaran también purificarse de elementos contaminantes como la moral o la filosofía del derecho, pues estas no cumplían con los requisitos del método científico. Era opinión común que el progreso del saber científico en la edad moderna se debía, primordialmente, a la eliminación de la concepción finalista del universo, que inducía a pronunciar juicios de valor sobre hechos naturales. Debía entonces buscarse la objetividad, entendida como una toma de posición frente a la realidad basada en la neutralidad ética, es decir, prescindiendo de los juicios de valor.¹⁹ En ese sentido, el saber jurídico se identificó con el saber científico y su objeto se dirigió

¹⁸ El método científico se debe a René Descartes y en concreto a la publicación de su ensayo *Discurso del Método*. Pueden encontrarse las obras completas de *Descartes*, en la obra homónima publicada por Editorial Gredos, Madrid, 2011

¹⁹ Vid. Bobbio, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, México, 12 edición, 2012

principalmente a clarificar y reconstruir sistemáticamente el derecho positivo²⁰ al estilo de las ciencias físicas.

En medio de ese ambiente eufórico de éxitos de las ciencias empíricas o de la naturaleza que imperaba en la época moderna, se inscriben los Códigos del siglo XIX. Sus creadores pensaban que podían concentrar en un único ordenamiento todo el derecho descubierto y conformado por los grandes juristas del pasado. Para ellos, el derecho debía seguir el camino de las ciencias empíricas, debía sistematizarse y codificarse para así contenerse en un solo cuerpo, tal como otros Ilustrados habían intentado concentrar todo el conocimiento científico en la famosa Enciclopedia.²¹

Los juristas ilustrados pretendían poner fin a la confusión e incertidumbre jurídicas provocada por la degeneración del *ius commune*. Estaban convencidos de la necesidad de un cuerpo único de leyes que eliminara las oscuridades y contradicciones de los tiempos no iluminados, que acabara asimismo con las instituciones y normas creadas por las fortuitas circunstancias de la historia, reino de lo irracional, que diera efectividad, de una vez para siempre a los dictámenes universales y eternos de la razón, traduciéndolos en normas positivas y ciertas.²²

Fue así como los pensadores ilustrados voltearon los ojos al derecho romano en la búsqueda del derecho por excelencia, del derecho dotado de esa perfección racional cuyo ideal coincidía con el derecho natural, que para ellos era el derecho absolutamente verdadero, deducido de la razón y que tenía el mismo rigor con el que son deducidas las verdades matemáticas. En suma, para ellos el derecho romano era la *ratio scripta*²³ y por ello buscaban adecuar el derecho a ese modelo perfecto para poner remedio a la confusión e incertidumbre jurídica que reinaba en la época. Así

²⁰ Los filósofos ilustrados concebían al derecho como un sistema único, completo, jerárquico, coherente y económico. Con base en ello Savigny compone su obra “Sistema de Derecho Romano Actual”, pues estaba convencido de que sólo el sistema garantizaba la ciencia. Con ello funda la ciencia jurídica moderna. Vid. Vigo, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, 3ª edición, México, 2012, p.176

²¹ La Enciclopedia (*L’Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*) es la obra más representativa de La Ilustración. Editada entre los años 1751 y 1772 contiene gran parte del saber del siglo XVIII y representa un esfuerzo enorme para iluminar con la razón el camino de la civilización occidental. Participaron cerca de 150 colaboradores, siendo los más destacados *Voltaire, Diderot, D’Alembert, Montesquieu, Rousseau, Helvétius, Condillac, D’Hollbach, Daubenton, Marmontel, Durmasais, Quesnay, Turgot* y el caballero de *Jaucort*.

²² Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, tomo 3, siglos XIX y XX, traducción de José F. Lorca Navarrete, Ediciones Pirámide, Madrid, 1996, p.17

²³ *Idem*. P. 18

pues, fueron las ideas *ius naturalistas* que compartían los pensadores ilustrados las que, en primer término, promovieron la codificación.

Coincidió que al mismo tiempo comenzaron a formarse los Estados nacionales bajo el influjo de la Revolución Francesa de 1789. Esas mismas tesis *iusnaturalistas* justificaban la política de los Estados soberanos de eliminar todas las normas que de algún modo limitaran el poder absoluto de sus gobernantes, por ello promovían que sólo se atribuyera obligatoriedad a las leyes emanadas del Estado. Había que transformar el derecho irracional de aquel tiempo en Ley, porque para los soberanos influidos por la ilustración, sólo la Ley podía ser obra de la razón o de una voluntad racional. De ahí su inclinación por la codificación y por la abrogación de cualquier otra forma de derecho –como costumbres, precedentes, jurisprudencias, opiniones de jurisconsultos, estatutos de las ciudades, etc.- que pudieran mermar su poder absoluto.²⁴

Fue así como surgieron las grandes codificaciones de finales del siglo XVIII y del XIX. Fueron la consecuencia de tres acontecimientos que coincidieron en el tiempo: el declive del *ius comune*, las ideas de los pensadores ilustrados que los hacían buscar un derecho racional, y los intereses políticos de los gobernantes que querían afianzar su poder soberano. Los Códigos constituyeron parte de la identidad nacional de los Estados soberanos y fortalecían el concepto de Soberanía que Juan Bodino había enarbolado desde el siglo XVI.²⁵

La influencia de las ideas científicas de los Ilustrados, hicieron que los Códigos se consideraran perfectos, completos, sin lagunas, coherentes y que comprendían todo el derecho.²⁶ Los intereses de los gobernantes soberanos exigían que sólo se considerara derecho el creado por el poder legislativo y contenido en los códigos. Esta identificación del derecho con la ley daría lugar, en un primer momento, a que en las universidades

²⁴ Fassó, Guido, *Op. cit.* p. 16

²⁵ Para Bodino la Soberanía era el “Poder Absoluto y perpetuo de una República” y agregaba “El primer atributo del príncipe soberano es el poder dar leyes a todos en general y a cada uno en particular ... sin consentimiento de superior, igual o inferior”. Bodino, Juan, *Los siete libros de la República*, Aguilar, Madrid, 1973, p. 46

²⁶ Por ejemplo, el Código Prusiano que entro en vigor en 1794 fue considerado por el mismo emperador Federico II (Ilustrado) como “obra maestra del espíritu humano”, “un cuerpo de leyes perfectas” que tenían “una unidad en su proyecto y unas reglas tan exactas y proporcionadas que un Estado regido por estas leyes parecería un reloj” Federico II, *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois*, p.33 de la edición de Venecia 1768, citado por Fassó, Guido, *op cit* p. 19

comenzara a estudiarse leyes y no derecho²⁷ y, como veremos adelante, daría pie a la consolidación del pensamiento *ius* positivista, representado principalmente por Rudolf von Jhering y Hans Kelsen.²⁸

Es curioso constatar que a pesar de que en su origen las codificaciones se fundamentaron en las ideas *iusnaturalistas* de los pensadores y gobernantes ilustrados, con el tiempo constituyeron un puente involuntario hacia el positivismo jurídico. Esto ocurrió a instancias de la tremenda influencia del *Code Civil* o Código Napoleón de 1804, sin duda el de mayor importancia histórica y el que más influyó en las legislaciones de otros países. Resulta que las ideas ilustradas que tanto contribuyeron al proceso de codificación con base en las luces *iusnaturalistas* de la razón, sólo fueron integradas al Código Napoleón de manera marginal, como la tendencia individualista del código y la regulación de la libertad y la propiedad –como facultad de disponer de las cosas en forma absoluta– como derechos innatos del hombre. Pero al mismo tiempo se limitó el poder de los jueces al prohibírseles juzgar en base de normas distintas a las del Código –se pensaba que las leyes del Estado realizaban completamente al derecho natural y por ende, los dictámenes de la razón.²⁹

Esto llevó a la Escuela de la exégesis³⁰ a establecer el principio de plenitud del ordenamiento, el cual afirmaba que el Código era completo, no tenía lagunas y se autointegraba. Dicho principio fortaleció a tal grado la exigencia de certeza o seguridad del derecho, que se llegó al extremo de no reconocer más derecho que el establecido por el legislador. La Codificación puso ante los juristas un cuerpo orgánico y sistematizado de normas dotadas de un orden lógico, lo que convirtió el estudio del derecho en un estricto comentario de la Ley. En Francia dejó de tener sentido enseñar el derecho natural, la teoría del derecho y la filosofía jurídica. El método de los juristas se limitó a la enseñanza del

²⁷ “Yo no enseño derecho Civil, enseño Código de Napoleón” diría Bugnet. Citado por Vigo, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, tercera edición, México, 2012, p. 171

²⁸ En México por Eduardo García Maynez.

²⁹ Del texto original del Código se suprimieron principios *iusnaturalistas* bajo el pretexto de que concedían demasiada amplitud al arbitrio del juez, como el art. 1 que señalaba “Existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas” que “no es más que la razón natural en cuanto que gobierna a todos los hombres” y el 11 que estipulaba que a falta de leyes precisas el juez debía erigirse en “un ministro de la equidad” *Vid.* Fassó, Guido, *Op. cit.* pp 23 y 24

³⁰ La Escuela de la Exégesis prevaleció en Francia a lo largo del siglo XIX pero tuvo su máxima influencia entre los años de 1830 y 1880.

Código Napoleón y excluían cualquier referencia al derecho natural, consuetudinario, jurisprudencial o doctrinal.³¹

Finalmente, la interpretación se limitó a la búsqueda de la intención del legislador, pues el derecho estaba hecho y era racional, por lo que si a los abogados o a los magistrados se les permitiera interpretar, usurparían el poder con el que la nación soberana había investido a los legisladores.³²

Como hemos dicho, la codificación tuvo su fundamento en el racionalismo y liberalismo imperante en la época y estaba imbuida de una perspectiva jurídica eminentemente científicista. Los códigos fueron percibiéndose como la fuente originaria del derecho, por lo que declaraban derogado todo el derecho anterior. Fijaban todo el derecho para cada rama, por ello no podía reconocerse derecho superior o inferior al contenido en el mismo. Su destino era perdurar eternamente, como la física de Newton; además, siendo los códigos expresión de la voluntad general del pueblo, se garantizaba su intrínseca bondad y justicia.³³ Por ello, no podía concebirse la existencia de un derecho supranacional – superior al del Estado–, porque era una idea contraria a la soberanía absoluta y al nacionalismo imperantes en la época.

Así pues, el saber jurídico se tornó un saber científico, pero al modo de las ciencias naturales. Su objetivo se concretaba a clarificar y reconstruir sistemáticamente el derecho positivo, en tanto que los jueces no eran más que simples autómatas aplicadores de la ley al caso concreto mediante la figura del silogismo deductivo. Incluso podían ser condenados por prevaricato ³⁴ en caso de que no aplicaran sistemática y mecánicamente la ley al caso concreto correspondiente, a pesar que con su aplicación se detectara una clara injusticia. Por otro

³¹ Los principales representantes de la Escuela de la exégesis: Carlos Aubry, Carlos Rau, Raimundo Teodoro Troplong, Juan Carlos Florencio Demolombe, Victorio Napoleón Marcadé y Francisco Laurent crearon obras de gran extensión (muchas de más de 30 volúmenes) pero que eran la exposición sistemática, es decir, artículo por artículo, del Código Napoleón.

³² Estas características llevaron a Laurent a afirmar que “Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos... La consecuencia es evidente: haciendo el derecho, los autores y magistrados usurparían al poder que la nación soberana ha investido con esa atribución.” Laurent, Francisco, *Cours élémentaire de droit civil*, TI, préface, p.9

³³ Vigo, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, México, tercera edición, 2012, p.171

³⁴ Delito en el que incurren los funcionarios públicos, incluyendo los jueces, cuando a sabiendas o por ignorancia inexcusable, faltan a las obligaciones inherentes a su cargo.

lado, la ley era la principal fuente de derecho y cualquier otra le estaba subordinada y sometida a la voluntad del legislador.³⁵

Es así como se consolida el positivismo jurídico, filosofía que había estado gestándose durante la época moderna – concretamente desde finales del siglo XVIII- en la cual los juristas poco a poco fueron alejándose del derecho natural atraídos por el estudio del derecho positivo. Durante toda la primera mitad del siglo XX el positivismo jurídico, sobre todo en la forma presentada por la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen,³⁶ dominaría casi sin oposición el escenario jurídico europeo. Los juristas que suscribían esta ideología consideraban que el derecho natural era un residuo de actitudes no científicas por lo que debía ser descartado dondequiera que apareciera.³⁷

Para los efectos de este trabajo consideraremos al positivismo jurídico como aquella corriente que no admite distinción entre derecho natural y derecho positivo y en consecuencia afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo. Este concepto nos permite distinguirlo del *ius naturalismo* pues esta corriente no solo admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo, sino que sostiene la supremacía del primero sobre el segundo.³⁸ Como se aprecia, la oposición es absoluta e implica la necesidad de optar entre una u otra: se es *ius naturalista* o positivista. También implica la adopción de las máximas que identifican ambas posturas: la del positivismo jurídico dice: se debe obedecer las leyes en cuanto tales y no hay más derecho que el legislador. La del *ius naturalismo*: se debe obedecer las leyes únicamente en cuanto sean justas, por lo que siempre el derecho natural estará por encima del positivo.

³⁵ “Para el juriconsulto, para el abogado, para el juez un solo derecho existe, el Derecho positivo... Se define como el conjunto de leyes que el legislador ha promulgado para reglamentar las relaciones de los hombres entre sí... un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley, pues está instituido para juzgar conforme a ella y no de ella” Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code Civil*, TI, p.59

³⁶ Kelsen, Hans, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Traducción y prólogo de Emilio O. Rabasa, Ediciones Coyoacán, México, 2009

³⁷ Vid. Bobbio, Norberto, *El problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, 12 edición, México, 2012

³⁸ Cfr. Bobbio, Norberto, *El problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, 12 edición, México, 2012, p. 74. El autor establece tres aspectos de esta corriente *ius* filosófica: como modo de acercarse (*approach*) al estudio del derecho, como teoría o concepción del derecho y como una ideología de la justicia. Para este trabajo usaremos la concepción más extrema: el positivismo como ideología que es la que corresponde a las definiciones apuntadas.

Como lo señalamos, las grandes codificaciones trajeron consigo el triunfo del dogma de la plenitud del orden jurídico, la afirmación de que no hay más derecho que el legislado y por tanto, la consideración de que sólo es derecho aquél que ha pasado por el proceso legislativo, cualquiera que fuera su contenido³⁹. En ese orden de ideas, las leyes debían ser obedecidas sin miramiento alguno, pues con su obediencia se aseguraba el orden, la legalidad, la paz y la certeza o seguridad jurídica, valores que se consideraban como absolutos.

La ideología del positivismo jurídico daría lugar a la exaltación estatal, es decir, a la concepción del Estado como supremo portador de los valores sociales. Por ello, una de las mayores acusaciones en contra del positivismo jurídico consiste en que fue responsable del surgimiento de algunos fenómenos de totalitarismo, en concreto, el del ciego estatismo del régimen Nazi,⁴⁰ dada la fuerte tradición del positivismo entre los juristas alemanes de la época.⁴¹

IV] Juicios de Núremberg y de los Guardianes del Muro. La recuperación del *ius naturalismo*

La época del positivismo extremo –por llamarlo de algún modo– duró prácticamente sin cambio hasta la terminación de la segunda guerra mundial. Al terminar la conflagración, se instalaron los Tribunales de Núremberg –formados por jueces miembros de las naciones aliadas que triunfaron– para juzgar a los jerarcas, funcionarios y militares nazis por los delitos cometidos durante el régimen del Nacional Socialismo (Nazi) y sobre todo durante la

³⁹ Kelsen afirmaría que la validez de las normas depende de que hayan sido producidas de conformidad con otra norma fundante: “Por ello, Cualquier contenido puede ser derecho” Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Segunda versión, Traducción española de Editorial Porrúa, México, 1991, p. 205

⁴⁰ Cfr. Bobbio, Norberto, *El problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, 12 edición, México, 2012, p. 58

⁴¹ Recordemos que el positivismo jurídico, como ideología, está basado principalmente en la filosofía de Immanuel Kant, quien afirmaba que el derecho positivo era igual a las relaciones naturales intersubjetivas más la coacción y por lo tanto, que la tarea del derecho no consiste en establecer *qué es* lo que los individuos deben hacer, en sus relaciones recíprocas, sino *cómo* deben hacerlo a fin de no entrar en conflicto recíproco. Hans Kelsen, creador de la Teoría Pura del Derecho, se confiesa repetidas veces como Kantiano. Tanto Kant como Kelsen eran alemanes. Vid. Bobbio, Norberto, *El problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, 12 edición, México, 2012, p. 23

guerra. Los Juicios de Núremberg⁴² constituyen el segundo momento histórico al que nos referíamos, pues rompen definitivamente con el paradigma del positivismo jurídico y recupera para el mundo jurídico el *ius naturalismo*.

No puede entenderse este cambio sin la figura del filósofo Gustav Radbruch.⁴³ Este profesor de la Universidad de Heidelberg era uno de los principales filósofos alemanes y suscribía sin dudarle una ideología racional y positivista, como casi todos los juristas de la época.⁴⁴ Esa posición filosófica se constata en su primera obra importante sobre Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie*) publicada en 1914, cuya tercera edición aparece en 1932 justo antes de la llegada al poder de Adolf Hitler. En ella afirmaba:

*El derecho vale... en cuanto fue capaz de un cumplimiento efectivo, porque sólo entonces podía garantizar la seguridad jurídica. (...) La justicia es el segundo gran tema del derecho, el primero, empero, la seguridad jurídica, la paz y el orden. Yo prefiero sufrir una injusticia a soportar el desorden.*⁴⁵

Al instalarse el régimen Nazi, de inmediato fue separado de su puesto en la universidad, por la única razón de que sus convicciones políticas eran contrarias a dicho régimen (era liberal y

⁴² Los Juicios de Núremberg se desarrollaron entre noviembre de 1945 a abril de 1949. El más famoso fue el resuelto el 1 de octubre de 1946 contra 21 de los principales jefes del III Reich: Goering, Hess, von Ribbentrop, Frank, Funk, Frick, Sauckel, Speer, Keitel, Jodl, von Schirach, von Neurath, von Papen, Schacht, Fritzsche, Raeder, Doenitz, Kaltenbrunner, Rosenberg, Streicher, Bormann, Seyss-Inquart, Ley y Krupp y 6 organizaciones consideradas criminales: Reichskabinett, NSDAP, SS, SA, Gestapo, OKW. Siguieron juicios contra médicos, juristas, miembros de la SS y Gestapo, Industriales y Banqueros, jefes militares y burócratas del gobierno, todos ellos colaboradores del régimen Nazi.

⁴³ Gustav Radbruch, filósofo alemán nacido en 1878 en Lübeck, profesor de derecho penal y de filosofía del derecho en las universidades de Königsberg, Kiel y Heidelberg, de la que fue expulsado en 1933 por el régimen Nazi, para reintegrarse en 1945 –al final de la guerra– como Decano de la propia universidad. Murió en Heidelberg en 1949.

⁴⁴ Fue contemporáneo de Hans Kelsen (1881-1973). El filósofo Arthur Kaufmann afirmaba que en esa época sólo quedaban dos filósofos del derecho de habla alemana de verdadera talla, Radbruch y Kelsen. Este último tuvo que huir de Alemania por su origen judío. Vivió en Estados Unidos hasta su muerte. Vid. Martínez Bretones, Ma. Virginia, *Gustav Radbruch, Vida y Obra*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2003, p. 78

⁴⁵ Radbruch, Gustav, *Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p.110

había ocupado un puesto político con los socialistas).⁴⁶ Pudo observar la promulgación de leyes extremadamente injustas, su aplicación en su querida Alemania y el actuar de los nazis durante el desarrollo de la Segunda guerra mundial. Leyes que decretaban la extinción de la propiedad de los bienes de judíos alemanes o que les hacían perder la ciudadanía alemana cuando emigraban a otros países; que prohibían a judíos y a enemigos del régimen enseñar en las escuelas y universidades o publicar libros, e incluso que les impedían sentarse en los parques públicos. Con la guerra vinieron leyes todavía más injustas, como las que condenaban a muerte a homosexuales y judíos mediante el decreto de Hitler que ordenaba su exterminio, que, aunque nunca se promulgó oficialmente, era una ley que existía *de facto* y que se aplicó principalmente en contra de los judíos durante el Holocausto.⁴⁷

Radbruch se dio cuenta que el positivismo dejaba sin defensa jurídica a las víctimas dado que, a pesar de ser extremadamente injustas, eran leyes que cumplían todos los requisitos formales para considerarse como tales y por tanto, dejaba inermes y sin posibilidad de reaccionar en contra de esas tremendas injusticias a los juristas alemanes de la época formados en las ideas del positivismo.⁴⁸

Cuando constata esas injusticias ocurridas durante los doce años del régimen Nazi, el filósofo alemán enmienda su posición y

⁴⁶ Martínez Bretones, Ma. Virginia, *Gustav Radbruch, Vida y Obra*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2003, p. 63

⁴⁷ Para Radbruch no tenían naturaleza jurídica todas aquellas leyes promovidas o impuestas por la fuerza, por el partido Nacionalsocialista de Hitler, como aquellas que: “tratan a los hombres como sub-hombres y les niegan derecho humanos. Tampoco tienen carácter jurídico aquellas cláusulas que imponían penas sin considerar la diferenciable variedad de los delitos y que guiadas solamente por momentáneas necesidades de intimidación imputaban a hechos punibles de la más diversa gravedad la misma pena, a menudo la muerte.” *Vid. Radbruch, Gustav, Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 40

⁴⁸ Radbruch afirmó “El positivismo ... dejó inermes a los juristas alemanes frente a las leyes de contenido arbitrario e injusto.” Radbruch, Gustav, *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las Leyes* incluido en *Derecho Injusto y Derecho Nulo*, G. Radbruch, E. Schmidt, H. Welzel, Aguilar, Madrid, 1971. En otro trabajo señaló: “(La teoría positivista) dejó a los juristas como al pueblo sin defensa frente a las leyes aun tan arbitrarias y crueles como criminales.” Radbruch, Gustav, *Five Minutes of Legal Philosophy (1945)*, Traslated by Bonnie Litschewski Pulson and Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1 (2006), pp. 13-15

gira elegantemente hacia el *ius naturalismo*.⁴⁹ Este cambio aparece claramente en su trabajo *Cinco Minutos de Filosofía del Derecho* de 1945.⁵⁰ Durante la explicación del cuarto minuto, establece su postura apegada al derecho natural al señalar que puede haber leyes con tal dosis de injusticia y daño a la comunidad que se les ha de negar la validez y aun el carácter jurídico. Sin embargo, es en el quinto minuto cuando aparece por primera vez en su obra la referencia expresa al derecho natural: *hay por tanto, principios jurídicos básicos que son más fuertes que cualquier precepto legal, de modo que la ley que los contradice carece de validez. Se llama a estos principios derecho natural o derecho racional.*

Poco después, en ese mismo tenor, en un artículo denominado *Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal* publicado en 1946,⁵¹ Radbruch acuñará su famosa fórmula que puede resumirse como *La injusticia extrema no es derecho* al afirmar:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser resuelto en el sentido de que el derecho positivo asegurado por la sanción y el poder, tienen prioridad aun cuando su contenido sea injusto y anti funcional, salvo que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en cuanto derecho injusto deba retroceder ante la justicia.

Robert Alexy establecerá una versión reducida de la fórmula: *Las normas dictadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico y su validez jurídica cuando son extremadamente injustas.* El mismo Alexy es

⁴⁹ Distinción entre el primero y el segundo Radbruch: Muchos son los estudiosos que señalan en la filosofía de Radbruch dos periodos, el primero dominado por el pensamiento relativista y positivista de corte *neokantiano*, que tenía como premisa básica la imposibilidad del conocimiento científico de los valores. El *segundo* Radbruch ocurre después de su experiencia frente al nazismo. Es una vuelta hacia el derecho natural o derecho racional, hacia los valores o principios como contenido fundamental del derecho. Vid. Vigo, Rodolfo Luis, *La Axiología Jurídica de Gustav Radbruch*. Contenido en *La Justicia Extrema no es Derecho*, R.L. Vigo coordinador, Fontamara, México, 2008, pp. 110 y ss.

⁵⁰ Radbruch, Gustav, *Five Minutes of Legal Philosophy (1945)*, Traslated by Bonnie Litschewski Pulson and Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1 (2006).

⁵¹ Vid. Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962

quien la lleva hasta su formulación actual: *La injusticia extrema no es derecho*.⁵²

Los juicios de Núremberg.- La *Formula Radbruch*, como se le conoce hasta ahora, fue utilizada por los jueces de Núremberg como fundamento de las sentencias que condenaron a los jerarcas y a los generales nazis por delitos de *lesa humanidad* y por crímenes de guerra, a pesar de que en su defensa alegaron, en clave positivista, que obedecían leyes formalmente decretadas que por tanto les obligaban. Los jueces de Núremberg dictaron sus resoluciones atendiendo a principios jurídicos, derechos humanos, derechos fundamentales o valores, como quiera llamárseles y fundándose en el *derecho* y no en la *ley*, y con ello inauguraron una nueva época para el derecho en el mundo, la del renacimiento del *ius naturalismo*, la del derecho postmoderno.⁵³ En Núremberg se desestimaron los argumentos de la defensa basados principalmente en dos argumentos: que los inculpados obedecían leyes formalmente establecidas, o que se violaba el principio de la *irretroactividad* de la ley. Siguiendo a Radbruch los juzgadores concluyeron que una gran parte de las leyes promulgadas durante el régimen Nazi nunca llegó a tener la dignidad de derecho válido, dada su injusticia extrema, por lo que, al no ser derecho, no existió aplicación retroactiva y tampoco se violó el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Los juicios de Núremberg constituyen una especie de *giro copernicano*, pues a partir de entonces los tribunales en todo el mundo comenzaron a invocar con más frecuencia *los principios generales del derecho* comunes a todos los pueblos civilizados y los juristas y teóricos del derecho, formados o no en la tradición del derecho natural, comenzaron a mostrar una orientación anti-positivista.⁵⁴

Guardianes del Muro.- La historia daría oportunidad para aplicar de nuevo la *Formula Radbruch* y reafirmar ese compromiso con los principios jurídicos y con los derechos humanos. Al caer el

⁵² Vid. Alexy, Robert, *Mauerschützen, Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad*, Contenido en: Vigo, Rodolfo Luis (Coordinador), *La injusticia Extrema no es Derecho* (De Radbruch a Alexy), Fontamara, México, 2008, pp 268 y ss

⁵³ "Radbruch dará la piedra de toque para la concepción del derecho postmoderno que lleva más de medio siglo de esfuerzo sostenido a partir del artículo de 1945 *Cinco minutos de Filosofía del Derecho*" González Ibarra, Juan de Dios, en la introducción al libro: Vigo, Rodolfo Luis (Coordinador), *La injusticia Extrema no es Derecho* (De Radbruch a Alexy), Fontamara, México, 2008

⁵⁴ Vid. Perelman, Chaim, *La Lógica jurídica y la Nueva Retórica*, Civitas, Madrid, 1979, pp. 35, 103,178

Muro de Berlín en 1989 y posteriormente al reunificarse las dos Alemanias (3 de octubre de 1990), se iniciaron los juicios en contra de los Guardianes del muro (*Mauerschützen*),⁵⁵ esos militares de la República Democrática Alemana, de corte comunista, que dispararon y mataron a sus conciudadanos por intentar cruzar el muro para llegar a Alemania occidental. Utilizando los argumentos de Radbruch y su conocida fórmula de la injusticia extrema, los soldados fueron condenados por asesinato por jueces de la Alemania unificada, a pesar de que en su defensa también alegaron que obedecían leyes debidamente promulgadas y órdenes de sus superiores jerárquicos.⁵⁶ Las sentencias fueron excesivamente benévolas, pues su intención no fue tanto castigar a los guardianes del muro, sino dar un ejemplo a la humanidad de las consecuencias de obedecer leyes extremadamente injustas y advertir a quienes las promulguen que su actuar podría no quedar impune al caer el régimen injusto.

Como puede apreciarse, la importancia de los juicios de Núremberg y de los Guardianes del Muro radica en que los tribunales vuelven a fundar sus decisiones en principios de derecho, en la búsqueda de la justicia y no en frías leyes frecuentemente con contenido insoportablemente injusto. Por su parte, es fundamental la figura del filósofo Gustav Radbruch y de su fórmula sobre la injusticia extrema, pues es el primer filósofo que tras la decadencia de la filosofía del derecho —hecha a un lado por la doctrina avalorativa y de neutralidad ética del cientificismo positivista de la edad moderna— introduce de nuevo la reflexión filosófica al ámbito

⁵⁵ Los juicios contra los Guardianes del Muro (*Mauerschützen*) se refieren a los que motivaron las sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en octubre de 1996 y marzo de 2001 respectivamente, en contra de los líderes políticos y militares alemanes, entre ellos, los guardianes del muro: Hans Albrecht, Heinz Kessler, Fritz Streletz, Egon Krenz. Para saber más acerca de los juicios en contra de los Guardianes del Muro consultar los ensayos: *Mauerschützen, Acerca de la Relación entre Derecho, Moral y Punibilidad*, de Robert Alexy; *La Decisión Sobre los Homicidios Cometidos por los Centinelas del Muro de Berlín*, del mismo Robert Alexy y *Reflexiones Jusfilosóficas Sobre el caso de los Guardianes del Muro*, de Eduardo Roberto Soderó, todos ellos en Vigo, Rodolfo Luis (Coordinador), *La injusticia Extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)*, Fontamara, México, 2008

⁵⁶ Los acusados sostenían en su defensa que las condenas resultaban contrarias a los principios de *nullum crimen nulla poena sine lege* y de irretroactividad de la ley penal al referirse a actos que eran considerados legítimos según el derecho vigente en la República Democrática Alemana y, por tanto, que no hubieran dado lugar al inicio de un proceso ni a una sanción por homicidio durante el régimen vigente cuando se cometieron. *Vid.* Soderó, Eduardo Roberto, *Reflexiones Jusfilosóficas Sobre el caso de los Guardianes del Muro*, *op. cit.* p. 451

jurídico, los contenidos de valor del derecho, recupera el derecho natural y fortalece los derechos humanos.⁵⁷ Por ello, esos acontecimientos y ese filósofo son los pilares del derecho de la época postmoderna que analizaremos en el siguiente apartado.

Una vez que se constataron las terribles injusticias de un régimen delincencial y antijurídico, que para imponer sus leyes inhumanas de algún modo se refugió en el positivismo jurídico, y sobre todo después de que los tribunales de Núremberg fundaron sus sentencias en principios y derechos fundamentales, quedó claro que, como afirma Manuel Atienza al final de su obra, lo que da sentido al derecho –y a *ocuparse profesionalmente del derecho*– no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos y más realistas, la lucha contra la injusticia.⁵⁸

V] Irradiación de los derechos fundamentales

Hemos visto de manera rápida y un tanto superficial los dos momentos a que nos referimos al inicio de este trabajo, primero, las grandes codificaciones del siglo XIX que propiciaron la consolidación del positivismo jurídico y después los Juicios de Núremberg cuyas resoluciones, basándose en el pensamiento de Radbruch y aplicando su fórmula que negaba a las leyes extremadamente injustas su carácter de derecho, rescataron el *ius naturalismo* para la época del derecho que vivimos, la cual ha dado en denominarse postmoderna. Haciendo un balance de lo expuesto y sobre todo, aplicando esa nueva realidad del derecho en la época postmoderna, trataremos de proyectar las principales características del derecho actual.

Del positivismo jurídico al iusnaturalismo.– No queda duda que pasamos del *Positivismo jurídico* de la edad moderna, a un *ius naturalismo* de la época postmoderna y por lo tanto del *normativismo* al *principalismo*. Eso se constata con las continuas referencias de juristas, políticos e incluso de leyes en todo el mundo a los derechos humanos, derechos fundamentales, principios jurídicos, valores o moral, como quiera que se les denomine, pues todos esos términos son sinónimos.

En México, la Reforma Constitucional del 10 de junio de 2011 en la que se modifica íntegramente la parte dogmática cambiando su denominación de *Garantías individuales* a *Derechos*

⁵⁷ Cfr. Kaufmann, Arthur, Hassemmer, Winfried, *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Debate, Madrid, 1999, p.99

⁵⁸ Atienza, Manuel, *El Sentido del Derecho*, Ariel, tercera edición, Barcelona, 2007, p. 312

humanos se inscribe en ésta dinámica, al igual que la reforma del propio artículo primero constitucional que coloca a los tratados internacionales sobre derechos humanos que estén conformes con la Constitución por encima de todas las demás leyes nacionales, sean federales o locales.⁵⁹ Las principales consecuencias de ese regreso al derecho natural son las siguientes:

Del normativismo al principialismo y de la seguridad jurídica a la justicia.- Como consecuencia de la importancia que recuperaron los derechos fundamentales a partir de los juicios de Núremberg y de los Guardianes del muro, el derecho postmoderno ha pasado de la defensa fundamental de la seguridad o certeza jurídica y de la excesiva valoración de las normas formalmente establecidas (*normativismo*) que privilegiaba el positivismo jurídico, a la revaloración de la justicia como valor primordial del nuevo *ius naturalismo* y de la consecuente revitalización de los principios jurídicos (*principialismo*). Esto no quiere decir que la seguridad jurídica haya dejado de ser importante; por el contrario, sigue siendo uno de los valores fundamentales del derecho –por eso el mismo Radbruch afirmaba que las leyes injustas (no las extremadamente injustas) sí eran derecho y había que obedecerlas para proteger al régimen jurídico-,⁶⁰ pero cuando la seguridad choca contra el valor de la justicia, debe prevalecer este último.

Irradiación de los derechos fundamentales al derecho privado.- Esta nueva tendencia de los derechos humanos ha impregnado las relaciones entre particulares y en particular al derecho contractual. La protección que brindan los derechos fundamentales ha dejado de ser un mecanismo de defensa de los particulares (Gobernados) frente al Estado. Ahora, la mayoría de los doctrinarios afirman que los efectos de los derechos fundamentales

⁵⁹ Existía la incertidumbre de cuál era la situación de los tratados internacionales sobre derechos humanos respecto de la Constitución mexicana. Algunos afirmaban que dichos tratados formaban un bloque de constitucionalidad con la referida constitución y otros sostenían la supremacía de esta última. Después de dos años de incertidumbre, el 3 de septiembre de 2013 el Pleno de la SCJN al resolver la contradicción de tesis 293/2011 emitió el siguiente criterio: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Con ello queda establecida la supremacía de la Constitución.

⁶⁰ “...Por regla general, la seguridad jurídica que el Derecho positivo confiere justificará también, precisamente en cuanto forma menor de la justicia, la validez del Derecho positivo en cierta medida injusto.” Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1948), Fondo de Cultura Económica, novena reimpresión, México, 2005, p. 44

irradian hacia todo el ordenamiento jurídico y por tanto las disposiciones constitucionales sobre derechos humanos representan un orden objetivo de valores que impregnan al sistema normativo en su totalidad, incluyendo las relaciones entre particulares y en especial, las contractuales.⁶¹ La doctrina es mayoritaria en considerar dicha irradiación, a pesar de que la Constitución mexicana no contiene ninguna disposición expresa en ese sentido. La injerencia de los derechos fundamentales en el derecho privado es más evidente en el ámbito internacional. Por ejemplo, la Convención Americana de los Derechos Humanos (denominada Pacto de San José)⁶² contiene disposiciones que expresamente se refieren a los derechos humanos en las relaciones entre particulares.⁶³

Sin duda, en el derecho postmoderno los derechos humanos pueden y deben aplicarse en las relaciones de derecho privado. Lo único que discuten los tratadistas es si esa aplicación se realiza indirectamente, es decir, el particular debe recurrir a la intermediación de los órganos del Estado, o bien directamente, sin intermediarios. En este último caso, un particular podrá oponer a otro particular directamente un derecho fundamental sin necesidad de un acto del legislador o de alguna otra mediación o calificación.⁶⁴ De acuerdo con De la Madrid, los derechos humanos inciden en el derecho privado de las siguientes maneras:

i. En algunos casos, los derechos humanos justifican o refuerzan las disposiciones de derecho privado que resultan aplicables.

⁶¹ Para un excelente artículo acerca de la irradiación de los derechos humanos en las relaciones entre particulares, consultar: De la Madrid Andrade, Mario, *Los Derechos Humanos en las Relaciones entre Particulares*, incluido en el libro *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Dr. Salomón Vargas García*, Tirant lo Blanch, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, p.31

⁶² La Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José) fue celebrada en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁶³ Artículo 29. Normas de Interpretación.- Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos. 1. ... 2. *Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás*, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. (énfasis añadido).

⁶⁴ A este respecto vale la pena repasar las teorías de Düring, Nipperdey y Robert Alexy en el artículo de Mario de la Madrid Andrade antes citado.

ii. En otros, causan la no aplicación de tales disposiciones cuando violan derechos humanos en el caso particular.

iii. Por otro lado, los derechos humanos tienen un efecto normativo directo en un doble sentido: por una parte, ante *deficiencias en el enunciado legal*, para determinar el debido alcance de la norma, por medio de la interpretación conforme a las normas fundamentales: por otra, ante la *ausencia de regulación* (lagunas normativas) para complementar la regulación faltante.

iv. En el ámbito de los contratos, los derechos humanos pueden justificar que se excluya cierta estipulación producto de la autonomía privada, cuando la misma choque con algún derecho fundamental. En este caso deberá ponderarse cuál de los dos prevalece, pues la autonomía privada es un *elemento central del libre desarrollo de la personalidad*, y por tanto un derecho humano.⁶⁵

El *Draft Common Frame of Reference*.- Un ejemplo importantísimo de la irradiación de los Derechos fundamentales al derecho privado en el ámbito internacional, se presenta en la redacción del *Draft Common Frame of Reference for European Contract Law*⁶⁶ (en adelante DCFR) publicado en 2009 por *The Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, que es uno de los instrumentos internacionales que pretenden uniformar el derecho privado en la Unión Europea.

Este trabajo se origina en una iniciativa de académicos europeos que responden al encargo de la Comisión Europea para construir un marco común de referencia de todo el derecho privado europeo, incluyendo, desde luego, el derecho contractual. El DCFR contiene *principios*, definiciones y leyes modelo cuyo objetivo es, en primer lugar, servir de proyecto o modelo (*draft*) para un trabajo definitivo, que sea adoptado con fuerza vinculante por la Unión Europea. Por ahora se trata de un esfuerzo académico o profesoral con el fin de establecer una estructura jurídica común, a la que los distintos derechos nacionales puedan acudir con miras a la unificación o al menos a la armonización del derecho europeo. Lo verdaderamente relevante de este trabajo europeo es que contiene una serie de *principios* que no son otra cosa que *Derechos fundamentales* que regirán todo el derecho privado Europeo en caso de que esta iniciativa sea adoptada en la Unión Europea, lo que nos da una idea clara de por dónde van los juristas en la época

⁶⁵ De la Madrid, *op. cit.* p. 58

⁶⁶ Proyecto de Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo

postmoderna. A continuación, haremos una breve reseña de los referidos Principios contenidos en el DCFR.⁶⁷

Las leyes modelo contenidas en el DCFR se sustentan en principios fundamentales, aun cuando no se establezca expresamente. Los promotores del trabajo reafirman que el derecho privado debe estar fuertemente fincado en principios fundamentales, por ello, en el texto del DCFR no se percibe al derecho privado y en particular al derecho contractual, como un mero balance o equilibrio entre personas físicas o jurídicas en igualdad de circunstancias. Su redacción sugiere la corrección de fallas en el mercado, al igual de introduce elementos de justicia social y de protección a la parte más débil.

Son quince los *Principios Fundamentales* relacionados con el derecho contractual que se establecen en el DCFR: i. justicia, ii. libertad, iii. protección de los derechos humanos, iv. Bienestar económico, v. solidaridad y responsabilidad social, vi. establecimiento de un área de libertad, seguridad y justicia, vii. promoción del mercado interno, viii. protección de los consumidores y de otras personas necesitadas de protección, ix. preservación de la pluralidad cultural y lingüística, x. racionalidad, xi. certidumbre legal, xii. predictibilidad, xiii. eficiencia, xiv. protección a la confianza mutua razonable y xv. correcta distribución de la responsabilidad por riesgo creado. Todos ellos pueden ser agrupados en cuatro rubros principales: libertad, seguridad, justicia y eficiencia. No se trata de un acomodo en orden de importancia. Los principios inevitablemente entrarán en conflicto, por lo que la función de las Leyes modelo será encontrar el balance apropiado para resolver los que se presenten.

Además de los señalados, el DCFR invoca cinco *Principios Rectores* de alta incidencia política como son: i. protección de los derechos humanos, ii. promoción de la solidaridad y de la responsabilidad social, iii. conservación de la diversidad cultural y lingüística, iv. promoción y protección del bienestar económico y v. promoción del mercado interno, que junto con los Principios Fundamentales son ampliamente explicados en el texto del proyecto.

⁶⁷ Es importante establecer el significado de la palabra *principios* en el contexto del DCFR. En ocasiones es usado como sinónimo de “norma” (rule) pero que no tiene la fuerza de “ley”, que es el modo como se utiliza, por ejemplo, en los PECL y en los Principios UNIDROIT. De manera alternativa, la palabra se reserva para aquellas normas (*rules*) de naturaleza más general, como en los conocidos principios de *libertad de contratación* o *buena fe*. Un tercer sentido se refiere a los *Principios Fundamentales*, que son aquellos valores básicos de carácter abstracto y de naturaleza esencial.

Con todo lo anterior, es indiscutible cuál es la ruta que han emprendido los juristas modernos en relación a los Derechos humanos y su irradiación al derecho privado y más concretamente al derecho contractual. El DCFR es un ejemplo puntual de la actual vinculación de los derechos humanos con el derecho contractual.

VI] Internacionalización del derecho en la época postmoderna

Hemos pasado del derecho nacional de la época moderna a un derecho internacionalizado en la edad postmoderna. El derecho se ha internacionalizado de muy diversos modos. En el ámbito de los derechos humanos, los tratados internacionales sobre la materia son abundantes y han permitido que esos derechos estén protegidos internacionalmente.⁶⁸

Otro de los efectos de la internacionalización del derecho es el paso de la *Soberanía nacional* a un orden *Supranacional* y como consecuencia la superación del viejo concepto de soberanía que Bodino definiera.⁶⁹ Ahora los Países conforman uniones –como la Unión Europea, el Mercosur y el Mercado Común Centroamericano, entre otras- y celebran tratados internacionales, que los someten a jurisdicciones superiores –el TLCAN es un buen ejemplo de ello-, situación impensable bajo el concepto tradicional de soberanía.

Existen otros ejemplos de este cambio hacia un derecho supranacional, como que ahora pueda demandarse a un Estado ante organismos internacionales situación que sin duda implica un rompimiento definitivo con el caduco concepto de soberanía nacional, o como el hecho de que hoy en día es obligatoria la aplicación del derecho extranjero en la mayoría países⁷⁰ lo que obliga a replantear el principio *iura novit curia*– significa textualmente que el juez conoce el derecho- que ya no se limita al

⁶⁸ En México no se sabe a ciencia cierta cuántos tratados internacionales en materia de derechos humanos se han suscrito. La Comisión de Derechos Humanos, la SCJN, la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Secretaría de Gobernación sostienen números diferentes. En cambio, Argentina establece en su texto constitucional (Art. 75-22) cuáles son los tratados internacionales en materia de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional. *Vid.* Orozco Garibay, Pascual Alberto, *La Problemática de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos y su Repercusión en la Función Notarial*, Revista Perspectiva Jurídica UP, No. 7 segundo semestre 2016, Guadalajara, México, 2016

⁶⁹ Ver nota de pie de página No. 17 de este trabajo.

⁷⁰ En México a partir de la reforma del 17 de enero de 1988 a los artículos 12, 13, 14 y 15 del Código Civil Federal.

derecho nacional, sino que se extiende al derecho extranjero y a un extenso derecho supranacional que implica la adopción de principios y normas en muchos casos extrañas para el derecho nacional y que ponen en un predicamento a los abogados formados en el sistema soberano vigente hasta la mitad del siglo XX.

En el mismo sentido, conceptos jurídicos otrora fundamentales han quedado superados, como la *territorialidad* con la posibilidad de aplicar el derecho extranjero o normas supranacionales en el territorio nacional; la *irretroactividad* de la ley pues no se aplica en caso de delitos de lesa humanidad, o el principio de *lo que no está prohibido está permitido*, que ya no tiene esa amplitud exagerada. Finalmente, las sentencias de los jueces nacionales no son definitivas o *cosa juzgada*, pues es posible recurrir a instancias internacionales.

Internacionalización del derecho contractual.- El espectacular avance que tuvieron las ciencias físicas en la época moderna –provocadas en gran medida por la aplicación del método cartesiano- trajo como consecuencia un desarrollo sorprendente de la tecnología, principalmente durante la Revolución Industrial ocurrida durante la segunda mitad del siglo XVIII en Inglaterra, después en Europa continental y posteriormente en América. Durante esa época, la humanidad vivió una de las transformaciones económicas más importantes de su historia. El desarrollo de la tecnología permitió a las empresas producir mucho más y a menor costo con la subsecuente necesidad de colocar esos productos entre los consumidores. Pronto los mercados nacionales fueron insuficientes y se inició un proceso de comercialización internacional y de *masificación* de la contratación. El desarrollo de la tecnología y del comercio internacional que hemos mencionado son dos de los principales factores de la *globalización*. En la época postmoderna ya no existen fronteras para el comercio, pero sí obstáculos. A continuación analizaremos las principales consecuencias de la *masificación* de la contratación a nivel internacional y la forma como se han vencido los obstáculos al comercio mundial.

Hacia la uniformidad del derecho contractual internacional.- En un mundo globalizado es evidente que las diferencias entre los derechos nacionales y sobre todo las distintas *familias* del derecho –especialmente la de derecho Anglosajón o *Common Law* y la de corte Romano o *Civil Law*- constituyen un obstáculo para el comercio internacional. No cabe duda que el comercio internacional es el principal motor de la economía en el mundo, por ello, desde hace varias décadas diversas organizaciones

internacionales trabajan para crear normas internacionales que ayuden a resolver este problema, entre ellas la *Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya*, la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (UNCITRAL) con sede en Viena, el *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado* (UNIDROIT) con sede en Roma, la *Cámara Internacional de Comercio* (ICC) con sede en París y la *Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado* (CIDIP) en el ámbito americano.

La forma como se ha resuelto el problema de los obstáculos al comercio internacional causados por los diferentes derechos nacionales y por los distintos sistemas jurídicos, es a través de la búsqueda de la *uniformidad* del derecho comercial.⁷¹ Hay dos caminos para ello, el de la *unificación* es decir, creando un derecho único para varios países a través de la celebración de Tratados internacionales en materia comercial (*Hard law*) –como se hizo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG)- o el de la *armonización* (*Soft law*) que busca un derecho aceptado por diversos países que aunque no sea idéntico, tampoco sea totalmente incompatible. Esto último se ha logrado a través de la producción de ordenamientos especializados sin obligatoriedad, es decir no vinculantes –como los Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales y en el ámbito europeo, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (Principios Lando), el Código Europeo de Contratos (Código Gandolfi), el *Draft Common Frame of Reference*, etc.-, con *leyes modelo* –Entre ellas, la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Comercio Electrónico y sobre Firma Electrónica-, *clausulas tipo*, etc. que los diversos organismos internacionales crean y ponen a disposición de la comunidad internacional en distintos idiomas. Cada uno de los Estados pueden tomar dichos instrumentos, los *tropicalizan* y los promulgan como derecho interno, logrando con ello la tan deseada armonización internacional.

Las instituciones mencionadas están conformadas por juristas de muy diversas nacionalidades, todos ellos de primer nivel –profesores universitarios, jueces, abogados postulantes, etc.- pertenecientes a todos los sistemas jurídicos, quienes buscan que los instrumentos jurídicos que producen puedan ser aplicados sin problema alguno en la totalidad de los países del mundo.

⁷¹ Vid. Robles Farías, Diego, *La Unificación del Derecho Contractual en Europa y sus Implicaciones para México*, Revista Perspectiva Jurídica UP, número 2, enero 2014.

De la contratación tradicional a la contratación electrónica.- La masificación de la contratación y su internacionalización, que caracteriza la época postmoderna, hacen imposible seguir contratando a través de los mecanismos tradicionales, es decir, de contratos escritos en soporte de papel y con firmas autógrafas de las partes. Es indispensable recurrir a nuevas formas de contratación, mucho más eficaces, seguras y veloces, como la que proporciona la contratación a través de medios electrónicos.⁷²

La principal iniciativa para este cambio de paradigma es la liderada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés) órgano dependiente de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que en Asamblea del 16 de diciembre de 1996 aprobó la *Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Comercio Electrónico*,⁷³ así como una elaborada guía para su incorporación en el derecho interno de los distintos Estados que quisieran adoptarla para modernizar sus legislaciones y optar por la contratación electrónica.

La Ley Modelo mencionada ofrece a los legisladores nacionales un conjunto de reglas aceptables por la comunidad internacional que les permitan eliminar la mayoría de los obstáculos jurídicos que generalmente existen en las legislaciones nacionales –como la exigencia de contratos escritos, la necesidad de firmas de puño y letra, la intervención de testigos, la distinción de originales y copias, etc.- y les permite también crear un entorno legal seguro para el desarrollo de la contratación por medios electrónicos, tanto en el comercio nacional, como el internacional.

Poco después, con el objeto de complementar la Ley Modelo anterior, en la sede de la UNCITRAL se elaboró la *Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Firmas Electrónicas* aprobada el 12 de diciembre de 2001.⁷⁴ Esta última tiene como finalidad lograr una armonización de las distintas legislaciones nacionales relacionadas con las firmas electrónicas, construyendo normas básicas que permitan la utilización de las mismas en el comercio internacional.

Del interés en la prestación debida al interés en el tiempo esencial del cumplimiento.- Otra de las características del derecho contractual postmoderno es que, en muchos casos, ha variado el

⁷² Para un estudio de la contratación por medios electrónicos y la incorporación de las Leyes Modelo de la CNUDMI sobre comercio y firma electrónica en México, consultar el capítulo *El Consentimiento por medios Electrónicos*, en mi libro *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Oxford University Press, México, segunda reimpression, 2014, pp. 193 y ss.

⁷³ Promulgada en México en el DOF del 29 de mayo de 2000

⁷⁴ Promulgada en México en el DOF del 29 de agosto de 2003

interés de las partes en relación a la prestación debida. El desarrollo actual de los negocios y del comercio internacional hace que cada día sea más importante el cumplimiento a tiempo de las obligaciones contractuales. En una economía global de intercambio masivo de bienes que forman parte del engranaje de la producción, el factor tiempo ha adquirido una relevancia primordial. A los contratantes les interesa contar con los productos y servicios solicitados, pero sobre todo les interesa recibirlos *justo a tiempo*, pues ellos a su vez asumen compromisos que tienen que cumplir en plazos esenciales.

En la contratación tradicional, regularmente el acreedor prefiere que el deudor cumpla con la prestación pactada aunque lo haga en forma extemporánea, con el pago de los daños y perjuicios o de los intereses moratorios causados por su retraso. Pero en la contratación globalizada –sobre todo cuando se involucra producciones encadenadas o escalonadas– el plazo de cumplimiento se torna esencial y el simple retraso en el cumplimiento se considera como incumplimiento total. Las consecuencias que enfrenta el deudor en este tipo de contratos con plazo esencial son las de un verdadero *incumplimiento* y no sólo las de la simple mora y por ello no es posible que subsane su retraso pagando intereses moratorios o daños y perjuicios, sino que debe asumir las consecuencias del *incumplimiento* total.⁷⁵

Bibliografía

ATIENZA, Manuel, *El Sentido del Derecho*, Ariel, tercera edición, Barcelona, 2007.

BOBBIO, Norberto, *El problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, México, 12a edición, 2012.

BODINO, Juan, *Los siete libros de la República*, Aguilar, Madrid, 1973.

CAMPS, Victoria, *Elogio de la Duda*, Arpa, Madrid, 2016, e-book.

DE LA MADRID Andrade, Mario, *Los Derechos Humanos en las Relaciones entre Particulares*, incluido en el libro *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Dr. Salomón Vargas García*, Tirant lo Blanch, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016.

FASSÓ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, tomo 3, siglos XIX y XX, traducción de José F. Lorca Navarrete, Ediciones Pirámide, Madrid, 1996.

⁷⁵ El Código Civil Federal mexicano, por ser una legislación de corte francesa, no otorga importancia a la distinción entre incumplimiento total y simple retraso, siendo en ambos casos aplicables las mismas normas. No ocurre lo mismo en la legislación alemana en donde, frente a la mora del deudor, el acreedor puede decidir si recibe o no el pago y exigir indemnización por incumplimiento total (Par. 286 BGB).

KAUFMANN, Arthur, HASSEMER, Winfried, *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Debate, Madrid, 1999.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Segunda versión, Editorial Porrúa, México, 1991.

----- *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Traducción y prólogo de Emilio O. Rabasa, Ediciones Coyoacán, México, 2009.

LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, T1, preface.

MARTÍNEZ Bretones, Ma. Virginia, *Gustav Radbruch, Vida y Obra*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2003.

OROZCO Garibay, Pascual Alberto, *La Problemática de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos y su Repercusión en la Función Notarial*, Revista Perspectiva Jurídica UP, No. 7 segundo semestre 2016, Guadalajara, México, 2016.

PERELMAN, Chaim, *La Lógica jurídica y la Nueva Retórica*, Cívitas, Madrid, 1979.

RADBRUCH, Gustav:

Filosofía del Derecho (1914, 1932), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las Leyes (1946), incluido en *Derecho Injusto y Derecho Nulo*, G. Radbruch, E. Schmidt, H. Welzel, Aguilar, Madrid, 1971.

Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal (1946), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962

Five Minutes of Legal Philosophy (1945), Translated by Bonnie Litschewski Pulson and Stanley L. Paulson, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 1 (2006)

Introducción a la Filosofía del Derecho (1948), Fondo de Cultura Económica, novena reimposición, México, 2005

ROBLES Farías, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Oxford University Press, México, segunda reimposición, 2014.

----- *La Unificación del Derecho Contractual en Europa y sus Implicaciones para México*, Revista Perspectiva Jurídica UP, número 2, enero 2014.

ROBLES Velasco, Luis Mariano, *El futuro Código Europeo de Contratos ¿una nueva recepción?* Revista Internacional de Derecho Romano (RIDROM), octubre 2010, www.ridrom.uclm.es.

VATTIMO, Gianni, *El pensamiento débil* (con Rovatti, Pier Aldo, eds.), Editorial Cátedra, Madrid, 1988.

-----, *El fin de la modernidad*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993.

VIGO, Rodolfo Luis (Coordinador), *La injusticia Extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)*, Fontamara, México, 2008.

VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, tercera edición, México, 2012.

ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo Derecho Alemán de Obligaciones, Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción de Esther Arroyo i Amayuelas, Boch, Barcelona, 2008.

Fecha de recepción: 25 de noviembre de 2016

Fecha de aprobación: 14 de diciembre 2016

Vida en la facultad

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
07 SEMESTRE II
2016
AÑO 4

Reseña de la ceremonia de entrega del reconocimiento a la trayectoria profesional 2016 a Don Héctor González Schmal

JORGE A. TORRES GONZÁLEZ¹

El pasado jueves 8 de septiembre de 2016, el Capítulo Jalisco de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. celebró sus primeros veinte años de vida, en una nutrida ceremonia realizada en el patio Los Naranjos del Instituto Cultural Cabañas.

Ante cerca de un centenar y medio de asistentes e invitados especiales, presidió la ceremonia el Presidente del Colegio, el Lic. Ricardo Ríos Ferrer, y el Presidente del Capítulo Jalisco, Mtro. Rodrigo Lazo Corvera, quienes entregaron el Reconocimiento a la Trayectoria Profesional 2016 al abogado Don Héctor González Schmal.

Esta distinción, tiene su origen en una reforma que el Consejo Directivo Nacional tuvo a bien realizar a la reglamentación estatutaria que rige a los Capítulos de la Barra. Uno de los muchos frutos de esta reforma, que entró en vigor el 9 de agosto de 2013, fue la previsión, en su artículo Décimo Sexto, de la posibilidad de que los Capítulos propusieran anualmente el otorgamiento de un reconocimiento a la trayectoria profesional a favor de un abogado, fuera o no mexicano y fuera o no miembro del Colegio, que se hubiese distinguido por sus servicios a la comunidad de la entidad federativa del respectivo Capítulo, en cualquiera de las profesiones jurídicas o en cualquiera de los ámbitos de la creación, aplicación, ejercicio, investigación, enseñanza y divulgación del Derecho.

A pesar de que la normatividad apuntada permite a los Capítulos generar este reconocimiento de manera anual, los dos Comités Directivos más recientes del Capítulo Jalisco se han decantado por la decisión de correr el proceso de forma bianual, con la finalidad de consolidar una tradición que se considera adecuada para dar regularidad y realce a lo que, en el fondo, constituye la finalidad misma del galardón: mostrar a la comunidad jurídica y en particular a las generaciones jóvenes de abogados trayectorias profesionales que identifiquen los modelos de

¹ Profesor de las asignaturas de Teoría General del Proceso y Obligaciones en la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

conducta que la abogacía debe seguir en estos tiempos tan difíciles para la actividad profesional.

Don Héctor González Schmal fue seleccionado para recibir el Reconocimiento, a través de un proceso complejo de varios meses de duración, que involucró al Comité Directivo del Capítulo, al Consejo Directivo Nacional de la Barra, y a la Junta de ex presidentes del Capítulo, quienes coincidieron en estimar la idoneidad del candidato y la pertinencia del reconocimiento.

Don Héctor fue reconocido por su contribución a los diferentes ámbitos de la profesión jurídica: como académico, director de posgrados, abogado postulante, barrista cofundador del Capítulo Jalisco y decano de sus ex presidentes, etc., pero sobre todo, por haber desarrollado una trayectoria jurídica de cinco décadas marcadas por un elemento común y contundente: una coherencia personal y profesional que no ha sido indiferente para todos aquellos que hemos tenido la fortuna de estar cerca de él.

Por esa misma razón, debe saber el lector que el discurso que brindó Don Héctor a los asistentes a la ceremonia, y que a continuación pongo a su disposición mediante su transcripción literal no tiene desperdicio y constituye un testimonio valiente de la situación que vive la profesión en nuestros días, descrita con la claridad que exige la independencia profesional esa virtud que, siendo tan necesaria en los abogados para el buen funcionamiento del sistema de justicia, es ahora tan escasa.

Palabras de Héctor González Schmal en el acto de conmemoración del vigésimo aniversario de la fundación del Capítulo Jalisco de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, celebrado en el Instituto Cultural Cabañas de la ciudad de Guadalajara, el día 8 de septiembre de 2016.

Sr. Lic. Ricardo Ríos Ferrer, presidente del Consejo Directivo Nacional de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados; Mtro. Rodrigo Lazo Corvera, presidente del Capítulo Jalisco de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados; Demás personalidades que nos honran presidiendo este acto;

Agradezco sinceramente a mis queridos amigos y colegas Rodrigo Lazo Corvera, presidente del Comité Directivo del Capítulo Jalisco de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, y a los demás miembros de dicho Comité, así como a los órganos de la dirigencia nacional que dieron su anuencia, la distinción de que me han hecho objeto, y agradezco desde luego las generosas e indulgentes palabras de mi querido amigo Jorge Torres González.

Cumplidas gracias también a mis parientes y amigos foráneos que nos acompañan en este acto, cuyos nombres omito para no incurrir en omisiones involuntarias.

Debo confesar, sin falsa modestia y sí con realismo, que en verdad siento inmerecida la distinción. De hecho, cuando en un primer momento se me planteó la propuesta de incluir mi nombre entre los candidatos a recibir el Diploma de reconocimiento a la trayectoria profesional que confiere al Capítulo Jalisco de la Barra, agradecí y decliné la postulación convencido como estoy de que hay colegas con mayor idoneidad, pero luego obró una especie de afectuosa y soterránea conspiración que me indujo a reconsiderar la decisión, no por haber descubierto de pronto méritos y virtudes personales, sino por considerarlo un deber y porque me brindaría la posibilidad de compartir con tan distinguido auditorio (lo cual haré brevemente, lo prometo) algunas reflexiones sobre la misión del abogado y de una agrupación gremial de la importancia y presencia como la que tiene la Barra a nivel nacional.

Todos estamos al tanto de que en los últimos meses ha hecho crisis un prolongado proceso de grave deterioro de la vida política, económica y social de nuestro país, con diversos grados de gravedad y consecuencias en diversas regiones de la República, que ha recrudecido el desastre de la inseguridad pública creciente, la cantidad de ejecuciones, incluidos presidentes municipales y otros funcionarios públicos, los secuestros, los homicidios dolosos, las desapariciones, la irritante impunidad, etc., ámbito en el que el poder público parece peligrosamente rebasado, o al menos muy limitado en su capacidad de respuesta.

Pero, además, aunque focalizado en ciertas zonas (e independientemente de que el llamado movimiento magisterial disidente rebasa una problemática meramente gremial, pues otros grupos de ideología radical y métodos violentos *per se* sin relación con el magisterio se han montado en causa ajena en busca de réditos políticos y económicos), lo cierto es que en los acontecimientos protagonizados por maestros, estudiantes normalistas y otros grupos de filiación incierta ha campeado una abierta insumisión y desprecio de las leyes tanto por parte de los particulares individualmente considerados u organizados en agrupaciones intermedias, como de algunas autoridades de los tres niveles de gobierno, fenómeno que las últimas semanas ha golpeado con mayor severidad a la capital del país y a algunas entidades federativas, incluidas las tradicionalmente más pobres y marginadas de la vida nacional (con legítimas reivindicaciones históricas nunca satisfechas y que por lo mismo han sido caldo de cultivo del desorden y la violencia), y que, con independencia de la legitimidad que pudieran tener o no las pretensiones exigidas, ha conducido a la gran mayoría de los habitantes de esas regiones y de la sociedad en general a manifestarse harta de tanta violencia y

de las graves consecuencias que en la vida ordinaria y cotidiana de todos ha tenido esa situación. No se trata sólo de pérdidas económicas (lo que de suyo es ya grave), sino del ambiente de inseguridad personal y familiar, de frustración, de inmovilidad, de incertidumbre, de impunidad y de impotencia, con la explicable sensación de la población en general de abandono por parte de quienes debían protegerles y garantizarles una vida tranquila y ordenada y el pleno goce de los derechos humanos fundamentales consagrados en el orden jurídico nacional.

El influjo de este panorama no es ajeno, con la proporcionalidad que se quiera, al Estado de Jalisco ni al resto de la República, y en cualquier caso pone de relieve y cuestiona seriamente la aptitud del derecho normativo para resolver las controversias de manera institucional y pacífica a fin de determinar lo suyo de cada quien, es decir, el *ius* objetivo, y revela una grave ruptura del orden jurídico, no solo por parte de los grupos riosos y violentos, sino de aquellas autoridades competentes que abdican del ejercicio de la potestad pública en el uso oportuno, prudente y proporcional de la fuerza pública para mantener el orden y la paz, o cuando incurren en una aplicación parcial y selectiva de la ley. Los unos actúan sistemática e impunemente y en abierto desafío a la autoridad y las otras se ven rebasadas no obstante los esfuerzos desplegados para el diálogo y la negociación, diálogo y negociación que parecen imposibles cuando la parte beligerante plantea como premisa innegociable (según su propio dicho) la derogación o abrogación, según el caso, de preceptos constitucionales y de leyes positivas en vigor.

Este alejamiento del orden jurídico normativo para la solución de los problemas individuales y colectivos erosiona gravemente la cohesión social. Como decía mi recordado maestro Efraín González Morfín: no hay sistema jurídico capaz de responder a las exigencias y necesidades de la sociedad, sin un mínimo de estima y sometimiento espontáneo y racional al orden normativo, positivo y natural, por un número mayoritario de los miembros de la sociedad. Las sociedades no son más ni menos que lo que somos las personas que las integramos.

Una de las consecuencias obvias de este fenómeno es un sentimiento generalizado en el país de una pérdida de confianza en las instituciones, en mayor o menor grado según la región de que se trate, incluidas naturalmente las encargadas de la procuración y administración de justicia, local y federal, cuya credibilidad es necesario rescatar, tarea y responsabilidad que recaen por igual en autoridades y particulares, y en este último sector especialmente en nuestro gremio profesional.

En Jalisco, debido en parte al reflejo del desencanto generalizado a que me he referido, pero además a nuestra experiencia doméstica de los últimos años caracterizada con un poder judicial sin plena autonomía, con la desafortunada actuación del legislativo en la designación de magistrados muchas veces por cuotas partidistas e intereses creados, con la práctica del nepotismo en la designación de jueces y el opaco e inoperante funcionamiento del órgano administrador y disciplinario del poder judicial (cuya existencia misma se ha venido cuestionando por lo mismo), ha dado por resultado una baja calidad en la impartición de justicia en todas las fases del servicio. Y aunque hace unos días se ha presentado en el congreso local una iniciativa para una reforma integral al Poder Judicial del Estado, lo cual es plausible aunque todavía no podemos ponderar su contenido y valorar su posible efecto en la vida real de nuestra comunidad, hoy por hoy sigue habiendo impreparación de policías, de fiscales y de juzgadores, y lamentablemente también corrupción de algunos de ellos (aunque por supuesto los hay también probos y competentes); falta de recursos; falta de independencia y autonomía real de las funciones; y contaminación política, pero a este deterioro en la impartición de justicia lamentablemente también contribuye, qué duda cabe, la venalidad de algunos abogados (por ventura no muchos) que se vuelven cómplices del personal ministerial y judicial, y en ocasiones en verdaderos socios del cliente y juzgador por igual para compartir los beneficios ilícitos producto de una manipulación de los procesos y de la ley, todo lo cual deviene, finalmente, en una denegación de la justicia, causa eficiente y final del derecho, sobre todo para los menos favorecidos, y agrava el desencanto de la población en nuestro sistema de justicia.

Todas estas situaciones adversas, no son, sin embargo, inmutables, como no lo es el cambio social en otros aspectos de la convivencia humana, cuando los integrantes de la comunidad se proponen organizarse e incidir de diversas maneras en el cambio. Y en el tema de impartición de justicia, es obvio que entre los actores fundamentales e imprescindibles se encuentran los abogados.

Una forma idónea y eficaz para el cambio es justamente la colegiación profesional en agrupaciones como la Barra, dotada de una buena normatividad interna y un sólido código de conducta ética que promueva y facilite todas las formas del ejercicio profesional, sea en la postulancia, la judicatura, la academia, la función notarial o la función pública, comprometidos en serio en la lucha por la seguridad, la justicia y la defensa de los principios del Derecho, el mejoramiento de la administración de justicia y el

decoro y la dignidad de la abogacía con estricto apego a las normas de la moral y del derecho predicadas en el propio Código de Ética.

Particularmente, el abogado litigante, que el maestro Cruz Miramontes (jurista y litigante de primerísimo nivel) caracteriza como aquel que cultiva el derecho y se preocupa no sólo por cumplir sus funciones de representación de su cliente, sino que además lo ayuda a cumplir con sus compromisos y a tomar las decisiones más convenientes, incluso cuando la decisión implica perder un posible asunto que a nuestro parecer no tiene posibilidades razonables de éxito, o incluso porque no le asiste la razón al cliente, tal abogado postulante que está en contacto directo con los tribunales, puede incidir positivamente si asume en serio la exigencia y responsabilidad de dar vigencia práctica a los valores gremiales de la institución sirviendo con lealtad al cliente, al órgano jurisdiccional y a la contraparte: lealtad con el cliente poniendo a su servicio toda su capacidad técnica y absteniéndose de despertarle expectativas indebidas y mucho menos coludiéndose para eludir el cumplimiento de lo que sí le corresponda satisfacer; lealtad con el órgano jurisdiccional contribuyendo con eficiencia, honradez y buena fe a la búsqueda de la verdad; y lealtad con la contraparte para que, sin demérito de una enérgica y bien soportada defensa del interés de su cliente, se abstenga del uso de artificios meramente dilatorios o tendientes a confundir la verdad o a manipular la ley o el proceso.

La Barra debe y puede seguir incidiendo positivamente en el cambio mediante la promoción y saneamiento de la práctica profesional, tarea que será más eficaz cuando culmine positivamente la esperada y deseable reforma constitucional para establecer la colegiación obligatoria. En Jalisco se ha dado un primer e importante paso con la Ley Para el Ejercicio de las Actividades Profesionales del Estado puesta en vigor a principios de año, ordenamiento por cierto muy bien logrado en mi opinión, lo cual no es muy frecuente en los productos legislativos.

Y otro frente que debe fortalecerse con el mismo propósito es la formación y capacitación permanente de los abogados, como ya lo prescriben por igual los fines de la Barra y la citada ley, tarea primeramente a cargo de las universidades y complementariamente de la propia Barra cuyos resultados puedan ser validados por los Entes Certificadores que regula el propio ordenamiento, para beneficio y protección del público destinatario de los servicios jurídicos. Y en esta formación, además de una sólida preparación científica y técnica, debe darse especial importancia a los valores éticos para favorecer la práctica del derecho como virtud moral y medio de servicio al prójimo, y no como simple

oportunidad de obtención de riqueza y honores, aunque por supuesto una equilibrada finalidad económica para la digna subsistencia es desde luego propia y lícita en el servicio profesional.

Confío, pues, que un buen modelo de colegiación obligatoria, una buena regulación legislativa y una participación activa y constructiva de los abogados contribuyan de manera importante al mejoramiento substancial de la administración de justicia, y hago votos porque este festejo del vigésimo aniversario de la fundación del Capítulo Jalisco sea ocasión para renovar seriamente el esfuerzo de nuestro gremio para rescatar la majestad de nuestra noble profesión de abogados al servicio de la sociedad. Muchas gracias.

Fecha de recepción: 23 de octubre de 2016

Fecha de aprobación: 6 de diciembre de 2016

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA