

REFORMAS A LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN LA LEY DEL MERCADO DE VALORES. DECODIFICACIÓN Y MODERNIZACIÓN PENDIENTE

F. Jorge GAXIOLA MORAILA¹

“Cuando despertó, el dinosaurio todavía estaba allí”.

Tito Monterroso
El Dinosaurio

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La SAPI: una SA alternativa aun para fines no bursátiles.* III. *Validez de una reforma a la SA dentro de la LMV.* IV. *Necesidad de revisar el régimen jurídico de la SA.*

I. INTRODUCCIÓN

Es fácil contrastar la velocidad de transformación de las prácticas comerciales con la comparativa lentitud de los cambios sociales y culturales.

En forma similar, es un lugar común la comparación entre el cambio gradual y paulatino de la legislación civil, penal y constitucional, por ejemplo, con la vertiginosa transformación del derecho comercial, emanado durante más de mil años de las necesidades y la innovación de las prácticas mercantiles.

¹ Con un agradecimiento especial a mis amigos Luis Gómez Romero y Alejandro Moreno Morrison por sus importantes aportaciones para la discusión y elaboración de este documento.

Sorprenden en este contexto, tanto la rápida y profunda transformación del sistema jurídico mexicano en los últimos treinta años, como la supervivencia de una normatividad troncal del derecho mercantil con más de setenta años de antigüedad: un *Código de Comercio* de 1890 (publicado en 1889), una *Ley de Títulos y Operaciones de Crédito* de 1932 y una *Ley General de Sociedades Mercantiles* (en adelante, LGSM) de 1934.²

Sergio López Ayllón aporta datos reveladores al respecto.³ Por ejemplo, la Constitución se modificó 193 veces en sesenta y cinco años, entre 1917 y 1982. Aunque como tardía reacción a los cambios del país, entre 1982 y 1996 —es decir, en sólo catorce años— se reformó otras 153 veces, incluyendo los aspectos más sensibles para la vida económica y social. Asimismo, en 1996 existían 204 leyes, de las cuales 107 eran nuevas (publicadas entre 1992 y 1996); 57 fueron reformadas y solamente 40 no sufrieron modificación alguna. Los principales cambios se han concentrado en la actividad económica, la agricultura, el sistema financiero, las operaciones mercantiles, las comunicaciones, los impuestos, la materia electoral y los derechos humanos.⁴

Claro, el derecho comercial ha sido constantemente modificado y ajustado mediante reformas legales, tratados internacionales y criterios jurisprudenciales. Pero el mayor cambio ha operado mediante la expedición de leyes especiales. Los ordenamientos básicos del derecho mercantil han experimentado modificaciones coyunturales, específicas y aisladas más que estructurales. Así, el cambio más pro-

² Modificada 11 veces desde su publicación.

³ López Ayllón constata que “México se ha transformado significativamente en la segunda mitad de este siglo, particularmente en los últimos veinte años”. Entre los elementos reconstituyentes de la sociedad mexicana señala “los cambios en la distribución de la población (de un país rural a uno urbano), en el modelo económico (de una economía cerrada a una abierta), en los patrones de comportamiento político (de una sociedad predominantemente autoritaria a una de pluralidad política relativa), en los niveles de educación, en la generalización de acceso a los medios de comunicación, etcétera”. Sobre esta base, concluye certeramente que “[p]uede suponerse razonablemente que estos cambios en conjunto han generado nuevos modelos de relación social, los cuales tienen un impacto en el ámbito jurídico”. Sergio LÓPEZ AYLLÓN, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 89.

⁴ *Ibidem*, pp. 179 y ss.

fundo de las leyes mercantiles troncales ha sido un adelgazamiento conocido como *decodificación*: la paulatina conversión en derecho supletorio o común de múltiples leyes mercantiles y administrativas especiales que se multiplican rápidamente. José Eduardo Faria muestra que, cuando se da sin orden, este fenómeno es propio de los estados intervencionistas, y produce ordenamientos jurídicos con desorganización que les resta claridad, eficacia y predictibilidad:

En cuanto a la perspectiva formal, el Estado intervencionista promulgó —aunque de forma no sincronizada en términos lógico-formales, materiales y temporales— sucesivas normas de comportamiento, de organización y programáticas. Continuamente interseccionadas, tales normas fueron concebidas para objetivos específicos, circunstancias distintas e intereses en conflicto, de forma que acabaron generando innumerables microsistemas y diversas cadenas normativas en el ámbito del ordenamiento jurídico, cada una de ellas con sus principios y lógicas interpretativas. Por este motivo la tradicional concepción del derecho como un sistema básicamente cerrado, unitario, jerarquizado, axiomatizado, completo, y sin lagunas o antinomias, fue siendo progresivamente sustituida por la de un derecho organizado en forma de red, dado el creciente número de microsistemas y cadenas normativas con sus interrelaciones basales intentando capturar toda la complejidad de la realidad socioeconómica. Mientras que la concepción tradicional hace de la completitud, de la coherencia formal y de la logicidad interna los corolarios básicos del orden jurídico, el sistema en forma de red destaca por la multiplicidad de reglas, por la variabilidad de fuentes, por la ausencia de jerarquías y por la provisionalidad de sus estructuras, que son casi siempre parciales, mutables y contingentes.⁵

El ideal codificador, por el contrario, bien puede resumirse en las palabras de Jeremy Bentham, para quien “todo Estado Político” requiere “un cuerpo de ley omni-compreensivo” [*all-comprehensive*], “practicable” e “indispensable” en aras de la *certeza* y la *claridad* en el conocimiento del derecho que son necesarias para “la mayor

⁵ José Eduardo FARIA, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 109 y 110. Sobre las características atribuidas al ordenamiento desde la concepción del derecho que Faria designa como *tradicional* (fundamentalmente, la *unidad*, la *coherencia* y la *plenitud*), véase la clásica explicación desarrollada en Norberto BOBBIO, *Teoría general del derecho*, trad. de Eduardo Roza Acuña, Madrid, Debate, 1991, pp. 164 y ss.

felicidad del mayor número”.⁶ En el ámbito del discurso jurídico, el Código expresa la alianza entre las doctrinas del derecho natural y la planificación política ilustrada:⁷ a diferencia de las anteriores fijaciones escritas de las normas jurídicas –pongamos por caso el *Corpus Iuris Civilis*–, el proceso codificador no pretende consignar o garantizar la continuidad del derecho existente, sino que tiende a *planear (y disciplinar)* extensamente la sociedad mediante ordenaciones sistemáticas y creadoras.⁸

No es, por lo tanto, casualidad que la pretensión de la codificación fuese concentrar en un solo volumen la totalidad de las normas jurídicas pertenecientes a una misma materia. Evidentemente, además de la concentración material, la codificación presupuso la unidad y armonía lógica interna de dichas normas en cuanto corolarios jurí-

⁶ Jeremy BENTHAM, *Codification proposal, addressed by Jeremy Bentham to all nations professing liberal opinions; or Idea of a proposed all-comprehensive body of law, with an accompaniment of reasons, applying all along to the several proposed arrangements: These reasons being expressive of the considerations, by which the several arrangements have been presented, as being, in a higher degree than any other, conducive to the greatest happiness of the greatest number, of the individuals by whom the community in question is composed; including observations respecting the hands, by which the original draught of a work of the sort in question, may, with the most advantage, be composed: Also, intimation, from the author, to the competent authorities in the several nations and political states, expressive of his desire and readiness to draw up, for their use respectively, the original draught of a body of law as above proposed*, en IBID, *The Works of Jeremy Bentham published under the superintendence of his executor, John Bowring*, Nueva York, Russell & Russell, 1962, vol. IV, § 1, pp. 537-538. Cabe precisar que, en su formulación más simple, el utilitarismo evalúa como moralmente correcta aquella política que genera la mayor felicidad entre los miembros de una sociedad. Esto significa que, en términos generales, los utilitaristas valoran las normas por su contribución a maximizar el bienestar o felicidad promedio del grupo sobre el que serán aplicadas.

⁷ La palabra “código” (del latín *codex*) no es de origen jurídico, sino que se refería originalmente a la verdadera revolución “tecnológica” que significó (a principios de nuestra era) dejar de usar rollos de pergamino y comenzar a usar el formato de numerosos folios (en lo que podía escribirse de ambos lados) encuadernados en un solo tomo o volumen. De ahí se derivó su acepción jurídica al utilizarse para la colección o compilación (encuadernada como *codex*) de leyes anteriormente dispersas en diversos cuerpos legislativos.

⁸ Cfr. Franz WIEACKER, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. de Francisco Fernández Jardón, Granada, Comares, 2000, pp. 303 y ss. Véanse también las reflexiones que, respecto al derecho penal, formula en este sentido Michel FOUCAULT en la cuarta y quinta conferencias recogidas en *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 89 y ss.

dicos de una convicción política subyacente: la idea de que la razón autónoma puede efectivamente construir una sociedad mejor.⁹

Por lo que a este ensayo interesa, frente a las tensiones globales generadas por el desfase entre un proyecto codificador francamente en retroceso y el fenómeno decodificador, cabe valorar *grosso modo* a la relativamente nueva Ley del Mercado de Valores (LMV) como un paso importante en el mejoramiento del régimen jurídico del sector bursátil. En esta ocasión, empero, me interesa analizar solamente su impacto metabursátil; es decir, las posibilidades que ofrece para flexibilizar y mejorar el régimen jurídico de las sociedades anónimas que no tienen acciones inscritas en el Registro Nacional de Valores, especialmente de las que ni siquiera tienen previsto obtener tal inscripción. Dicho en otra forma: quiero revisar someramente su impacto en el proceso decodificador de la LGSM.

De esta acotación surgen tres preguntas: 1. ¿El capítulo I del título II de la LMV correspondiente a la sociedad anónima promotora de inversión (en lo sucesivo, SAPI) es aplicable a empresas que no tienen vocación bursátil a pesar de su ubicación en la LMV? O, en otras palabras, ¿contiene la LMV una reforma implícita a la LGSM y una derogación callada a algunas de sus restricciones? 2. De ser así, ¿es técnicamente válido regular sociedades metabursátiles en una ley cuyo objeto se limita a aspectos relacionados con el mercado de valores? 3. Finalmente, ¿queda satisfactoriamente resuelta la principal problemática del régimen jurídico de la SA en la LGSM?

En las siguientes páginas procuraré responder en forma general a las tres preguntas para establecer: 1. El régimen de la SAPI puede ser aplicable a sociedades sin vocación bursátil; 2. La reforma a la LGSM tácitamente efectuada mediante la nueva LMV es válida; y 3. La existencia de una realidad social mayoritaria de micro, medianas y pequeñas empresas no ha sido considerada en esta reforma tácita, ni en ninguna otra. Dejo para otra ocasión una agenda de moderni-

⁹ Así, en el rigor de su construcción el Código entraña la noble aspiración inscrita en el *supere aude* kantiano, pero al mismo tiempo involucra una forma de dominio maquinal, teñida de uniformidad y generalización. Tal como advierten Theodor Adorno y Max Horkheimer, el ideal ilustrado no conoce límites en la “condescendencia con los amos del mundo”, pero tampoco –tristemente– en la “esclavización de las criaturas”. Max HORKHEIMER y Theodor ADORNO, *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, Rolf Tiedemann (ed.), trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Akal, 2007, p. 20.

zación puntual del régimen de la SA o de las sociedades mercantiles en función de las circunstancias más generalizadas en México.

II. LA SAPI: UNA SA ALTERNATIVA AUN PARA FINES NO BURSÁTILES

A efecto de explicar el alcance de los cuestionamientos que he planteado, en primer término parece pertinente abordar la problemática que pretende resolverse mediante la normalización de la SAPI. Afirmo la Iniciativa de Ley del Mercado de Valores (a la que me referiré sencillamente como *Iniciativa*):¹⁰

Estudios recientes revelan que, en países como el nuestro, la falta de desarrollo de mercado de capital de riesgo se debe a dos fallas en el marco jurídico aplicable. Por un lado, si los potenciales inversionistas carecen de una protección legal adecuada para ejercer derechos, ellos preferirán otorgar préstamos directos a la empresa en lugar de efectuar aportaciones a capital. Por otro lado, la legislación relativa a las sociedades mercantiles contempla una serie de prohibiciones que desincentivan las inversiones de capital de riesgo.¹¹

Más adelante la *Iniciativa* también precisa:

[...] se estima que el capital de riesgo no se ha desarrollado en México debido a [...] la rigidez que la sociedad anónima impone a los esquemas de desinversión.¹²

En respuesta a esta problemática, la LMV crea el “régimen especial” de la SAPI, que provee una vía de escape a las limitaciones del régimen de la LGSM para las SA y una regulación imperativa más adecuada a las prácticas y necesidades actuales. La pregunta que nos hemos planteado es si ese régimen especial puede ser adoptado por cualquier SA o si se reserva para las SA que estén preparándose para

¹⁰ Poder Ejecutivo Federal, “Iniciativa de la Ley del Mercado de Valores”, *Gaceta del Senado*, núm. 103, jueves 31 de marzo de 2005.

¹¹ *Iniciativa*, numeral I, 5o. párrafo.

¹² *Ibidem*, 9o. párrafo.

convertirse en Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión Bursátil (SAPIB) o en Sociedades Anónimas Bursátiles (SAB).

Las implicaciones que se siguen de este planteamiento ciertamente no son triviales. En un extremo, si el régimen de las SAPI se reserva solamente a aquellas SA destinadas a convertirse en SAB, los acuerdos permitidos por la LMV a las SAPI y prohibidos por la LGSM a las SA podrían declararse jurídicamente inválidos cuando una empresa los adopte bajo la forma de SAPI, sin ningún plan ni propósito de colocar sus acciones en la Bolsa.

Según el criterio que sostengo y propongo aquí, la LMV establece un régimen optativo para las SA, con total independencia de si tienen o no vocación bursátil. De ello se sigue que cualquier corporación mercantil puede válidamente adoptar la forma de SAPI y convenir los acuerdos permitidos a ella y prohibidos a la SA, al margen de la colocación bursátil de sus títulos o de los planes que pudieren existir para hacerlo en el futuro. Para sustentar este planteamiento recorro a dos órdenes de argumentos: uno de carácter *literal* y otro de tipo *finalístico*.

1. Argumento literal

Para contestar a la primera pregunta que formulé en la introducción a las presentes notas propongo una aproximación desde el análisis literal, a partir de la cual puede mostrarse que ninguna disposición del capítulo I del título II de la LMV condiciona el régimen de la SAPI a que se planea, proponga o comprometa su tránsito a SAPIB o a SAB. Más aún, el artículo 12 de la LMV establece:

Las sociedades anónimas podrán constituirse como sociedades anónimas promotoras de inversión o adoptar dicha modalidad, observando para ello las disposiciones especiales que se contienen en el presente ordenamiento legal y, en lo no previsto por éste lo señalado en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por otro lado, el artículo 19 de la LMV otorga a la SAPI la posibilidad (en cuanto emplea, precisamente, la forma verbal “podrán”), mas no la obligación ni condición, de inscribir sus acciones en el Registro Nacional de Valores, y convertirse así en una SAPIB. Esta alternativa

de acciones lícitas (una de las cuales excluye la bursatilización de acciones) apoya la validez de que las SAPI opten por nunca inscribir sus acciones y, consecuentemente, jamás convertirse en SAPIB ni en SAB. Aunque parezca evidente, siempre es útil recordar en casos como el que nos ocupa la claridad conceptual que Alf Ross aportara a la teoría del derecho cuando estableciera, a partir de la categorización de las modalidades jurídicas propuesta por Wesley Newcomb Hohfeld, que tanto las conductas *permitidas* (esto es, no prohibidas) como las conductas *libres* (es decir, aquéllas que no están prohibidas ni prescritas) implican que, respecto a la susodicha permisión o libertad, las terceras personas –incluidas entre ellas el Estado– no pueden interponer frente a su titular obstáculos jurídicos.¹³ Así, bajo la vigente LMV, una SAPI no está obligada a colocar sus acciones en bolsa, ni el Estado está facultado a exigirlo.

La lectura *a contrario sensu* del artículo 19-I.b de la LMV constata dicho criterio en tanto ordena que una SAPIB (entiéndase por tal una SAPI que inscribió sus acciones en el Registro Nacional de Valores) pierda su registro si no realiza su colocación bursátil en tres años. De este modo, el régimen de SAPIB se encuentra expresamente condicionado a su orientación y a su desenlace bursátil. De no realizar colocaciones en tres años, el registro se pierde, con lo que pasaría a ser una SAPI, cuyo régimen no está sujeto en la LMV a condición alguna relacionada con el mercado de valores.

2. Argumento finalístico

La conclusión favorable a la validez de la SAPI sin vocación bursátil es apoyada por el propósito de la nueva LMV según se describe en la *Iniciativa*. Dice el último párrafo del numeral I de dicho documento legislativo:

¹³ Existe, sin embargo, una diferencia fundamental entre permisión y libertad. El acto permitido puede encontrarse prescrito. Afirmar que tenemos permitido cumplir con nuestros deberes no resulta totalmente absurdo. En cambio, sostener que gozamos de libertad para cumplir tales deberes involucra un fuerte contrasentido. Cfr. Alf ROSS, *On Law and Justice*, Londres, Stevens and Sons, 1958 (capítulo V) y Wesley NEWCOMB HOHFELD, "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", *Yale Law Journal*, vol. 23, núm. 1, 1913-1914, pp. 28 y ss.

A través del régimen especial de las sociedades anónimas promotoras de inversión, tanto privadas como las que decidan listar sus acciones en bolsa, se impulsará decididamente el desarrollo de la mediana empresa.¹⁴

De este enunciado cabe inferir que es posible que una SAPI se abstenga de adquirir calidad bursátil de manera indefinida. La distinción formulada en la *Iniciativa* entre sociedades "privadas" y aquéllas que "decidan listar sus acciones en bolsa" puede ser aclarada mediante el análisis comparado: los ordenamientos del Reino Unido y la República de Irlanda distinguen entre las llamadas *private companies limited by shares* (identificables por las siglas "Ltd."), cuyos accionistas simplemente responden de las deudas sociales hasta el importe del capital aportado; y las *public limited companies* (reconocibles por las siglas "PLC"), que pueden optar por ofrecer sus acciones en las bolsas de valores y, por tanto, están sujetas a esquemas de capitalización, responsabilidad y publicidad más estrictos que las primeras.¹⁵

3. Objeciones "topográficas" y sistemáticas

Las principales impugnaciones contra la validez de una SAPI privada (es decir, sin vocación bursátil) creada a partir de la LMV son de carácter sistemático y, según una expresión coloquial muy difundida en el foro mexicano, "topográfico". Esta última no es contundente pero sí digna de consideración, ya que el régimen de la SAPI se ubica en la LMV y no en la LGSM, lo que da plausibilidad a la tesis de que todos los artículos de la ley tienen que entenderse de alguna manera vinculados u orientados al mercado de valores.

¹⁴ *Ibidem*, párrafo 16.

¹⁵ En el Reino Unido, los rasgos diferenciadores entre sociedades "privadas" y sociedades "públicas" están desarrollados al día de hoy en las secciones 4 y 755 a 767, inclusive, de la *Companies Act 2006*, aunque la introducción de la denominación *public limited company* en el ordenamiento británico se remonta al año de 1980. Las *private companies* tienen proscrito realizar ofertas públicas de los títulos (*securities*) que expidan, sean acciones (*shares*) u obligaciones (*debentures*). En el caso de la República de Irlanda, la sección 33 de la *Companies Act 1963* define las *private companies* como aquéllas que: a) restringen los derechos de transmisión de sus acciones; b) limitan hasta cincuenta el número de socios, y c) prohíben cualquier invitación al público para suscribir acciones u obligaciones expedidas por la sociedad. El distintivo *public company* fue introducido mediante la *Companies (Amendment) Act* de 1983, cuya sección segunda ordena escuetamente aplicarlo a aquellas compañías que no sean privadas.

El argumento sistemático tampoco me parece terminante pero creo que amerita un análisis mayor. Estriba en que la LMV contiene una definición clara de su objeto: el desarrollo del mercado de valores. Además, incluye un catálogo detallado de los aspectos incluidos en su ámbito material en las ocho fracciones que componen el artículo 10. Ninguna de ellas incluye la regulación de formas sociales ajenas al sector bursátil.

No obstante, considero que a pesar de las consideraciones atendibles en que se fundan ambas objeciones solamente lograrían acusar una falla en la técnica legislativa, seguramente motivada por estrategias (por demás efectivas) orientadas a asegurar viabilidad en el proceso legislativo, sin poder concluirse de ninguna de las dos la invalidez de las normas ubicadas en un cuerpo legislativo no apropiado a su materia. Trataré esta cuestión con mayor detenimiento en el apartado siguiente.

Por el momento, basta dejar establecido que el texto de la ley, la intención revelada en la *Iniciativa* para la SAPI, y la necesidad de flexibilizar el régimen de coinversión, desinversión, gobierno y operación de empresas medianas y grandes no bursátiles, me hacen definirme francamente por la validez de la SAPI sin vocación bursátil. Desde luego, ello no es óbice para dejar de reconocer al mismo tiempo la posibilidad de controversias judiciales al respecto y la necesidad de revisar integralmente la LGSM incorporando en ella, entre otras muchas cosas, un régimen orientado como el de la SAPI.

Sobre tales bases entiendo que el diseño de la LMV para la SAPI se da en la lógica de la decodificación, que desplaza la LGSM y le confiere la calidad de un ordenamiento troncal para todos aquellos aspectos de la existencia societaria no regulados especialmente en las novedosas normas sobre el mercado de valores. El artículo 10. I de la LMV así lo dispone expresamente en cuanto incluye dentro de su ámbito de validez aquellas sociedades mercantiles "que adopten o se constituyan con el carácter de sociedades promotoras de inversión". Esto puede entenderse como una modificación más o menos desarreglada de la LGSM, toda vez que la LMV faculta a la SAPI para realizar actos que las normas societarias generales tienen prohibidos a empresas no bursátiles. Del mismo modo, sin siquiera hacer mención de la LGSM en las disposiciones transitorias, la LMV deroga todas

sus normas relativas a la suscripción sucesiva de capital, que queda ahora sujeta a la normatividad bursátil.¹⁶

III. VALIDEZ DE UNA REFORMA A LA SA DENTRO DE LA LMV

Otra cuestión planteada por la creación del régimen alternativo de la SAPI es el relativo a la validez de disponer normas sobre sociedades mercantiles no bursátiles fuera de la ley de la materia (la LGSM) y por vía de una ley que regula en forma especial el ámbito bursátil (la LMV). Es decir, que podría alguien alegar contra la validez de la normatividad relativa a la SAPI privada argumentando que la regulación de una sociedad mercantil no debe (y, por lo tanto, no puede válidamente) legislarse en la LMV sino que forzosamente (en aras de su validez) debe legislarse en la LGSM o en una ley que tenga como fin reformar o complementar dicha ley. Tal argumento, sin embargo, es inconsecuente jurídicamente, si bien es cierto que apunta a una explicable pero innegable falta de rigor en la técnica legislativa seguida.

La validez formal de una ley federal en México se obtiene, recordemos, de la observancia de ciertas normas explícitas. Por lo tanto, si la LMV fue expedida por la rama legislativa del poder público (el Congreso de la Unión), de conformidad con la distribución de facultades prescrita en nuestra Constitución Política, siguiendo el proceso legislativo prescrito en dicha ley suprema, y conteniendo normas que no contravienen preceptos constitucionales, o tratados de los que México es parte signados en armonía con dicha Constitución, debe considerarse que cumple con los requisitos de validez exigidos por nuestro sistema legal.

La satisfacción de estos requerimientos formales y sustanciales ha sido tradicionalmente considerada suficiente para proveer a una norma jurídica de validez en la práctica del derecho que realizan en forma cotidiana nuestros tribunales, funcionarios y particulares. Echando

¹⁶ Art. 11, LMV. Sobre los efectos perniciosos que generan en el ordenamiento las derogaciones implícitas o tácitas, véase Miguel CARBONELL, "Los objetos de las leyes, los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas", en Miguel CARBONELL y Susana Thalía PEDROZA DE LA LLAVE (coords.), *Elementos de técnica legislativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 217-221.

mano del concepto de *regla de reconocimiento* postulado por H. L. A. Hart, podemos afirmar que el encuadramiento de una norma jurídica en el marco constitucional que he descrito a grandes rasgos es la fuente última de validez del sistema jurídico mexicano, toda vez que está respaldada por el hecho social consistente en la aceptación práctica de dicho marco como criterio supremo de identificación de las normas que conforman el aludido sistema.¹⁷

La buena técnica legislativa, en cambio, solamente *optimiza* la producción normativa del Poder Legislativo y, en su caso, del Ejecutivo.¹⁸ Es un lugar común de la teoría política la recomendación de que las leyes sean claras y entendibles para que las personas a las que se encuentran destinadas puedan cumplirlas.¹⁹ Esta cuestión, empero, incide antes en el ámbito de la *eficacia* que en el de la *validez* de las normas jurídicas. Por tanto, para reconocer una norma válida en el ordenamiento nacional —y me atrevería a decir que así sucede

¹⁷ No está de más apuntar que la regla de reconocimiento hartiana trasciende la mera verificación externa (como la que haría, por ejemplo, un antropólogo) de que cierto uso o hábito social es generalmente aceptado en la práctica como pauta de comportamiento. En términos generales, dicha regla puede definirse como un *enunciado interno* al discurso jurídico —esto es, un enunciado justificativo de los juicios de aprobación o desaprobación que se siguen de evaluar una conducta conforme a una norma jurídica— que aplica un criterio aceptado, pero no expreso, conforme al cual una regla jurídica cualquiera es “válida según los criterios de validez del sistema”. Tal criterio está informado por un componente eminentemente fáctico, referido a la manera efectiva en que son identificadas las normas de un sistema. Véase H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 100-110.

¹⁸ Cfr. Manuel ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, p. 19.

¹⁹ En los albores mismos de la modernidad así fue sugerido, entre otros, por diversos autores de utopías (entendido el término en su sentido positivo, esto es, como *eutopia*, el “buen lugar”). Thomas More refiere que los habitantes de Utopía “tienen muy pocas leyes” puesto que “consideran contrario a todo derecho y justicia que los hombres estén obligados por leyes tan numerosas que no puedan leerlas, o tan oscuras y confusas que no puedan entenderlas”. Tomaso Campanella, por su parte, sostiene que “las leyes de la Ciudad del Sol son pocas, breves, claras y están escritas en una tabla de bronce, colgada de los huecos del templo, es decir, entre las columnas”. Bástenos estos ejemplos emblemáticos para afirmar cierto consenso respecto a que una sociedad justa requiere idealmente un sistema de leyes que cualquier persona pueda entender. Véase, respectivamente, THOMAS MORE, *Utopía*, trad. al inglés de Ralph Robinson, en THOMAS MORE, FRANCIS BACON y HENRY NEVILLE, *Three Modern Utopias*, edición e introducción de Susan Bruce, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 94; y TOMASO CAMPANELLA, “La Ciudad del Sol”, en THOMAS MORE, TOMASO CAMPANELLA y FRANCIS BACON, *Utopías del Renacimiento*, trad. de Agustín Mateos, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 185.

también en la mayoría de los complejos sistemas jurídicos occidentales contemporáneos— no es preciso que se encuentre agrupada con normas afines en códigos cerrados o en cuerpos de leyes, ni que cumpla otros ideales de técnica legislativa (por importantes y útiles que estos sean).

1. Las cuestiones de validez formal de la LGSM y la decodificación de la materia mercantil

En contraste con lo apuntado acerca de la validez formal de la LMV, la LGSM no fue expedida por el Congreso de la Unión siguiendo el proceso legislativo prescrito en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino por el Presidente de la República “en uso de facultades extraordinarias” que, aunque otorgadas por el Legislativo, no correspondían a los supuestos previstos por la Constitución para tal efecto.²⁰ Pese a que se ha alegado que la inconstitucionalidad de origen (debida a las irregularidades arriba descritas) ha sido “subsana” por las reformas posteriores que ha hecho el órgano competente conforme al procedimiento constitucional (pues valida implícitamente la ley reformada),²¹ esto no deja de ser una anomalía en el derecho mercantil mexicano que debe ser remediada por razones de principio; al menos, parafraseando a Ronald Dworkin, para tomar al derecho y a la Constitución *en serio*.

Lejos de solucionar este auténtico *vicio de origen*, la creación de un régimen para una especie de sociedad mercantil (en este caso, la SAPI) en la LMV se sitúa históricamente como una instancia más del proceso de decodificación que ha sufrido de manera paulatina la normatividad mercantil mexicana que alguna vez estuviera concentrada en el Código de Comercio. Por supuesto, este fenómeno de decodificación no ha sido exclusivo de México, pues ha sucedido, según Jorge Barrera Graf, “en todos los países que adoptaron” el Código de Comercio napoleónico, incluyendo a la propia Francia, “patria de origen del primero de ellos”.²²

²⁰ Cfr. Felipe TENA RAMÍREZ, *Derecho constitucional mexicano*, 11a. ed., México, Porrúa, 1972, p. 238.

²¹ Cfr. Walter FRISCH PHILIPP, *Sociedad anónima mexicana*, 4a. ed., México, Oxford University Press, 1996, p. 18.

²² Jorge BARRERA GRAF, *Instituciones de derecho mercantil*, México, Porrúa, 1989, p. 17.

La disipación de las normas mercantiles en diversos textos legales demuestra las limitaciones del ideal codificador que aspiraba a concentrar en un solo volumen toda la normatividad aplicable a una rama del derecho. Esto no significa, sin embargo, que no sea posible diseñar un sistema normativo que, aunque compuesto de diversos cuerpos legales especializados, logre armonizar lógicamente las normas pertenecientes a una rama del derecho como el mercantil. Un ejemplo de ello (pero no necesariamente un modelo a seguir) son las diversas "Leyes Uniformes" (*Uniform Acts*) que existen en Estados Unidos. Además del *Uniform Commercial Code*, la regulación de la materia mercantil está recogida, entre otros cuerpos normativos, en la *Uniform Common Trust Fund Act*, la *Uniform Fiduciaries Act*, la *Uniform Franchise and Business Opportunities Act* o la *Uniform Limited Liability Company Act*, por citar algunos casos.

Las *Uniform Acts* no son leyes en sentido estricto, sino *borradores de ley* que son propuestos a los estados de la Unión por la institución conocida como *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL), cuya sede está situada en la ciudad de Chicago. Integrada por juristas provenientes de la academia, la práctica privada del derecho y la función pública, la NCCUSL carece de competencia legislativa, de modo que las normas que elabora únicamente adquieren validez jurídica en tanto son sancionadas por las legislaturas estatales.

En cuestiones corporativas, justamente, el criterio de la NCCUSL no tuvo éxito. En 1928 la NCCUSL expidió una *Uniform Business Corporation Act* (UBCA) en vista de la buena acogida que habían tenido entre los estados la *Uniform Partnership Act* (primeramente propuesta en 1914) y la *Uniform Limited Partnership Act* (originalmente planteada en 1916). En vista de que sólo cuatro estados adoptaron el régimen sugerido por la UBCA y de la consecuente (y problemática) diversidad en las normas corporativas estatales vigentes durante la Segunda Guerra Mundial, el gobierno federal encomendó a un organismo distinto —el *Committee on Corporate Laws* de la *American Bar Association* (CCL-ABA)— que hiciese, para el caso en que llegara a necesitarse, un proyecto de *Federal Corporation Act*, mismo que fue concluido en 1943. Posteriormente, el mismo nivel de gobierno encargó a la CCL-ABA —en aquel entonces presidida por Millard B. Kennedy— un modelo normativo que pudiese ser adoptado por

los estados. Así nació tres años después (1946) una *Model Business Corporation Act* (MBCA) ampliamente inspirada en la legislación de Illinois.²³ El hecho de que dicha ley modelo haya sido expedida (y sea revisada anualmente) por un organismo distinto al que usualmente expide las *Uniform Acts*, empero, no afecta la coherencia lógica del subsistema jurídico mercantil en tanto que el CCL-ABA suele poner sumo cuidado en mantener el carácter sistemático de sus propuestas.²⁴

2. Importancia de una debida sistematización normativa de las instituciones mercantiles

La dispersión de normas mercantiles que padece hoy en día el subsistema jurídico mercantil mexicano no es un problema meramente de *estética arquitectónica*, sino uno que da lugar a graves problemas de interpretación que generan, a su vez, inseguridad jurídica, riesgos imponderables de litigiosidad e invalidez, costos, prácticas *contra legem* y otros vicios que desalientan el sano desarrollo de la actividad empresarial en México. Esto deriva de que entre más tipos de sujetos prevé el ordenamiento mercantil (sólo en este artículo ya han sido mencionadas la SA, la SAPI, la SAPIB y la SAB), es necesario introducir más normas de tipo secundario para distinguir entre lo que es común y especial en el régimen de cada una de ellas. Normalmente esas reglas secundarias son escasas y escuetas, de modo que no resuelven satisfactoriamente el problema. Además, la compleja estructura regulatoria obliga a los operadores jurídicos a consultar múltiples códigos (que, en estricto sentido, han dejado de ser tales) para averiguar el régimen de una misma figura societaria, hecho que

²³ En respuesta a esta iniciativa, la NCCUSL denominó a su propia propuesta en la misma forma, de modo que durante algún tiempo existieron *dos* MBCA. Finalmente, ante la popularidad alcanzada por la MBCA elaborada por el CCL-ABA, la NCCUSL retiró su ley modelo en el año de 1958. Para un breve recuento histórico de los orígenes de la MBCA es recomendable la lectura de Ray GARRET, "History, purposes and summary of the Model Business Corporation Act", *Business Lawyer*, vol. 6, núm. 1, 1950, pp. vii-xiii.

²⁴ La claridad sistemática de la MBCA fue uno de los objetivos primarios perseguidos por la reforma planteada en 1984, misma que fue sancionada por veinticinco estados. Cfr. Elliot GOLDSTEIN, "Revision of the Business Corporation Act", *Texas Law Review*, vol. 63, núm. 8, 1985, pp. 1472 y ss.

genera incertidumbre respecto al alcance de las normas supletorias. En palabras de Giovanni Tarello:

En el marco de una concepción de la regla jurídica como proposición que une a un sujeto jurídico, es claro que el sistema de reglas jurídicas globalmente más simple es aquel en el que el sujeto es único (y, también, en que los predicados jurídicos son pocos; pero de esto hablaré después). En efecto, si el sujeto es único, el sistema global resulta constituido de manera exclusiva: i) por las definiciones de los predicados; 2) por las reglas que atribuyen o revocan la atribución de cada predicado al sujeto único; y 3) por la posición de los principios que regulan la compatibilidad entre sí de los diferentes predicados. En cambio, si los sujetos jurídicos son muchos, el sistema se complica porque debe contener: 1) las definiciones de las diversas categorías de sujetos; 2) las reglas concernientes a los tránsitos de los sujetos de una a otra categoría; 3) las definiciones de los predicados; 4) las reglas relativas a la conveniencia de cada predicado a cada categoría de sujetos (esto es, un número de reglas igual al número de las reglas del sistema más simple, multiplicado por los tipos de sujeto); 5) las reglas relativas a la compatibilidad de los predicados, pero no en general, sino respecto de cada categoría de sujetos. En otras palabras, donde haya más categorías de sujetos, se necesitan dos tipos de reglas jurídicas más, y dentro de los otros dos tipos de reglas, el número de reglas base debe multiplicarse por el número de categorías de los sujetos.²⁵

El diseño de los ordenamientos también impacta en la interpretación sistemática y finalística, en forma tal que la ubicación legal de las instituciones puede incidir indirectamente en la determinación de sus alcances. Dada la misma estructura del discurso jurídico, los operadores jurídicos tienden a interpretar cada norma considerando los objetivos y principios del ordenamiento al que pertenece (esto es, tienden a instrumentar aquellas formas de interpretación *sistemático teleológica* que Ronald Dworkin ha recogido en la tesis del *derecho como integridad*).²⁶ De aquí que si un tipo no bursátil de SA como

²⁵ Giovanni TARELLO, *Cultura jurídica y política del derecho*, trad. de Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 49 y 50.

²⁶ Sin que ello implique una aceptación de la controversial teoría de la respuesta única —que defiende la existencia de una solución adecuada y correcta a cada caso examinado en el contexto del discurso jurídico—, cabe suscribir el concepto del derecho como integridad en un plano fundamentalmente descriptivo, esto es, con la sola pretensión de apuntar que, en el desempeño de su inevitable labor hermenéutica, los juristas suelen preferir (entre otras razones, por estar dotadas de mayor vigor sistemático) aquellas interpretaciones de

la SAPI se norma en una ley bursátil, se corre el riesgo de que los principios y fines orientados al buen funcionamiento del mercado de valores rijan la interpretación de las normas que regulan dicha forma societaria, ajena a la lógica de las empresas públicas y eventualmente no diseñada para su ulterior colocación bursátil.

IV. NECESIDAD DE REVISAR EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SA

El derecho mercantil mexicano tiene sus raíces en la tradición romano-italiana,²⁷ y su antecedente inmediato en el *Código de Comercio* de Napoleón, cuyas normas también regulan el régimen de las sociedades mercantiles.²⁸ La *Exposición de Motivos* (a la que me referiré en lo sucesivo con las siglas EM) de la LGSM hace alusión expresa a estos antecedentes y reconoce la influencia de “la doctrina extranjera, las leyes y los proyectos de otros países” cuyo pensamiento está conectado

las normas jurídicas que favorecen la comprensión del ordenamiento como un conjunto coherente. Así, es común que gocen de mayor aceptación las interpretaciones que satisfacen los principios normativos que subyacen a las reglas jurídicas, al igual que aquéllas que se inscriben convenientemente en el desarrollo de una tradición jurídica determinada. Para una primera aproximación a la tesis del derecho como integridad, véanse los siguientes textos de Ronald DWORKIN: “No right answer?”, *New York Law Review*, vol. 53, núm. 1, abril de 1978, pp. 1-32; y “How Law is like Literature”, en *IBID, A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 146-166. Para una exposición cabal de la teoría del derecho como integridad, consúltese, del propio autor, *Law's Empire*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986 (en especial, los capítulos VI y VII).

²⁷ Por tradición romano-italiana entiendo aquella *familia* jurídica que, fundada en el derecho romano, fue enriquecida por el desarrollo de la actividad mercantil durante la Edad Media en Italia, como resultado de su estratégica ubicación geográfica y de la reactivación del tráfico internacional de personas y, por lo tanto, del comercio a raíz de las Cruzadas. Sobre el tremendo impulso que recibió la jurisprudencia práctica al amparo de la rica vida económica, política e intelectual que encontró cabida en Italia durante la Edad Media, *cfr.* Franz WIEACKER, *op. cit.*, pp. 51-64. Para una específica explicación sobre la evolución medieval de las instituciones jurídicas mercantiles, véase Harold Joseph BERMAN, *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, pp. 336-355.

²⁸ Joaquín RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ explica en los siguientes términos la vinculación entre la legislación mercantil napoleónica y la tradición jurídica mexicana: “Los diversos tipos de sociedad mercantil que encuentran su consagración en el Código de Napoleón, se reducen a tres, las mismas que, poco después, son acogidas en el Código de Comercio español de 1829 y en el Código de Comercio mexicano de 1854. Se trata de las sociedades colectivas, en comandito y anónima”. *Tratado de sociedades mercantiles*, 6a. ed., México, Porrúa, 1981, t. I, p. 3.

estrechamente a la "cultura jurídica" de la que forman parte "nuestras instituciones legales", como parte del "esfuerzo por conservar todo lo que se ha incorporado a nuestra tradición".²⁹

Quizá esta adhesión dogmática a dicha tradición no haya sido problemática en sí misma y por sí misma bajo el contexto histórico en que se expidió la LGSM, pero hoy se ha convertido en una de las causas de la inoperancia del régimen de la SA mexicana ante las prácticas y los retos, por una parte de la economía global que ha venido a ser dominada por la tradición angloamericana en materia de corporaciones e inversiones; y por otra parte de la actividad comercial local que representa la mayor parte de la actividad económica y, porcentualmente, casi la totalidad de las empresas mercantiles.

1. Encuentro de tradiciones jurídicas en las grandes coinversiones: Local vs. Global

Según se desprende de la EM, cuando fue expedida la LGSM ya se hacía sentir en México la presión que ejercía la tradición angloamericana,³⁰ particularmente por lo que se refiere a la regulación de la SA.³¹ No obstante, el Ejecutivo optó "por conservar en lo básico la estructura rígida que da a la [sociedad] anónima el Código de Comercio", desechando el "marco jurídico mucho más flexible" (de influencia "anglosajona"),³² que se reconocía "como adecuado para lograr [...] un rápido desenvolvimiento de las compañías por acciones".

²⁹ "Exposición de motivos" de la LGSM (1934), en *Legislación mercantil*, México, Andrade, vol. I, pp. 349-350.

³⁰ Bajo la expresión tradición anglo-americana incluyo a la familia jurídica originada en el *Common Law* inglés y enriquecida por su desarrollado en los países de la *Common Wealth* británica y en Estados Unidos.

³¹ Dice la EM que, "[e]l Ejecutivo no pudo ignorar el sentimiento de recelo, de desconfianza, justificado por la experiencia, con que grandes sectores sociales miran este tipo de corporación [la SA]"; dado lo cual "aunque a primer vista parezca injustificado" la LGSM no adoptó "como base de su sistema los principios que especialmente en las leyes anglosajonas han hallado amplio reconocimiento y aceptación", mismos que inclusive habían inspirado "el proyecto de la Secretaría de Industria de 1929" (*cit.*, p. 350).

³² Se refiere a la tradición jurídica que hemos denominado angloamericana. Para una explicación de por qué no es acertado denominar "anglosajón" a dicho derecho, véase Edward JENKS, *The Book of English Law*, 5a. ed., Londres, John Murray Publishers, 1953, pp. 9-12.

A primera vista parece desafortunada la decisión de adoptar un esquema rígido en las leyes mercantiles, toda vez que constriñen la dinámica y la innovación comercial que operan bajo el principio liberal de la autonomía de la voluntad. No obstante, dentro del ámbito societario debemos tener cuidado. Hay circunstancias en que la flexibilidad y un amplio margen de libertad contractual no son virtudes en sí mismas de los ordenamientos jurídicos. Por lo contrario, es posible justificar, hasta cierto nivel, el carácter imperativo y rígido de las leyes aplicables a corporaciones, pese a que implique importantes restricciones a la libertad contractual en una materia eminentemente privada. Una regulación adecuada de las cuestiones societarias exige, como sugiere al analizar la legislación francesa en la materia Yves Guyon, encontrar un punto medio entre "una reglamentación excesivamente protectora" y "las aspiraciones de un liberalismo excesivo".³³ En la doctrina mexicana, Walter Frisch Philipp considera en términos parecidos que la rigidez de nuestras normas sobre sociedades está encaminada a "lograr cierta seguridad para los accionistas", en vista de lo cual se muestra favorable a que aquéllas tengan carácter imperativo, limitando así la autonomía de la voluntad de las partes.³⁴

Esto responde a que la organización y el funcionamiento de las empresas producen "externalidades" que no sólo afectan a quienes acuerdan el contrato social o determinan la voluntad corporativa a través de sus órganos, sino que además tienen implicaciones sobre diversidad de otros actores que requieren información y cierta protección de sus intereses legítimos ahí donde éstos se entrecruzan con la actividad societaria.³⁵ En esa tesitura, Walter Frisch Phillip

³³ Yves GUYON, *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5a. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002, p. 445.

³⁴ Walter Frisch PHILIPP, *op. cit.*, p. 20.

³⁵ En teoría económica, las *externalidades* son aquellas acciones realizadas por un actor social que producen efectos en otro agente respecto a los cuales este último no paga ni es pagado. Los economistas distinguen entre externalidades que tienen consecuencias beneficiosas (positivas) y externalidades que tienen consecuencias perjudiciales. Por ejemplo, una empresa que contamina el aire impone una externalidad negativa a todas las personas que lo respiran. En cambio, un apicultor genera una externalidad positiva respecto al manzano contiguo, puesto que, debido a la polinización, cuanto mayor es el número de abejas, más manzanas produce el manzano. Véase Joseph STIGLITZ, *La economía del sector público*, trad. de María Esther Rabasco y Luis Tohaira, Barcelona, Antoni Bosch, 1992, pp. 229 y ss.

critica la concesión demasiado amplia que el legislador del *Código de Comercio* de 1884 hizo a favor de la autonomía de la voluntad de los particulares, comentando:

[...] esta amplia libertad nos parece en nuestros días casi incomprensible debido a que estamos acostumbrados a que el creador de reglamentaciones legales sobre la sociedad anónima se sirva, en cuanto a las competencias de sus órganos, de normas imperativas y limita así, en ciertos puntos, la libertad de las partes en forma estricta, como debe corresponder a todo principio protector relativo a sociedades de capitales, cuyas acciones circulan rápida y fácilmente, de lo cual resulta la obligación del legislador de proteger a adquirentes futuros de acciones, contra normas estatutarias perjudiciales a tales adquirentes. De ello se dio cuenta el legislador moderno y creó un gran número de normas imperativas.³⁶

Con un espectro más amplio, Adela Cortina resume las instancias afectadas por las reglas corporativas en el siguiente cuadro:³⁷

| <i>Grupos</i> | <i>Interés</i> |
|--|---|
| <i>Internos</i> | |
| Socios y accionistas (presentes y futuros) | <ul style="list-style-type: none"> • Beneficio e incremento del valor de la empresa • Rentabilidad y liquidez de las inversiones • Transparencia de las operaciones y proyectos • Participación y control de la gestión |

³⁶ Cfr. Walter Frisch PHILIPP, *op. cit.*, p. 15. La acotación formulada por Frisch Phillip cuenta con un amplio respaldo en el derecho comparado. En la República Federal Alemana, verbigracia, los estatutos sociales de una SA sólo pueden apartarse de las provisiones legales en la materia cuando así se permite expresamente en la misma ley (*Aktiengesetz*, § 23, párrafo 5). De manera similar, en el ámbito español el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que los estatutos sociales no deben oponerse a las leyes ni contradecir "los principios configuradores de la sociedad anónima" (artículo 10).

³⁷ Adela CORTINA, *Ética de la empresa*, Madrid, Trotta, 2000, p. 134.

| <i>Grupos</i> | <i>Interés</i> |
|-----------------|--|
| Directivos | <ul style="list-style-type: none"> • Poder de decisión y control: capacidad de gestión • Influencia, prestigio e ingresos • Desarrollo de las ideas y capacidades propias • Maximizar el valor de la empresa |
| Trabajadores | <ul style="list-style-type: none"> • Salario, prestaciones sociales, seguridad, higiene y salud laboral • Seguridad en el puesto de trabajo • Promoción profesional y humana • Capacidad de interlocución: participación |
| <i>Externos</i> | |
| Clientes | <ul style="list-style-type: none"> • Calidad y justa relación calidad-precio • Información veraz y clara sobre los productos y servicios • Garantía de la integridad, seguridad y salud de los consumidores, usuarios y clientes • Servicio posventa |
| Proveedores | <ul style="list-style-type: none"> • Aceptación de los principios de libre mercado • Capacidad de pago • Información clara de las posibilidades comerciales • Respeto de las marcas y de la propiedad industrial |
| Competidores | <ul style="list-style-type: none"> • Respeto a las reglas de la libre competencia • Reciprocidad de las relaciones • Cumplimiento de los compromisos • Cooperación en las diferentes políticas empresariales |

| Grupos | Interés |
|--|---|
| Comunidad: - entorno - estado - sociedad en general | <ul style="list-style-type: none"> • <i>Legales</i>: obligaciones fiscales, cumplimiento de la legislación vigente • <i>Sociales</i>: contribución positiva al desarrollo económico y al empleo. Colaboración activa con las instituciones sociales, culturales y científicas • Respeto por los valores morales, tradicionales y religiosos • <i>Medioambiente</i>: cuidado, respeto y mejora del medioambiente |

Visto así, no estamos ante un dilema maniqueo que opone una *flexibilidad virtuosa* contra una *imperatividad perversa*, sino frente a un reto prudencial—como el sugerido por el anteriormente citado Yves Guyon—de balances, controles y efectos netos que brinde protecciones a los interesados con la menor rigidez posible y con el más amplio ámbito de libertad contractual compatible con tales protecciones.³⁸ De esta suerte, el problema medular de la LGSM no es la rigidez, sino la obsolescencia y su consecuente divorcio de las prácticas mercantiles medianas y grandes, principalmente de las internacionales.

Creo que si la rigidez no es perversa en sí misma, sí lo es la circunstancia de que las leyes se hagan y mantengan sin consideración suficiente a la realidad que las supera. Así, nuestra LGSM sale mal librada y deviene en inefectiva y, por ende, en riesgosa. Cabe encuadrar en este sentido a dicho texto legal dentro de las desfavorecedoras circunstancias descritas por Gerardo Pisarello:

De esta manera, los Estados acaban subordinados a una suerte de constitucionalismo mercantil global, no dirigido a controlar a los poderes, sino más bien a liberarlos, elevando a una serie de intereses corporativos a *Grundnorm* del ordenamiento internacional. Este fenómeno, a su vez, se traduce en una degradación del derecho oficial, que debe coexistir con un derecho no oficial dictado por múltiples legisladores fácticos. Éstos, merced a su poder

³⁸ Yves GUYON, *op. cit.*, pp. 299-300 y 445-447.

económico, acaban transformando lo fáctico en norma, disputándole al Estado el monopolio de la violencia y del derecho.³⁹

Así lo reconoce también la iniciativa presidencial de la LMV:

[...] ante la falta de un régimen especial como el que esta Iniciativa contempla, los inversionistas y 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.⁴⁰

Dado que sostenemos que la forma de SAPI puede adoptarse por cualquier empresa, aun sin vocación bursátil, la LMV permite resolver esa obsolescencia e ineffectividad riesgosa a través de una reforma estatutaria o de un contrato social (de SAPI) bien diseñado. Por eso constituye—con independencia de los defectos en su instrumentación legislativa—un avance positivo en el régimen de las coinversiones en México.

Como es sabido, los criterios de “gobierno corporativo” adoptados en la LMV para la SAB, para la SAPIB, para la SAPI y para otros participantes en el mercado de valores, se nutren de algunas prácticas anglo-americanas y globales, pero no implican una apuesta a la flexibilidad sin más. Para la SAPI hay aspectos de autonomía de la voluntad que se amplían, en forma afortunada, en mi opinión, y otros que la LMV restringe con buen juicio. De esta manera, la LMV establece para la SAPI mecanismos más modernos, operativos y efectivos de protección de las diversas instancias interesadas en el funcionamiento social y de control operativo de la empresa, que los previstos en la ya septuagenaria y adelgazada LGSM. Al mismo tiempo, permite pactos establecidos en la práctica comercial y que favorecen la captación y conservación de inversiones.

Por ejemplo, la LMV establece reglas modernas de gobierno corporativo para las SAPI,⁴¹ les permite que adquieran sus propias

³⁹ Gerardo PISARELLO, “Globalización, constitucionalismo y derechos. Las vías del cosmopolitismo jurídico”, en Miguel CARBONELL y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 247.

⁴⁰ *Iniciativa*, numeral I, párrafo 13.

⁴¹ Art. 16, LMV.

acciones,⁴² impongan restricciones convencionales a la transmisión de acciones; establezcan causales de exclusión o separación de socios; establezcan causales de amortización de acciones a cierto precio; incluyan acciones sin derecho a voto, acciones con derechos no económicos, acciones con un régimen especial de dividendos o acciones con veto; dispongan mecanismos “de salida”; así como que limiten o regulen la responsabilidad de consejeros y directivos; entre otros elementos expansivos de la libertad contractual en el sentido de las prácticas observables globalmente en las coinversiones grandes y medianas.⁴³ La LMV establece para las SAPI mayores protecciones a las minorías,⁴⁴ y les permite adoptar las formas de gobierno, vigilancia y control de prácticas societarias propias de las SAP.⁴⁵ Además, otorga validez y regula acuerdos entre los accionistas que establezcan reglas temporales de no competencia; opciones de compra o venta respecto a determinados accionistas o a favor de alguno de ellos y acuerdos para el ejercicio del derecho de voto de los conocidos como “sindicatos de acciones”.⁴⁶ De esta manera, el régimen de la SAPI legitima y regula diversas prácticas comerciales e internacionales prevalecientes con un enfoque de regulación realista y no inhibitorio de la inversión.

2. La situación de la mayoría de las empresas mexicanas: complejidad vs. sencillez

Espero haber demostrado suficientemente la pertinencia de una reforma legislativa en la materia tras sugerir una comparación entre la LGSM y la práctica global, internacional y la de las grandes o medianas coinversiones. Pero, ¿qué pasa con las pequeñas empresas y qué tan importante es considerarlo?

El esquema de la SA en la LGSM es demasiado complejo, formal y costoso para las micro, pequeñas y medianas entidades comerciales (MIPYMES). Sin embargo, es la forma social más usada inclusive por ellas... con resultados muy poco satisfactorios. Las SAPI, por su

⁴² Art. 17, LMV.

⁴³ Art. 13, LMV.

⁴⁴ Art. 16, LMV.

⁴⁵ Art. 15, LMV.

⁴⁶ Art. 16, LMV.

parte, resultan una solución todavía más compleja y cara o inaccesible a los problemas de la gran mayoría de las sociedades mercantiles mexicanas (MIPYMES), a pesar de su importancia y de su carácter prioritario en las políticas públicas.

No es un secreto que las MIPYMES constituidas como SA suelen no emitir títulos accionarios, no cubrir el capital social, no hacerlo debidamente o hacer aportaciones sin reconocerlas en él, no llevar libros ni registros, no levantar actas de asamblea, celebrar sesiones no convocadas o indebidamente convocadas, no contar con órganos de vigilancia efectivos, o no generar ni publicar información financiera, entre otras faltas que podrían enunciarse. Este problema es de orden económico y cultural, pero en la esfera jurídica implica un riesgo de invalidez de múltiples actos jurídicos y de inseguridad y litigiosidad en el comercio, dada la rigidez del régimen de la SA y de su excesiva carga regulatoria para MIPYMES.

De acuerdo con su EM, la LGSM tiene el “propósito de que la [sociedad] anónima sea un tipo al que acudan únicamente las empresas de importancia”. Por “empresas de importancia” la EM se refiere a empresas grandes (en cuantía de capital) y bien establecidas, lo cual excluye a las micro y pequeñas empresas (MIPYMES). En la intención declarada del órgano legislativo, se adicionó en la LGSM la sociedad de responsabilidad limitada (SRL) para empresas medianas. Las micro y pequeñas empresas no figuran en el mapa de la LGSM, aunque aparecen con creces en los frecuentemente olvidados territorios de la realidad: con base en información del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), se estima que las MIPYMES constituyen el 99% del total de unidades económicas del país, representan alrededor del 50% del PIB y contribuyen a generar más del 70% de los empleos en México.⁴⁷

Obviamente la SAPI, en cuanto modalidad societaria, no resuelve ni mitiga este problema. Sin embargo, esta situación no constituye una crítica al régimen de las SAPI, orientado a empresas medianas y grandes captadoras de inversión institucional y global. Más bien es un llamado a establecer y fomentar el uso de formas societarias

⁴⁷ Poder Ejecutivo Federal, “Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012”, *Diario Oficial de la Federación*, t. DCXLIV, núm. 22, jueves 31 de mayo de 2007, p. 43 (Economía y finanzas públicas; Objetivo 5; Estrategia 5.6, 2.6: “Pequeñas y medianas empresas”).

sencillas de operar para las micro y pequeñas empresas, y reservar la SA para corporaciones medianas y grandes con cierto grado de pulverización de su capital y de movilidad de acciones.⁴⁸ Es probable que por inercias de los operadores jurídicos más que por razones legales, prácticamente todas las sociedades en México adoptan la forma de SA.⁴⁹ En este sentido, Víctor Manuel Castrillón y Luna describe el panorama corporativo mexicano bajo los siguientes términos:

[...] de los seis tipos de sociedades mercantiles que reconoce la ley, solamente tiene operación real la normatividad relativa a la sociedad anónima, porque las sociedades de personas —como la colectiva y la comandita simple y aun las intermedias como la comandita por acciones— ya no son utilizadas, y la sociedad de responsabilidad limitada, que creemos que podría ser muy útil para la pequeña y mediana empresa, la cual según los datos del INEGI representa el 98% de las entidades del país, también se encuentra en franco proceso de desaparición en la realidad corporativa nacional [...].⁵⁰

Castrillón considera que la sociedad de responsabilidad limitada [SRL] “es salvable” siempre que se establezcan “mayores requisitos de carácter económico para la formación de sociedades anónimas, tal y como se resolvió eficazmente en Alemania”.⁵¹ La *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH) —equivalente a nuestra SRL—, en efecto, es la forma societaria más extendida en aquel país, y acoge todo tipo de organizaciones: desde clubes deportivos hasta agrupaciones profesionales e incluso religiosas.⁵² El atractivo de la GmbH reside en su enorme flexibilidad, pero también en la exigencia de un

⁴⁸ La mayoría de las MIYPIMES son prácticamente unipersonales. Llama también la atención ver que las grandes empresas públicas en México están muy concentradas. De acuerdo con la investigación realizada recientemente por Leopoldo EGGERS (publicada en la revista *Líderes mexicanos* de abril de 2007) respecto a 131 grandes empresas (SAB muchas de ellas), 72.8% de sus capitales están bajo el control de una misma entidad.

⁴⁹ Por ejemplo, según información del SAT, en el municipio de Monterrey están inscritas 8 sociedades de nombre colectivo, 5 de comandita simple, 3 649 sociedades de responsabilidad limitada y 91 951 sociedades anónimas.

⁵⁰ Víctor Manuel CASTRILLÓN LUNA, “El derecho mercantil ante los retos de la globalización”, en Elvia Argelia QUINTANA ADRIANO, *Panorama internacional de derecho mercantil*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, t. I, p. 307.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Gerhard WIRTH, Michael ARNOLD y Mark GREENE, *Corporate Law in Germany*, Munich, C. H. Beck, 2004, p. 3.

capital mínimo que alcanza únicamente los veinticinco mil euros.⁵³ En contraste, la *Aktiengesellschaft* (AG) —esto es, la SA— está planteada como la forma social *ad hoc* a las grandes empresas, esto es, aquéllas que pueden constituirse con un capital mínimo de cincuenta mil euros.⁵⁴

La AG también es sumamente exigente desde el punto de vista organizativo, lo cual desestimula a las pequeñas y medianas empresas para adoptar esta forma social.⁵⁵

En sentido similar tenemos propuestas más recientes como las de Rodolfo Gómez Alcalá, para quien:

Uno de los temas pendientes de nuestra legislación mercantil, consiste en plantear nuevamente la necesidad de elevar los requisitos para la constitución de ese tipo de sociedades, de tal forma que las restantes formas sociales, vuelvan a ocupar su lugar, y que se reconozca y se haga efectiva, la responsabilidad subsidiaria o solidaria de los socios en algunos tipos de sociedades. Lo anterior, debido a que los mínimos elementos que ahora se exigen, sólo han permitido el que se formen sociedades, sin su adecuada estructura de capital, en el solo perjuicio de las personas por las que realizan actos jurídicos y únicamente para evitar el principio establecido en nuestro artículo 2964 del Código Civil Federal, de que los deudores respondan con todo su patrimonio del cumplimiento de sus obligaciones.

[...]

También y por lo que toca a la sociedad anónima, la que sin duda, es la más utilizada en el país, ya resulta indispensable la creación de una ley particular, en donde se actualicen los procedimientos para su constitución; el mayor desarrollo de los derechos de minoría, las facultades de los órganos sociales; la posibilidad de reconocer la existencia de diferentes tipos de acciones, además de los ya existentes; así como procedimientos ágiles y sencillos para resolver controversias entre los accionistas y entre éstos y los órganos sociales. En todo caso, resulta necesario que en este tema, se reconozca y se dote de mayor autonomía al funcionamiento de estas sociedades y se simplifique sus trámites.⁵⁶

⁵³ *Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, § 5, párrafo 1.

⁵⁴ *Aktiengesetz*, § 7.

⁵⁵ Gerhard WIRTH, Michael ARNOLD y Mark GREENE, *op. cit.*, pp. 63-67.

⁵⁶ Rodolfo Vidal GÓMEZ ALCALÁ, “Derecho mercantil mexicano”, en Juan Federico ARRIOLA y Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *El derecho desde sus disciplinas*, México, Porrúa, 2007, pp. 391 y 392.

3. Sensibilización respecto de intereses adicionales al mero lucro

En el contexto de la economía global, la transición del siglo XX al XXI trajo cambios en la cultura empresarial.⁵⁷ La cultura dominante hasta después de mediados del siglo pasado afirma que el deber de la empresa de capitales es estrictamente la creación por medios lícitos de “valor” (ganancias) para los inversionistas que encomendaron sus recursos a la empresa explícitamente con ese fin y no otro, con lo cual la empresa está ya brindando una serie de servicios a la sociedad: entre otros, la creación de empleos; la oferta de bienes y servicios; la competencia de precios y la calidad a favor del consumidor; el pago de impuestos o la creación de dividendos para inversionistas. Esta postura ha tenido como principal paladín al economista Milton Friedman, a partir de la publicación en 1970 de su controversial ensayo titulado “The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits” (*La responsabilidad social de los negocios consiste en incrementar sus beneficios*).⁵⁸ Friedman ha dicho:

Pocas tendencias podrían socavar tan ampliamente los mismísimos fundamentos de nuestra sociedad libre como la aceptación por parte de oficiales corporativos de una responsabilidad social que no sea la de hacer tanto dinero para los accionistas como sea posible. Esta es una doctrina fundamentalmente subversiva.⁵⁹

Por otro lado, también a principios de la década de los setenta comenzó a desarrollarse una contra-corriente de ética empresarial en el seno de organismos como la Cámara de Comercio de Estados Unidos. Conforme a dicha tendencia –en palabras de Adrian Cadbury– “las compañías deberían considerar reestructurar sus objetivos,

⁵⁷ Para una exposición del desarrollo y diversas posturas sobre estas cuestiones, véase Norman P. BARRY y Dennis P. MCCANN, “Controversy: Do Corporations Have Any Responsibility Beyond Making a Profit?”, *Journal of Markets & Morality*, vol. 3, núm. 1, primavera de 2000, pp. 100-126. Para una brevisima introducción y una postura equilibrada del debate, véase Adrian CADBURY, *Corporate Governance and Chairmanship: A Personal View*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 156-158.

⁵⁸ *The New York Times Magazine*, septiembre 13 de 1970, pp. 33 y 122-126.

⁵⁹ Milton FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, p. 133.

de manera que las metas sociales sean puestas a la par con metas económicas”.⁶⁰

Uno de los argumentos que se han esgrimido para esta responsabilidad es el goce que las sociedades de capitales (como la SA) tienen de ciertos privilegios, entre los que destaca la limitación de la responsabilidad que les es otorgada por la ley, y protegida por los órganos del gobierno. También es de destacarse que esta fue una manera de ofrecer una alternativa a la tendencia que en aquella época hubo en Estados Unidos de regular más estrictamente a las corporaciones de capitales mediante la legislación del poder público.⁶¹

En un plano más inmediato y práctico y desde un análisis de congruencia y eficiencia, Adela Cortina ha dicho que las empresas que lucran sin seguir orientaciones morales implican una contradicción conceptual y pragmática:

Porque si, por una parte no queremos ser héroes, por otra, las empresas no siguen orientaciones morales y, por último, se pide a las personas que trabajan en ellas que obren moralmente, la situación es insoluble. La única solución razonable consiste en remoralizar la empresa, recordando cuáles son los fines que le dan sentido y la legitiman socialmente, y adaptando su funcionamiento y su estilo –su carácter– a tales fines. Entonces quienes trabajan en ella podrán actuar moralmente sin ser héroes ni mártires.⁶²

Sobre esta base se orientan las reglas de gobierno corporativo promovidas por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en el mundo,⁶³ por el Consejo Coordinador Empresarial en México⁶⁴ y, en cierta medida, por las reformas corporativas contenidas en la LMV, para empresas grandes, y en el resto de las leyes aplicables al sistema financiero. Pero no en la LGSM, hija de otro tiempo y de otro entendimiento del quehacer empresarial.

⁶⁰ Adrian CADBURY, *op. cit.*, p. 156.

⁶¹ Norman P. BARRY y Dennis P. MCCANN, *op. cit.*, p. 108.

⁶² Adela CORTINA, *op. cit.*, p. 85.

⁶³ Véase el documento, elaborado por múltiples autores, que lleva por título *Corporate Governance: Improving Competitiveness and Access to Capital in Global Markets: A report to the OECD, by the business sector advisory group on corporate governance*, París, Organization for Economic Cooperation and Development, 1998.

⁶⁴ Véase el Código de Mejores Prácticas Corporativas, difundido por el CCE en 2006.

La responsabilidad o, si se prefiere, la orientación moral de las empresas, no depende exclusivamente de su marco legal. Sin embargo, contribuiría a fomentarla un régimen de las SA en el que se también se cuente con un enfoque moderno y se cuide con mayor efectividad el balance de intereses internos y externos de las corporaciones. Razón de más para modernizar la LGSM.

El cambio social depende más de la evolución y calidad de los operadores jurídicos y de cambios culturales y sociopolíticos que de los textos legales;⁶⁵ pero no son pocos los incentivos de cambio social que pueden establecerse con leyes bien diseñadas para normar una realidad tomada en serio, y orientadas en función de ideales del que-hacer empresarial que nos hacen buena falta. No está de más recordar a modo de conclusión las palabras de Amartya Sen, para quien:

Los individuos viven y actúan en un mundo de instituciones. Nuestras oportunidades y perspectivas dependen sobre todo de las instituciones que existen y de cómo funcionan. Las instituciones no sólo contribuyen a aumentar nuestra libertad, sino que su papel puede evaluarse de manera razonable a la luz de su contribución a aumentarla [...]

El mecanismo de mercado, que despierta pasiones tanto a favor como en contra, es una institución básica por medio de la cual los individuos pueden interrelacionarse y realizar actividades mutuamente ventajosas. Desde esta perspectiva, es muy difícil ver cómo puede haber alguien razonable que esté en contra del mecanismo del mercado como tal. Los problemas que surgen

⁶⁵ “En suma”, apuntan al respecto Sergio López Ayllón y Héctor Fix-Fierro: “Tenemos la impresión de que los ‘cuellos de botella’ que enfrenta actualmente el Estado de derecho en México residen menos en las deficiencias de su infraestructura jurídica y más en la carencia del apoyo social básico que requiere para funcionar. Tal apoyo no existe en la cultura jurídica externa, principalmente debido al predominio de los intereses de grupos y redes sociales por encima de los derechos, valores y méritos del individuo. Igualmente, hay una incipiente pero insuficiente internalización del significado y las consecuencias del Estado de derecho en la práctica social. Al mismo tiempo, observamos que los agentes sociales encargados de la operación de la infraestructura jurídica (abogados, jueces y otros funcionarios públicos) son, en su gran mayoría, producto del sistema vigente. En consecuencia, no tienen incentivos suficientes para facilitar el cambio y para actuar en un entorno más exigente. Y cuando tales incentivos existen, los grupos profesionales respectivos carecen, ya sea de la ‘masa crítica’ necesaria para sostener el proceso de cambio, o de una perspectiva clara de la dirección y el significado de las transformaciones”. Sergio LÓPEZ AYLLÓN y Héctor FIX-FIERRO, “¡Tan cerca, tan lejos! Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-2000)”, en Héctor FIX-FIERRO, Lawrence M. FRIEDMAN, y Rogelio PÉREZ PERDOMO (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 505.

se deben a otras causas –no a la existencia de mercados *per se*–, y entre ellas se encuentran la insuficiente preparación para hacer uso de las transacciones de mercado, la ocultación de la información sin que nada lo impida o la realización de actividades sin regulación alguna que permiten a los poderosos aprovechar su ventaja asimétrica. Estos problemas tienen que resolverse no suprimiendo los mercados, sino permitiendo que funcionen mejor, más equitativamente y complementados con otras instituciones. Los resultados generales del mercado dependen casi en su totalidad de las instituciones políticas y sociales.⁶⁶

⁶⁶ Amartya SEN, *Desarrollo y libertad*, trad. de Esther Rabasco, México, Planeta, 2000, pp. 178-179.