

BOLETÍN 27

	EDITORIAL	2
CORPORATIVO	ARTÍCULO 141 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES	3
	LAS SOCIEDADES UNIPERSONALES EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES	5
FISCAL	OBLIGACIÓN SOLIDARIA FISCAL EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS MORALES	7
PROPIEDAD INTELECTUAL	CREACIÓN DE LA SALA REGIONAL EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	10
ADMINISTRATIVO	REFORMAS Y ADICIONES A LA LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO	11
AMBIENTAL	APROVECHAMIENTO DE ENERGÍAS RENOVABLES Y TRANSICIÓN ENERGÉTICA	12
ARBITRAJE	ARBITRABILIDAD EN MÉXICO EN MATERIA DEL CONSUMIDOR	14
PENAL	REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL	16
ENSAYO	LOS BANCOS Y LA CRISIS ECONÓMICA	18



VON WOBESER
Y SIERRA

Editorial

2

VON WOBESER Y SIERRA

Terminado el primer trimestre del año, es innegable que la crisis económica mundial ha afectado significativamente a México. El impacto real de la crisis ha sido mayor al anunciado o esperado por el gobierno. Si bien se dice que la crisis no fue generada en México, los efectos de la globalización y la interdependencia financiera han provocado que México también sea parte de esta crisis. En fecha reciente se comunicaron las cifras de desempleo en México: en el mes de febrero de 2009 la tasa de desempleo alcanzó el 5.3% de la población económicamente activa, esto es, la mayor tasa de desempleo desde septiembre de 1996.

La industria automotriz y la industria de la construcción han sido algunas de las más afectadas, tanto a nivel mundial como a nivel nacional. Asimismo, la falta de recursos y financiamiento ha provocado que la demanda de bienes se haya reducido a niveles no vistos desde finales de la Segunda Guerra Mundial. Las empresas, sin importar su giro o actividad, están cortando gastos y, como medida primaria, están reduciendo su planta laboral o, en el mejor de los casos, limitando las jornadas de trabajo y las prestaciones otorgadas a los trabajadores, e incluso están buscando esquemas para la reducción de salarios. Por su parte, el Gobierno Federal y los gobiernos estatales están invirtiendo fuertes sumas de dinero para construir infraestructura, crear empleos y contrarrestar en la medida de lo posible la crisis.

Adicionalmente, dado que gran parte de los recursos económicos que recibe el Estado provienen de la exportación de petróleo, no puede dejarse de mencionar la reducción dramática que ha tenido el precio del barril de crudo a nivel internacional, hecho que ha disminuido considerablemente los ingresos del Gobierno por exportación de hidrocarburos. También, es importante recordar que en los últimos seis meses el peso mexicano ha sufrido una devaluación muy significativa en relación con el dólar americano. La crisis, la devaluación del peso y la situación general de la economía nos hace estar alertas y redoblar los esfuerzos para enfrentar la situación en forma serena, convencidos de que el país y la economía saldrán adelante con el trabajo y la dedicación del pueblo mexicano.

Por otra parte, quisiera mencionar que en este número de nuestro *Boletín*, como siempre, estamos presentando diversos artículos que se relacionan con temas jurídicos importantes y de actualidad. Específicamente, me refiero a dos temas, el medio ambiente y la propiedad intelectual. Con relación al tema ambiental, cabe señalar que en octubre de 2008 se promulgó la Ley para el Aprovechamiento de Energías Renovables y el Financiamiento de la Transición Energética, la cual tiene por objeto regular el aprovechamiento de fuentes de energía renovables y tecnologías limpias para generar electricidad. Esta ley busca fomentar y promover el gran potencial que tiene nuestro país en materia de energías renovables. En relación con el tema de propiedad intelectual, es preciso decir que el 5 de enero de 2009 entró en funciones la Sala Regional en Materia de Propiedad Intelectual del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, con competencia en todo el territorio nacional y sede en el Distrito Federal. La creación de dicha sala permitirá atender, con el alto grado de especialización que se requiere, los asuntos de propiedad intelectual.

Finalmente, tengo el gusto de informarles que, a partir de enero pasado, Rupert Hüttler —miembro del despacho desde 1998— fue incorporado como socio de la firma. Nacido en Austria, Rupert Hüttler es egresado de la Universidad de Viena y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Bienvenido Rupert, te deseamos mucho éxito.

Claus von Wobeser

Artículo 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles

El texto del Artículo

Las acciones pagadas, en todo o en parte, mediante aportaciones en especie, deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años. Si en este plazo aparece que el valor de los bienes es menor en un veinticinco por ciento del valor por el cual fueron aportados, el accionista está obligado a cubrir la diferencia a la sociedad, la que tendrá derecho preferente respecto de cualquier acreedor sobre el valor de las acciones depositadas.

Comentarios

Son varias las observaciones que consideramos necesario hacer a este artículo. En suma, estas observaciones nos llevan a la conclusión de que el Artículo es inoperante por su contenido y porque no toma en cuenta la existencia de otros artículos de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM).

La primera línea del Artículo se refiere a "las acciones pagadas, en todo o en parte, mediante aportaciones en especie", y reproduce textualmente lo dispuesto en la Fracción IV del Artículo 89 de la LGSM: "Para proceder a la constitución de una sociedad anónima, se requiere [...] (IV) que se exhiba íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse en todo o en parte con bienes distintos de numerario".

En realidad, la práctica ha dejado fuera de uso o inoperante lo previsto en este artículo, o sea la posibilidad de emitir acciones pagadas en parte con dinero y en parte mediante aportaciones de bienes distintos de numerario. Hace muchos años era posible y costumbre que se constituyeran sociedades anónimas con acciones de valor nominal muy alto. Se nos ocurre, como ejemplo, una acción con valor nominal de \$100,000.00 (cien mil pesos) por la que el accionista pagara \$10,000.00 (diez mil pesos) en efectivo y \$90,000.00 (noventa mil pesos) mediante la aportación de un bien con ese valor. Ahora, la bursatilidad y la costumbre han reducido

mucho el valor nominal de las acciones, por ejemplo hasta a \$1.00 (un peso), y los accionistas prefieren tener separadas sus acciones de efectivo de sus acciones de aporte. Por tanto, aun cuando son legalmente posibles, prácticamente han caído en desuso las acciones pagadas parcialmente con numerario y parcialmente con bienes distintos de numerario.

Nos parece que la expresión de "aportaciones en especie" no es la más adecuada para que el concepto sea entendido fácilmente. Según el *Diccionario de la Lengua Española*, *especie* significa "conjunto de cosas semejantes entre sí por tener uno o varios caracteres comunes", si bien acepta la expresión "en frutos o géneros y no en dinero". Pero en este caso, además, nos parece inadecuado el término *especie* porque mucho de lo que con más frecuencia suele aportarse son bienes inmuebles, maquinaria, equipos, etc., sin dejar de reconocer que también puede haber aportaciones en especie.

El Artículo dispone que las acciones pagadas mediante aportaciones en especie deberán quedar depositadas en poder de la sociedad durante dos años. El depósito puede tener dos finalidades. La primera, que no se menciona expresamente, es proteger a los socios cuyas aportaciones hayan sido hechas en numerario, y evitar que se engañe al público haciendo aparecer un capital superior al real. La segunda, que ya viene prevista en la "Exposición de motivos" de la LGSM, consiste en negar temporalmente la negociabilidad de los títulos que amparen dichas aportaciones, "imponiendo el deber de pagar la diferencia de valor que aparezca, cuando esa diferencia lógicamente debe estimarse que va más allá de los naturales errores de valuación".

Pero el texto del Artículo 141, que comentamos, no corresponde a los buenos propósitos de la "Exposición de motivos", ni lo consideramos aplicable, por las razones que exponemos.

El primer párrafo de este artículo dispone que las acciones pagadas mediante aportaciones con bienes distintos de numerario deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años, y que “si en ese plazo aparece que el valor de los bienes aportados es menor en un veinticinco por ciento del valor por el cual fueron aportados, el accionista está obligado a cubrir la diferencia a la sociedad”. Desde luego, parece que un veinticinco por ciento va más allá “de los errores naturales de valuación” que menciona la “Exposición de motivos”; pero, en la forma como está redactado el Artículo 141, puede y debe entenderse que si el valor de los bienes aportados es de menos de veinticinco por ciento —supongamos un veinticuatro por ciento del valor por el que fueron aportados— el accionista ya no está obligado a cubrir la diferencia a la sociedad. La consecuencia es que el capital de la sociedad no llega a quedar totalmente pagado, y ni este artículo ni la ley prevén la forma de ajustar el capital.

Además, parece que la comparación que hace el Artículo 141 no es la correcta, pues compara los bienes al valor por el que fueron aportados contra el valor de los mismos bienes en fecha posterior, o sea, dentro del plazo de dos años, es decir en la fecha de la llamada “aparición”. Esto puede resultar injusto para cualquiera de las dos partes, pues el valor de los bienes aportados puede haber subido o bajado de precio para esa fecha. La comparación debe hacerse entre el valor de aportación y el valor real o de mercado en la misma fecha.

El depósito de las acciones en poder de la sociedad, aun cuando tiene la apariencia de una garantía prendaria, no es tal, porque las acciones son títulos creados por la misma sociedad, que representan obligaciones a cargo de ésta y no pueden servirle de garantía eventual de pago de dichas acciones. El depósito de las acciones en poder de la sociedad, cuando más, podría considerarse como un medio de presión para obtener del accionista el pago de cualquier diferencia en el valor con los bienes aportados.

Agrega el Artículo que las acciones pagadas mediante aportaciones con bienes distintos de numerario deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años, y que si en ese plazo aparece que el valor de los bienes aportados es menor en un veinticinco por ciento del valor por el que fueron aportados, el accionista está obligado a cubrir la diferencia a la sociedad. Son varias las observaciones que

deben hacerse en relación con esta parte del Artículo. La primera es que, dentro del plazo de dos años que debe durar el depósito de las acciones en poder de la sociedad, puede aparecer que el valor de los bienes aportados sea menor en un veinticinco por ciento del valor por el cual fueron aportados. El verbo aparecer en español significa “manifestarse, dejarse ver, por lo común, causando sorpresa, admiración u otro movimiento de ánimo”. Por lo mismo, no puede aceptarse que la determinación del valor de ciertos bienes aportados pueda ser el resultado de una aparición, del azar o de un hecho incidental. Los mismos autores de la LGSM pasaron por alto lo dispuesto por la propia ley. Ésta, en su Artículo 157, dispone que los administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen. Más concretamente, en su Artículo 158 dispone que “los administradores son solidariamente responsables para con la sociedad de la realidad de las aportaciones hechas por los socios”. Por lo mismo, la llamada *aparición* más bien pudiere ser el resultado de la gestión de los administradores.

A continuación, el Artículo que comentamos dispone que si en el plazo mencionado, de dos años, “aparece que el valor de los bienes aportados es menor en un veinticinco por ciento del valor por el que fueron aportados, el accionista está obligado a cubrir la diferencia a la sociedad”. Desde luego, nos parece que esa diferencia del veinticinco por ciento en el valor de bienes aportados “va más allá de los naturales errores de valuación”, como considera la “Exposición de motivos” de la LGSM. Pero además, en la forma como está redactado el Artículo, de hecho dispone que si el valor de los bienes aportados por cualquier accionista es de menos de un veinticinco por ciento del valor por el que fueron aportados, el accionista está obligado a cubrir la diferencia a la sociedad. Esto necesariamente tiene el carácter de una regla general, y fácilmente pueden imaginarse las dificultades para la integración del capital real de una sociedad anónima que se haya constituido mediante la aportación de bienes con un supuesto valor superior al real. En concreto, nos parece que este artículo, en la forma como está redactado, no resuelve el problema de la integración del capital de una sociedad anónima.

Las sociedades unipersonales en la Ley General de Sociedades Mercantiles

La única solución posible está en determinar el valor de los bienes aportados a la fecha de formalización de la aportación y comparar éste con el valor real o de mercado a la misma fecha de las acciones emitidas a favor del accionista. Si existiera alguna diferencia a favor de la sociedad, cualquiera que sea su monto, el accionista está obligado a cubrirla a la sociedad, para que el capital de la sociedad quede integrado.

Por todo lo antes expuesto, al no ser posible la aplicación del Artículo 141 para asegurar la integración del capital social de una sociedad anónima, pagado en todo o en parte mediante aportaciones de bienes distintos de numerario, ¿qué disposiciones de la ley vigente serían aplicables para hacer posible esa integración?

Desde luego, encontramos que el Artículo 6 de la parte general de la LGSM dispone, en su Fracción VI, que la escritura constitutiva de toda sociedad deberá contener "la expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización".

Por otra parte, encontramos que la Fracción I del Artículo 158 de la LGSM dispone que los administradores de la sociedad anónima "son solidariamente responsables para con la sociedad de la realidad de las aportaciones hechas por los socios".

Esta responsabilidad, que sólo corresponde a los administradores, la asumen éstos desde el momento en que toman posesión de sus cargos, y reciben para su administración todos los bienes de la sociedad, por lo que desde ese momento están en condiciones de conocer el valor de los bienes aportados y el criterio seguido para su valorización.

La Ley no fija plazo para esto y no creemos que sea aplicable el de dos años que fija el Artículo 141 para la aparición. En interés propio y para cubrir su responsabilidad, los administradores deben proceder a la verificación del valor de los bienes a la mayor brevedad.

No queremos dejar sin comentario la parte final de este artículo, que dispone que la sociedad "tendrá derecho preferente respecto de cualquier acreedor" —debe entenderse de cualquier accionista— sobre el valor de las acciones depositadas, pues el derecho preferente sobre las acciones depositadas corresponde a la sociedad. •

Licenciado Manuel Lizardi A.

En febrero de 2007 fue presentada en la Cámara de Diputados una iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) para crear las figuras de Sociedad Anónima Unipersonal y Sociedad de Responsabilidad Limitada Unipersonal.

A finales de ese mismo año la iniciativa fue aprobada por la Cámara de Diputados y el pasado 1º de abril de 2008 fue remitida a la Cámara de Senadores. La minuta correspondiente fue turnada a las comisiones de Comercio y Fomento Industrial y de Estudios Legislativos para su estudio y dictamen.

El proyecto de reforma a la LGSM propone incorporar a nuestro régimen jurídico las sociedades mercantiles de un solo socio para atender las nuevas necesidades y las complejas relaciones comerciales actuales, tal como ya lo hacen las legislaciones de otros países, particularmente europeos.

Las comisiones de la Cámara de Senadores realizaron algunas modificaciones a la minuta enviada por la Cámara de Diputados, las cuales mencionamos a continuación:

1. Sustituyen el término *empresa* propuesto por la Cámara de Diputados por el de *sociedad*, toda vez que las comisiones consideraron que el primero es un término más económico que jurídico. Las legislaciones europeas han utilizado la palabra *sociedad*, a pesar de que evoca la idea de una asociación de dos o más personas;
2. Distinguen entre el contrato social y el acta constitutiva. *Contrato social* es un concepto que será utilizado cuando se trate de sociedades con varios socios, mientras que el de *acta constitutiva* se deberá emplear en el caso de sociedades unipersonales. En ambos casos, la normatividad interna que regirá su estructura y organización llevará por nombre el de Estatutos Sociales. La Cámara de Diputados pretendía utilizar únicamente los conceptos de *contrato social* y *estatutos sociales*;

3. Eliminan la propuesta de la Cámara de Diputados relativa a que los corredores públicos puedan formalizar los acuerdos de la asamblea o del órgano de administración de una sociedad mercantil en el que sean otorgados poderes. Las comisiones de la Cámara de Senadores consideran que dicha propuesta es violatoria de la distribución competencial constitucional, ya que la materia de otorgamiento de poderes es de naturaleza civil y por lo tanto compete a las legislaturas estatales;
4. La minuta de la Cámara de Diputados señalaba que la Sociedad de Responsabilidad Limitada se constituye por uno o más socios o accionistas. Las comisiones de la Cámara de Senadores eliminan la palabra *accionistas*, ya que las sociedades de responsabilidad limitada no se encuentran integradas por accionistas sino por socios;
5. Dividen a las sociedades unipersonales en dos clases: (1) las sociedades unipersonales originarias, cuando desde un inicio la sociedad se constituye por un socio o accionista, y (2) las sociedades unipersonales derivadas, cuando en una sociedad originalmente constituida con dos o más socios las partes sociales o acciones han pasado a ser propiedad de un solo socio o accionista. Al respecto, la Cámara de Diputados definía a la primera como “empresa unipersonal desde su constitución” y a la segunda como “empresa unipersonal sobrevenida”;
6. Las sociedades unipersonales agregarán a su denominación o razón social la palabra unipersonal o la abreviatura SRLU, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada unipersonales, y SAU, para las sociedades anónimas unipersonales;
7. Por lo que hace a la Fracción IV del Artículo 229, las comisiones de la Cámara de Senadores ajustaron la redacción propuesta por la Cámara de Diputados para incluir la unipersonalidad deri-

vada como una excepción a la causal de disolución social.

El dictamen de las comisiones de la Cámara de Senadores fue aprobado por 92 votos, en lo general y en lo particular, en la sesión del Pleno celebrada el 9 de diciembre de 2008, y fue devuelto a la Cámara de Diputados para los efectos del inciso (e) del Artículo 72 constitucional.

Actualmente, la Cámara de Diputados aún no ha discutido las modificaciones realizadas por la Cámara de Senadores. Sin embargo, es importante destacar que ambas cámaras coinciden en la importancia de la reforma. En todo caso, hay que esperar el texto final del decreto correspondiente para poder evaluar con mayor precisión su alcance en nuestro régimen jurídico. •

Obligación solidaria fiscal en relación con las personas morales

La obligación solidaria fiscal es una figura que nace en el ámbito del derecho civil. El derecho fiscal la incorpora, y está regulada en el Artículo 26 del Código Fiscal de la Federación (CFF).

Para lograr un estudio adecuado de la obligación solidaria fiscal, a continuación exponemos los principios generales que regulan a la solidaridad en materia civil.

La obligación solidaria en materia civil

La obligación solidaria puede ser activa o pasiva. La primera es aquella en la que existe una pluralidad de acreedores, cada uno de los cuales tiene derecho a exigir el pago íntegro de una prestación. En la segunda, existe una pluralidad de deudores, cada uno de los cuales está obligado a efectuar el pago total de la deuda. En ambos casos, el pago tiene como efecto la extinción de la obligación respecto de los demás coacreedores o codeudores.¹

La solidaridad tiene las siguientes reglas generales (las cuales son aplicables a la materia fiscal):²

- La solidaridad no se presume. Resulta de la ley o de la voluntad de las partes;
- La novación, compensación, confusión o remisión hecha por cualquiera de los acreedores solidarios y cualquiera de los deudores extingue la obligación;
- El pago total realizado por cualquiera de los deudores solidarios extingue la obligación;
- El deudor solidario que realiza el pago total podrá repetir en contra de los demás obligados solidarios en la proporción que a cada uno corresponda;
- Cualquiera de los acreedores puede recibir el pago total de la deuda;
- El acreedor solidario que reciba el total de la deuda deberá repartir lo recibido entre sus coacreedores solidarios en la proporción que a cada uno corresponda;
- La prescripción de la deuda aprovecha o perjudica a todos, ya sean acreedores o deudores.

Algunos supuestos relevantes de la obligación solidaria en materia fiscal

El Artículo 26 del CFF regula la responsabilidad solidaria en materia de contribuciones. La responsabilidad solidaria fiscal implica que tanto el contribuyente como el responsable solidario tienen la obligación de hacer frente al pago de la contribución de que se trate, por lo que el fisco podrá requerirlos indistintamente para que paguen las contribuciones adeudadas, los recargos y las actualizaciones (con excepción de las multas).

A continuación realizamos un análisis breve de algunos supuestos de solidaridad fiscal relevantes para las personas morales.

Serán obligados solidarios con los contribuyentes frente a la autoridad fiscal las siguientes personas, cuando se encuentren en los supuestos descritos:

- 1 Retenedores y recaudadores:³ los retenedores y las personas a quienes las leyes impongan la obligación de recaudar contribuciones a cargo de los contribuyentes hasta por el monto de dichas contribuciones.

Como ejemplo, el patrón está obligado en términos del Artículo 113 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR) a retener el impuesto a cargo de su trabajador, por lo que es responsable solidario de estos pagos;
- 2 Las personas que estén obligadas a efectuar pagos provisionales por cuenta del contribuyente.⁴ Éste es el caso, por ejemplo, de la retención del impuesto por parte del patrón, regulada en el Artículo 113 de la LISR. El patrón está obligado a efectuar retenciones y enteros mensuales (que tendrán el carácter de pagos provisionales) a cuenta del impuesto anual del salario del trabajador. Otro ejemplo: en términos del Artículo 154

de la misma ley, el notario público calculará el impuesto bajo su responsabilidad y lo enterará ante el fisco, en operaciones consignadas en escrituras públicas; el pago provisional se hará mediante declaración.

La responsabilidad de estas personas está limitada hasta por el monto del pago provisional adeudado por el contribuyente.

- 3 Liquidadores y síndicos,⁵ por las contribuciones que debieron pagar a cargo de la sociedad en liquidación o quiebra, así como aquellas que se causaron durante su gestión.

Cuando la sociedad en liquidación cumpla con presentar los avisos e informes requeridos por el CFF y su reglamento, no habrá lugar a responsabilidad solidaria.

- 4 Directores, gerentes y administradores.⁶ La(s) persona(s) que tengan conferida la dirección general, la gerencia general o la administración única de las personas morales serán responsables solidarios por

- Las contribuciones causadas o no retenidas por dichas personas morales durante su gestión;
- Las contribuciones que debieron pagarse o enterarse durante su gestión.

La responsabilidad solidaria alcanzará hasta la parte del interés fiscal que no llegue a ser garantizada con los bienes de la persona moral que dirigen.

Este supuesto sólo se actualizará cuando la persona moral

- No haya solicitado su inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes;
- Haya cambiado su domicilio sin presentar aviso, o
- No lleve su contabilidad, la oculte o la destruya.

5. Adquirentes de negociaciones,⁷ respecto de las contribuciones que se hubieran causado en relación con las actividades realizadas en la negociación, cuando ésta pertenecía a otra persona, sin que la responsabilidad exceda el valor de la negociación.

A manera de ejemplo, supongamos que una persona adquiere uno de los negocios de una empresa (con sus activos y pasivos). En este supues-

to, el adquirente deberá responder por las contribuciones causadas por dicha negociación hasta por el valor de la negociación.

6. Representantes de no residentes.⁸ Los representantes, sea cual fuere el nombre con el que se les designe, de personas no residentes en el país, mediante las cuales éstas realicen actividades por las que deban pagarse contribuciones, serán solidarias hasta por el monto de dichas contribuciones.

En el caso de un agente que realiza actividades o negocios en México por cuenta de una persona moral extranjera, dicho agente será responsable solidario por el pago de contribuciones que se generen con motivo de dichas actividades.

7. Socios y accionistas.⁹ Serán responsables solidarios en el pago de contribuciones que se hubieran causado en relación con las actividades realizadas por la sociedad.

Los accionistas sólo serán responsables solidarios con la empresa de que se trate cuando ésta incurra en alguno de los siguientes supuestos:

- No haya solicitado su inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes;
- Haya cambiado su domicilio sin presentar aviso, o
- No lleve su contabilidad, la oculte o la destruya.

La responsabilidad solidaria es por la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizada con los bienes de la sociedad, y tendrá como límite el monto de participación del socio en el capital social.

8. Libro de socios o accionistas.¹⁰ Las sociedades que —debiendo inscribir en el registro o libro de acciones o partes sociales a sus socios o accionistas— inscriban a personas físicas o morales que

- No comprueben haber retenido y enterado, cuando así proceda, el impuesto sobre la renta causado por el enajenante de tales acciones o partes sociales, o
- No comprueben haber recibido copia del dictamen respectivo y, en su caso, copia de la declaración en la que conste el pago del impuesto correspondiente.

El legislador deja ver en este supuesto su intención de evitar un fraude fiscal, pues si la sociedad inscribe a sus accionistas sin comprobar el pago del impuesto, sería difícil cobrar el impuesto. Lo anterior se agrava en el caso de que el vendedor resida en el extranjero. Es por ello que se traslada la responsabilidad a la misma sociedad hasta por el monto del pago del impuesto correspondiente.

9. Sociedades escindidas.¹¹ Las sociedades escindidas serán responsables solidarias
- Por las contribuciones causadas en relación con la transmisión por parte de la escidente de los activos, pasivos y capital, y
 - Por las contribuciones causadas por la escidente con anterioridad a la escisión.

Lo anterior, sin que la responsabilidad exceda el valor del capital de cada una de ellas al momento de la escisión.

En este supuesto, el legislador trata de impedir que las sociedades escindidas dividan el patrimonio disminuyendo la garantía de cumplimiento de contribuciones, y que se desvinculen de sus obligaciones fiscales por el hecho de haberse presentado la transformación de la sociedad.

10. Empresas que reciben servicios de residentes en el extranjero,¹² es decir, las personas a quienes residentes en el extranjero les presten servicios personales subordinados o independientes, cuando éstos sean pagados por residentes en el extranjero, hasta el monto del impuesto causado.

Cuando una persona residente fiscal en el extranjero presta servicios a una empresa residente en México y el servicio es prestado a través de un empleado que recibe pagos de la persona residente fiscal en el extranjero, la empresa en México será responsable solidaria por el pago de contribuciones que se causen por dicho servicio.

Así las cosas, podemos concluir que la responsabilidad solidaria en los supuestos analizados

1. Trae como consecuencia que el fisco pueda cobrar el impuesto al responsable solidario del contribuyente que se ubique en cualquiera de dichos supuestos;

2. Por regla general abarca las contribuciones adeudadas, recargos y actualizaciones (sin incluir multas), excepto cuando la ley prevé alguna limitación expresamente. •

¹ Fausto Rico Álvarez, *et al.*, *Teoría general de las obligaciones*, Porrúa, México, 2005, p. 315.

² Véanse los artículos 1988, 1991, 1999 y 2001 del Código Civil Federal.

³ Véase el Artículo 26, fracción I, del Código Fiscal de la Federación (CFF).

⁴ Véase el Artículo 26, Fracción II, del CFF.

⁵ Véase el Artículo 26, Fracción III, del CFF.

⁶ Véase el Artículo 26, Fracción III, párrafo tercero, del CFF.

⁷ Véase el Artículo 26, Fracción IV, del CFF.

⁸ Véase el Artículo 26, Fracción V, del CFF.

⁹ Véase el Artículo 26, Fracción X, del CFF.

¹⁰ Véase el Artículo 26, Fracción XI, del CFF.

¹¹ Véase el Artículo 26, Fracción XII, del CFF.

¹² Véase el Artículo 26, Fracción XIV, del CFF.

Creación de la Sala Regional en Materia de Propiedad Intelectual

10

VON WOBESER Y SIERRA

Sin duda, la globalización de los mercados en la que nuestro país se encuentra inmerso ha propiciado el auge de la propiedad intelectual hasta niveles antes desconocidos, lo que lleva a concluir que la transición que vivimos en México debe abarcar sectores que, de manera clara y precisa, faciliten el desarrollo integral del país.

La propiedad intelectual constituye precisamente uno de los elementos esenciales de influencia en el impulso de la tecnología, el desarrollo y la innovación, que son reflejo del esfuerzo de modernización de las empresas y la competitividad de la economía de un país.

Desde el punto de vista jurídico, las dos grandes vertientes en que se divide el objeto de protección de la propiedad intelectual son el derecho de autor o propiedad autoral y la propiedad industrial, según el enfoque hacia la protección literaria o artística, o a la innovación tecnológica o industrial. Estos derechos, que se articulan con la libertad de comercio y de industria, tienen un fundamento ético, ya que los creadores deben ver protegido su trabajo y recibir el reconocimiento moral y material correspondiente, y un fundamento económico, dado que tales derechos garantizan la exclusividad y aseguran la lealtad en las relaciones industriales y comerciales. Es, pues, un factor de desarrollo y progreso en todo país.

El derecho a la propiedad intelectual es un tema de gran especialidad no sólo en relación con los aspectos antes mencionados, sino también en lo que se refiere a la concepción jurisdiccional. Actualmente, se pretende lograr que cada Estado posea órganos jurisdiccionales específicos que atiendan esta materia, con grados de especialización que presten el servicio de justicia que exigen las sociedades modernas.

En este sentido, México está avanzando hacia la modernidad. Prueba de ello es la actualización del marco legal para tutelar los derechos de propiedad intelectual, así como la creación de instituciones jurisdiccionales sobre la materia.

Una de las decisiones adoptadas al respecto es precisamente la creación de un órgano jurisdiccional especializado en propiedad intelectual, denominado Sala Regional en Materia de Propiedad Intelectual del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA). Creada mediante el Acuerdo G/17/2008, publicado el 24 de marzo de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación*, esta sala tiene competencia en todo el territorio mexicano y sede en el Distrito Federal. Hasta la entrada en vigor de la Sala especializada en comento,¹ el TFJFA venía conociendo sobre cuestiones litigiosas de propiedad intelectual a través de sus salas regionales metropolitanas.

Esta novedosa acción obedece sin duda a la ardua labor del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) ante el Poder Judicial y la propia Presidencia de la República (acción derivada de las conclusiones adoptadas en el foro internacional celebrado en Cancún, que congregó a los miembros más destacados de diversas agrupaciones e instituciones relacionadas con la propiedad intelectual), y ubica a México dentro del selecto grupo de países que cuentan con tribunales especializados en la materia, como es el caso de Estados Unidos, España y Alemania.

La Sala Regional en Materia de Propiedad Intelectual tiene competencia material especializada para tramitar y resolver los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas a que se refiere el Artículo 14, fracciones XI, XII y XIV de la Ley Orgánica del TFJFA, dictadas con fundamento en la Ley de la Propiedad Industrial, la Ley Federal del Derecho de Autor, la Ley Federal de Variedades Vegetales y los demás ordenamientos que regulan la materia de la propiedad intelectual.

Si bien la misión de la sala especializada es simple de definir, resulta sumamente compleja de satisfacer, ya que los retos que enfrenta exceden a los de cualquier órgano de administración de justicia.

Reformas y adiciones a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

Actualmente integrada por tres magistrados,² la Sala deberá atender, en términos de lo establecido en el Reglamento Interior del TFIJA, todos los asuntos pendientes por resolverse —al día de hoy más de 4,800— en un término que haga menos gravosos los daños que muchos de ellos llevan causando al procedimiento respectivo como tal.

Lo anterior pone en duda el cumplimiento del objetivo que se pretende pues, lejos de lograr una eficientización de la justicia administrativa en temas de propiedad intelectual, se corre el riesgo de trastocar de manera evidente el principio de justicia pronta y expedita que tanto se proclama en nuestro país.

Resulta relevante mencionar que cualquier criterio que sobre la materia adopte dicha sala, como única encargada de resolver al respecto, no admitirá decisión en contrario, lo cual implica que, como resultado de su especialidad, dicha sala deberá imprimir en sus resoluciones una gran calidad, además de cualquier otra nota intrínseca a la labor jurisdiccional, entre ellas la imparcialidad y la transparencia.

Así, es válido concluir que el hecho de que se creen tribunales especializados resulta sin duda un gran avance. Sin embargo, su creación debe hacerse de manera planeada y organizada a fin de que realmente se alcancen los objetivos planteados, para así abrir nuevas fronteras en esta materia y en otras de relevancia económica para el país, como son las de concentrar en un solo órgano especializado los asuntos que derivan de la ley antimonopolios, los casos relativos a la competencia desleal y los de propiedad intelectual. De lo contrario, cualquier objetivo que se pretenda al respecto, lejos de alcanzarse, engendrará un nuevo problema que el Estado deberá enfrentar. •

¹ Mediante el Acuerdo G/59/2008, del 29 de octubre de 2008, el Pleno de la Sala Superior del TFIJA modificó los artículos segundo y tercero transitorios del Acuerdo G/17/2008, a fin de establecer que las funciones de la Sala Regional en Materia de Propiedad Intelectual tendrían inicio el pasado 5 de enero de 2009.

² De conformidad con el Artículo segundo transitorio del Acuerdo 6/17/2008, la Sala Regional en Materia de Propiedad Intelectual queda integrada por los magistrados seleccionados por el propio TFIJA, atendiendo a su grado de especialización y actualización en la aplicación de la materia de su competencia.

El pasado 2 de julio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por medio del cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP).

De estas modificaciones, cabe resaltar la adición al Artículo 2, por virtud de la cual se introduce el concepto de *ofertas subsecuentes de descuentos*, una nueva modalidad que se utilizará en las licitaciones públicas y que se refiere específicamente a que los licitantes, al presentar sus propuestas, pueden, después de la presentación y apertura del sobre cerrado que contenga su propuesta económica, realizar una o más ofertas subsecuentes de descuentos que mejoren el precio ofertado inicialmente, sin que lo anterior permita variar las especificaciones o características originalmente contenidas en su proposición técnica.

Esta modalidad de ofertas subsecuentes de descuentos únicamente operará en los supuestos que establezca la Secretaría de la Función Pública (SFP) mediante las disposiciones administrativas que emita para dicho efecto, siempre que las dependencias o entidades convocantes justifiquen debidamente la aplicación de dicha modalidad.

De la adición al Artículo 28 de la LAASSP, se entiende que se hizo con el fin de fomentar el desarrollo y la participación de las micro-, pequeñas y medianas empresas. Se prevé que en licitaciones públicas nacionales, las dependencias y entidades deberán dar preferencia en la adjudicación de contratos a este tipo de empresas, siempre y cuando esto no vaya en contra de la disposición que establece que debe darse preferencia a personas con discapacidad o a empresas que cuenten con personal con discapacidad. La adición anterior resulta poco clara y aún está pendiente la emisión de lineamientos —en el Reglamento de la LAASSP— que delimiten su aplicación y alcance.

De igual forma, fueron adicionados los artículos 29 y 31 de la LAASSP, los cuales se refieren al con-

tenido de las convocatorias y las bases de licitación. Fueron reformados con el objeto de incluir la modalidad de ofertas subsecuentes de descuentos, cuando éstas estén debidamente justificadas.

En la exposición de motivos de las presentes reformas y adiciones no se abarcan o incluyen a detalle las razones para la inserción de la nueva modalidad de ofertas subsecuentes de descuentos; únicamente se menciona que se busca garantizar mejores condiciones para el Estado y, al mismo tiempo, apoyar a las micro-, pequeñas y medianas empresas.

Las reformas y adiciones en cuestión resultan confusas y poco claras, por lo que será necesario esperar a que se publiquen las adecuaciones necesarias al Reglamento de la LAASSP, y que la SFP emita los diversos lineamientos específicos, a fin de otorgar certidumbre sobre la forma en que se aplicará el concepto de ofertas subsecuentes de descuentos y sobre el alcance y la aplicación de la preferencia en la adjudicación de contratos a las micro-, pequeñas y medianas empresas, respetando los derechos de todas las empresas participantes en un procedimiento de licitación pública nacional. •

AMBIENTAL

Aprovechamiento de energías renovables y transición energética

Como parte de la reforma energética que se aprobó en octubre de 2008, se promulgó la Ley para el Aprovechamiento de Energías Renovables y el Financiamiento de la Transición Energética (en adelante la "Ley"). Esta ley tiene por objeto "regular el aprovechamiento de fuentes de energía renovables y las tecnologías limpias para generar electricidad con fines distintos a la prestación del servicio público de energía eléctrica, así como establecer la estrategia nacional y los instrumentos para el financiamiento de la transición energética" (Artículo 1 de la Ley). La transición energética a que se refiere la presente ley promoverá la eficiencia y sustentabilidad de las energías renovables, el uso de tecnologías limpias y la reducción de la dependencia de los hidrocarburos como fuente primaria de energía.

Existe mucho potencial en México para el uso de energías renovables, sobre todo solar, geotérmica y eólica, y esta nueva ley es un primer paso para empezar a impulsar su aprovechamiento.

¿En qué medida la Ley representa una oportunidad para la inversión privada? Dependerá de los pasos específicos que se tomen en cumplimiento de la Ley. En México, la inversión privada en este rubro no ha tenido lugar principalmente porque la Constitución reserva el servicio público del suministro de electricidad al Estado y, aunque el marco legal sí permite la participación privada en la generación e importación de energía eléctrica, hasta hoy la ley obliga al Estado a comprar la energía eléctrica al precio más bajo, lo cual no permite que la producción de energía renovable por parte de particulares para su venta al Estado sea rentable.

Las energías renovables contempladas en la Ley son la eólica, la radiación solar, la del movimiento del agua, la oceánica, la geotérmica y los bioenergéticos, entre otras que pudiera determinar la Secretaría de Energía (SENER). Se excluye del objeto de la Ley la regulación de la energía nuclear, la energía hidráulica de fuentes con capacidad para gene-

rar más de 30 megawatts, el uso de residuos que reciban algún tratamiento térmico y el aprovechamiento de rellenos sanitarios que no cumplan con la normatividad ambiental.

Ésta es una ley marco que promueve la integración de las energías renovables en el Sistema Eléctrico Nacional. Su reglamento establecerá los criterios específicos de utilización de las distintas fuentes de energías renovables, y deberá publicarse en un plazo de ocho meses, contados a partir del 28 de octubre de 2008, fecha de publicación de la Ley.

Asimismo, la Ley establece la Estrategia Nacional para la Transición Energética y el Aprovechamiento Sustentable de la Energía (en adelante la "Estrategia"), encabezada por la SENER, como el mecanismo mediante el cual el Estado impulsará diferentes políticas, programas, acciones y proyectos encaminados a conseguir una mayor utilización y un mayor aprovechamiento de las fuentes de energías renovables y las tecnológicas limpias en México. El Ejecutivo Federal, dentro del proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal correspondiente, consolidará los recursos del sector público propuestos dentro de la Estrategia, con el fin de promover e incentivar el uso y la aplicación de tecnologías para el aprovechamiento de las energías renovables, la eficiencia y el ahorro de energía, entre otras metas. La SENER tendrá como fecha límite el 30 de junio de 2009 para presentar públicamente la Estrategia, y deberá actualizarla cada año.

La SENER también se responsabilizará de la elaboración y coordinación del Programa Especial para el Aprovechamiento de Energías Renovables (en adelante el "Programa"). A través del Programa, la SENER deberá, entre otras cosas, (1) establecer objetivos y metas específicos para el aprovechamiento de energías renovables y definir las estrategias y acciones para alcanzarlos; (2) establecer metas de participación de las energías renovables en la generación de electricidad, e (3) incluir la construcción de las obras de infraestructura eléctrica necesarias para que los proyectos de energías renovables se puedan interconectar con el Sistema Eléctrico Nacional. La SENER tendrá un plazo de seis meses contados a partir de la fecha de publicación de la Ley para someter el Programa al Presidente de la República.

Las disposiciones más prometedoras para la inversión privada contenidas en esta ley son, entre otras:

1. Las facultades que se atribuyen a la Comisión Reguladora de Energía para determinar las contraprestaciones máximas que pagarán los suministradores (la Comisión Federal de Electricidad y Luz y Fuerza del Centro, dependencias del Estado) a los generadores (personas físicas de nacionalidad mexicana o personas morales constituidas conforme a las leyes mexicanas y con domicilio en México) por el suministro de energía eléctrica proveniente de energías renovables;
2. Dichas contraprestaciones deberán a su vez incluir pagos por los costos derivados de la capacidad de generación y por la generación de energía asociada al proyecto, y
3. Los suministradores deberán celebrar con los generadores contratos a largo plazo.

La Ley también establece que la Comisión Reguladora de Energía debe expedir las normas que regulen la generación de electricidad a partir de energías renovables y definir los instrumentos de regulación para el cálculo de las contraprestaciones por los servicios que se presten entre sí los suministradores y los generadores. También debe solicitar al suministrador la modificación de las reglas de despacho, expedir las reglas generales de interconexión al Sistema Eléctrico Nacional, que le deberán proponer los suministradores, y las directrices a que se sujetarán los modelos de contrato entre los suministradores y los generadores que utilicen energías renovables (la Comisión deberá expedir los modelos de contrato en un plazo de nueve meses a partir de la publicación de la Ley).

La Ley establece un Fondo para la Transición Energética y el Aprovechamiento Sustentable de la Energía mediante el cual se podrán conceder recursos para el otorgamiento de garantías de crédito u otro tipo de apoyos financieros para los proyectos que cumplan con el objeto de la Estrategia.

Finalmente, en el ámbito internacional, la ley establece que dentro de los seis meses siguientes a su publicación, el Ejecutivo Federal anunciará las reglas de operación de las políticas y medidas para facilitar el flujo de recursos derivados de los mecanismos internacionales orientados a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

Como se puede apreciar, esta Ley representa un primer paso en la promoción del uso de fuentes de energías renovables. Si realmente representa una oportunidad para la inversión privada, está por verse. •

Arbitrabilidad en México en materia del consumidor

La arbitrabilidad es la posibilidad de que un asunto pueda ser resuelto mediante arbitraje. La regla general es que todo es arbitrable. Las excepciones pueden darse en dos ámbitos: (1) en el objeto y (2) en los sujetos que celebran el acuerdo arbitral.

1. La arbitrabilidad objetiva se refiere a las materias que son arbitrables y es determinada por el derecho sustantivo de cada país bajo criterios de interés público. En este sentido, no son arbitrables las materias que son reservadas mediante la ley para ser conocidas exclusivamente por tribunales estatales.
2. La arbitrabilidad subjetiva se refiere a que las personas que celebraron el acuerdo arbitral estén autorizadas para someterse como partes en un arbitraje.

En relación con la arbitrabilidad objetiva en México, existe un problema en el ámbito del derecho sustantivo mexicano dado que, mientras existen áreas que la ley ha determinado expresamente como no arbitrables en su totalidad o en ciertos supuestos, hay otras materias cuya arbitrabilidad no es clara y, en consecuencia, un estudio de interpretación jurídica es esencial antes de someterlas al arbitraje, a fin de que las partes conozcan plenamente el tipo de procedimiento al que se someterán y las características del laudo que obtendrán.

Éste es el caso de los derechos del consumidor. La Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) dispone que si las partes (consumidor y proveedor) no llegan a una conciliación, se les exhortará para que sometan su controversia a arbitraje (Artículo 116). Esta disposición claramente prevé que las controversias en materia de derechos del consumidor son arbitrables. Sin embargo, un análisis exhaustivo del capítulo denominado "Procedimiento arbitral" de dicho ordenamiento nos muestra que la naturaleza del procedimiento que debe seguirse (el cual no puede ser modificado o renunciado por las

partes) presenta algunas particularidades que pueden complicar su implementación.

Al respecto, debemos recordar que la naturaleza de los actos jurídicos no obedece al nombre que reciben sino a sus características. Así las cosas, tenemos que la LFPC contiene apenas seis artículos en los que establece las reglas del procedimiento arbitral (el Reglamento de la LFPC no dispone nada sobre el tema). Dentro de estos lineamientos, las partes deben elegir entre dos tipos de arbitraje que, si bien a primera vista parecen secundarios, determinan si el procedimiento se inclinará a una naturaleza jurisdiccional o a una arbitral:

1. Las partes pueden elegir que la Procuraduría Federal del Consumidor (la "Procuraduría") actúe como árbitro o elegir algún árbitro independiente para solucionar el conflicto;
 - 1.1. Si se elige a la Procuraduría como árbitro, deberá tomarse en cuenta que existe jurisprudencia (con número de registro 188539) que ha determinado que los laudos que emite la Procuraduría, en su calidad de árbitro, constituyen actos de autoridad y en su contra procede el juicio de amparo. Una ventaja de esta elección es que los costos se reducen en materia de aranceles para el árbitro;
 - 1.2. Si se elige a un tercero como árbitro, se tendrán que pagar aranceles (que varían dependiendo de cada árbitro) y el juicio de amparo no será procedente en contra del laudo que se emita en el procedimiento;
2. Las partes deben elegir si el arbitraje se seguirá en amigable composición o en estricto derecho;
 - 2.1. En el arbitraje de amigable composición, el árbitro resolverá en conciencia y a buena fe guardada, sin sujeción a reglas legales pero observando las formalidades esenciales del

procedimiento. Este arbitraje suele ser bastante rápido porque no hay términos ni incidentes;

- 2.2. Si se elige llevar el arbitraje en estricto derecho, las partes fijarán las reglas del procedimiento y en caso de desacuerdo lo hará el árbitro. En todo caso, aplicará supletoriamente en primer término el Código de Comercio y en segundo el ordenamiento procesal civil aplicable. El tiempo que durará este procedimiento dependerá en gran medida de las reglas de procedimiento que se elijan.

Ahora bien, a pesar de que la Ley se refiere en todo caso a un procedimiento que denomina "arbitral", de la elección descrita arriba (apartado 1) dependerá que tengamos un procedimiento de naturaleza jurisdiccional o uno de naturaleza arbitral.

En efecto, como resultado del criterio jurisprudencial actual que sostiene que los laudos emitidos por la Procuraduría son de carácter jurisdiccional, y mientras dicho criterio no sea modificado por nuestros tribunales, los procedimientos "arbitrales" en los que se elija que funja como árbitro la Procuraduría tendrán, en nuestra opinión, una naturaleza jurídica análoga a la de un procedimiento administrativo (con la particularidad de que las reglas del procedimiento serán fijadas por la partes y no por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo) y no la de un verdadero procedimiento arbitral.

A diferencia de lo que sucede en el caso del procedimiento netamente arbitral, (1) el laudo emitido por la Procuraduría es materia de juicio de amparo y (2) no se requiere realizar el trámite de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral dado que no requiere de aprobación judicial alguna que le dé fuerza jurídica.

Por lo anterior, si las partes eligen a un tercero para que actúe como árbitro, la naturaleza del procedi-

miento será arbitral y, en consecuencia, (1) el laudo no será materia de juicio de amparo y (2) será necesario realizar el trámite de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral para poder ejecutarlo.

En conclusión, la única forma en que una controversia en materia del consumidor sea resuelta mediante un procedimiento de tipo arbitral es que las partes elijan a un particular como árbitro. En caso de elegir a la Procuraduría, se estarán sometiendo a un procedimiento de naturaleza administrativa (aunque con el nombre de "procedimiento arbitral"), con la particularidad de que las reglas procesales serán fijadas por las partes.

Los arbitrajes en materia del consumidor (en el pleno sentido de la palabra, es decir, arbitrados por un tercero distinto de la Procuraduría) han sido muy poco utilizados después de las reformas del 4 de febrero de 2004 y son, por lo tanto, un terreno hasta cierto punto inexplorado sobre el cual se estarán generando interpretaciones y criterios judiciales en los próximos años. En este sentido, insistimos en que el análisis aquí expuesto se encuentra sustentado en los criterios jurisprudenciales actuales, aunque éstos puede variar conforme se emitan nuevos criterios, de los que daremos cuenta oportunamente. •

Reforma constitucional en materia penal

El pasado 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución General de la República.

Dichas modificaciones, que han sido englobadas bajo la denominación de Reforma Penal Constitucional, alteraron el texto de los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, las fracciones XXI y XXIII del Artículo 73, la Fracción VII del 115 y la Fracción XIII del Apartado B del Artículo 123, todos de la Carta Magna.

Analicemos cada uno de los artículos en cuestión.

Artículo 16

Antes, dentro de los requisitos para poder librar orden de aprehensión se incluía la existencia de datos que acreditaran el cuerpo del delito y que hicieran probable la responsabilidad del indiciado.

A partir de las reformas, se cambia la terminología de "cuerpo del delito" y "probable responsabilidad" por "comisión del hecho" y "probabilidad de participación o comisión".

En cuanto a la detención del indiciado por particulares, antes de la reforma sólo se restringía a los casos de flagrancia, mientras que ahora se amplía al momento de la comisión del delito o al momento inmediato posterior a su comisión, es decir, el hecho de que se restringiera a la flagrancia implicaba que el indiciado sólo podía ser detenido por el particular mientras cometía el delito, pero no después. Ahora, el momento *post crimini* permite la detención del indiciado por parte del particular, lo que representa un campo de oportunidad a la incertidumbre, pues resulta en extremo complicado determinar el momento a partir del cual inicia la etapa *post crimini*, así como su conclusión.

Asimismo, al artículo en cuestión se agregan dos párrafos en los cuales, por un lado, se establece que en caso de delincuencia organizada, la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público, podrá decretar el arraigo de una persona sin que éste exce-

da los cuarenta días (se podrá prorrogar cuando se estime conveniente, pero la duración total del arraigo no podrá exceder de ochenta días) y, por el otro, se define a la delincuencia organizada como "organización de hecho de tres o más personas para cometer delitos en forma permanente o reiterada en los términos de la ley de la materia".

Por último, en lo tocante a este artículo, se crea la figura del juez de control, que resolverá de forma inmediata todo lo concerniente a medidas precautorias.

Artículo 17

Aunque mantiene su texto original, este artículo presentó adiciones, las cuales se reducen a los siguientes dos puntos:

- Las sentencias que pongan fin a los juicios orales tendrán que ser explicadas en audiencia pública;
- La Federación y las entidades federativas garantizarán la calidad del servicio de defensoría de oficio (se prevé el servicio profesional de carrera para los defensores de oficio y su salario será, como mínimo, igual al de los agentes del Ministerio Público).

Artículo 18

Este artículo cambia los términos de "pena corporal", "sistema penal" y "readaptación social del delincuente" por "pena privativa de la libertad", "sistema penitenciario" y "reinserción del sentenciado", respectivamente.

Dicho precepto también agrega un párrafo *in fine* en el que se establece que la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias se realizarán en centros especiales cuando se trate de delincuencia organizada.

Artículo 19

Este artículo agrega al texto original los siguientes puntos importantes:

- El Ministerio Público sólo podrá solicitar a la autoridad judicial la prisión preventiva cuando otras

medidas cautelares no sean suficientes para garantizar (1) la comparecencia a juicio del imputado, (2) el desarrollo de la investigación y (3) la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, y/o cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Tratándose de delincuencia organizada, la prisión preventiva será decretada por la autoridad judicial de manera oficiosa;

- Se cambian los términos de “auto de sujeción a proceso” por “auto de vinculación a proceso”.

Artículo 20

Antes de la reforma, este artículo sólo establecía las garantías del inculpado y de la víctima u ofendido. Hoy, además, prevé los principios del proceso penal, diferenciándolos en generales y particulares. Los generales se reducen a oralidad, publicidad, inmediación y continuidad. Los particulares expresan, en resumen, lo siguiente:

- El objeto del proceso penal es el esclarecimiento de los hechos, la protección del inocente y la reparación del daño;
- Toda audiencia se celebrará en presencia del juez (esto es indelegable);
- La carga de la prueba de la culpabilidad incumbe al acusador;
- El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado.

En cuanto a las garantías del imputado, se hacen los siguientes cambios:

- Se establece expresamente el principio de presunción de inocencia;
- Se le informarán el nombre de la persona que lo acusa y el hecho por el que lo acusa no hasta ser consignado ante la autoridad judicial (como antes) sino desde que se encuentre en detención ante el Ministerio Público;
- Tendrá derecho a nombrar libremente abogado para su defensa. Si no lo hace, se le nombrará un defensor de oficio. Cabe destacar que antes la defensa la podía asumir el mismo imputado o podía nombrar como representante a una persona de su confianza, cuestión en la que hoy es omiso el artículo en cuestión.

En cuanto a las garantías de la víctima u ofendido, se agrega la garantía del resguardo de su identidad cuando el que conoce de la causa lo juzgue conveniente.

Artículo 21

El Ministerio Público pierde el monopolio del ejercicio de la acción penal, y se prevé la posibilidad de que los particulares la ejerciten en los casos previstos en la ley penal, es decir, ya no solamente el Ministerio Público podrá reportar la posible comisión de un delito ante la autoridad judicial, sino que también lo podrá hacer cualquier particular. Esto se antoja delicado a primera vista pero —como advierte el propio precepto constitucional— la forma de este ejercicio especial de la acción penal será delineada por la ley penal, por lo que tendremos que esperar las reformas a la legislación penal secundaria para poder analizar la intervención de los particulares en la actividad acusadora.

Artículo 22

Se establece expresamente el principio de la proporcionalidad de las penas, la cual será guardada entre el delito de que se trate y la afectación del bien jurídico.

Artículo 73

Este artículo prevé las facultades del Congreso de la Unión. La Fracción **xxi** agrega la facultad de legislar en materia de delincuencia organizada, mientras que la Fracción **xxiii** agrega la facultad de establecer y regular las instituciones de seguridad que prevé el Artículo 21 constitucional.

Artículo 115

En su Fracción **vii**, este artículo establecía que la policía municipal estaría bajo el mando del presidente municipal en los términos del reglamento correspondiente. Hoy establece que al mando de la policía preventiva estará el presidente municipal en los términos de la Ley de Seguridad Pública del Estado.

Artículo 123

La Fracción **xiii** del apartado **b** de este artículo prevé de manera novedosa que las autoridades de los tres órdenes de gobierno instrumentarán sistemas

complementarios de seguridad social a fin de fortalecer la seguridad del personal del Ministerio Público, de las corporaciones policiales y de los servicios periciales, y de sus familias y dependientes.

No podemos dejar de mencionar que la entrada en vigor de las presentes reformas es, según la regla general, al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*. Sin embargo, dicha regla admite excepciones que prevén distintas *vacatio legis* y que se determinan por diversas circunstancias que van desde la entrada en vigor de la legislación secundaria hasta el ejercicio de la facultad del Congreso de la Unión prevista en la Fracción XXI del Artículo 73 constitucional.

Por último, el Artículo quinto transitorio del decreto aquí expuesto establece que los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor del nuevo sistema penal acusatorio serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes antes de dicho acto. •

ENSAYO

Los bancos y la crisis económica

Sería un tanto repetitivo intentar narrar las causas de la crisis económica que aqueja actualmente a todas las economías del orbe. Aun cuando es, sin duda, un tema complejo tanto por los instrumentos financieros que se utilizaron para multiplicar el dinero (*i.e. Mortgage Backed Securities, MBS; Collateralized Debt Obligations, CDO; Credit Default Swaps, CDS, etcétera*) como por la diversidad de participantes y su interdependencia, la mayoría de los ciudadanos medianamente interesados en la problemática tienen ya una idea básica de lo que sucedió.

Sin embargo, nos parece importante subrayar algunos de los que consideramos los incentivos subyacentes a los hechos. Entre 2005 y 2007 el mercado financiero tenía una altísima liquidez de recursos. La crisis comenzó porque el mercado inmobiliario de los Estados Unidos tuvo un sobrecalentamiento ficticio que generó una burbuja como consecuencia, entre otras razones, del fácil acceso al crédito por parte del consumidor norteamericano.



VON WOBESER
Y SIERRA

se complace en participar que

Rupert Hüttler

ha sido admitido como socio de esta firma

Enero de 2009

El negocio de los bancos es vender productos de crédito. La generación de utilidades está, primordialmente, en el diferencial entre la tasa de interés a la que los bancos se fondean y la tasa de interés a la que prestan. Adicionalmente, obtienen ingresos por el cobro de comisiones tales como las comisiones por estructuración, que es un porcentaje sobre el monto total del crédito. Las áreas de negocio de los bancos, como las de cualquier empresa, se fijan metas de ventas y sus ejecutivos son evaluados y compensados conforme a los resultados.

Hasta antes de esta crisis, en Wall Street era común toparse con ejecutivos bancarios de mediano nivel que percibían bonos anuales de 12 a 18 meses de sueldo. Las compensaciones de la alta gerencia eran desproporcionadas. En el 2006, el 96.6% de los *chief executive officers* de las empresas S&P's 500 recibieron un promedio de USD \$1.9 millones en efectivo al final del año. El sector financiero está por encima de esa media. Por ejemplo, en 2007 Goldman Sachs le pagó a su CEO Lloyd Blankfein un bono de USD \$30 millones (y una compensación total de USD \$76 millones), con lo que se convirtió en el séptimo CEO mejor pagado. Lo anterior sin mencionar las pensiones millonarias, los beneficios laborales y los contratos de separación que otorgan pagos de hasta USD \$200 millones a CEO's que son removidos de sus encargos por cualquier causa, incluso por no lograr las metas para las cuales fueron contratados. Con incentivos como éstos y con las grandes cantidades de dinero disponibles para préstamos, no es difícil imaginar que los criterios para el otorgamiento de crédito, delineados por la alta gerencia de los bancos, se tornaran más laxos.

En el 2001, la empresa texana Enron solicitó el ingreso al proceso de quiebra. De un día para otro se desenmascaró lo que, en ese entonces, fue el fraude corporativo más grande de la historia de Estados Unidos. La respuesta de las autoridades a dicho escándalo fue la Ley Sarbanes-Oxley, la cual

revolucionó a nivel mundial el concepto de gobernabilidad corporativa. Las pérdidas que Enron produjo son ínfimas comparadas con las de la crisis hipotecaria.

En su toma de protesta, el presidente de los Estados Unidos Barack Obama se ha referido a la crisis actual como la "consecuencia de la avaricia y la irresponsabilidad de algunos". Asimismo, afirmó que ésta "nos recuerda que sin un ojo vigilante, el mercado puede salirse de control". Podemos estar seguros de que, próximamente, el poder ejecutivo norteamericano enviará al Congreso diversas iniciativas regulatorias. Si las autoridades desean ir al fondo, dichas iniciativas deberán estar dirigidas a regular los criterios para establecer las políticas de crédito. Asimismo, se deberán emitir reglas para evitar el conflicto de intereses de los tomadores de decisiones y para establecer criterios veraces de valuación y calificación tanto de las empresas como de la cartera crediticia. Por último, en contraposición a la corriente ideológica de Alan Greenspan, se deberán emitir regulaciones para supervisar, entre otros, a los bancos de inversión que —aun cuando, como inversionistas institucionales, son conscientes de los riesgos que pueden tomar, a diferencia del gran público inversionista— necesitan ser vigilados para que no cometan ciertos "errores de juicio", ya que son "demasiado grandes para fallar". •

Von Wobeser y Sierra, S.C. presta servicios profesionales en todas las áreas del derecho con excepción del derecho penal, el derecho de familia y algunas áreas de litigio civil y mercantil de cuantía e importancia menores. Nos especializamos en las siguientes materias:

- Derecho aduanero y comercio exterior
- Amparo y procedimientos administrativos
- Arbitraje comercial nacional e internacional
- Bancario
- Bursátil
- Competencia económica
- Consultoría y litigio fiscal
- Contratos mercantiles
- Derecho corporativo
- Derecho financiero
- Fusiones y adquisiciones
- Derecho inmobiliario
- Inversión extranjera
- Derecho laboral
- Litigio mercantil
- Derecho migratorio
- Propiedad industrial e intelectual
- Protección ambiental y ecología
- Regulación y proyectos en materia de energía
- Telecomunicaciones
- Turismo

El presente boletín es un servicio adicional para nuestros clientes y amigos y tiene como objetivo informar acerca de temas jurídicos. Este boletín no constituye una asesoría jurídica sobre asunto o caso concreto alguno. Tampoco refleja ninguna opinión personal de los abogados que han contribuido en su redacción y menos aún una asesoría concreta o específica u opinión del despacho **VON WOBESER Y SIERRA, S.C.**

En caso de que requiera reproducir alguno de los textos publicados en este boletín para uso exclusivamente personal y sin ningún otro fin, lo puede hacer a condición de que incluya con el trabajo la reserva de derechos de autor, anotada al pie de esta página.

VON WOBESER Y SIERRA, S.C.

Guillermo González Camarena 1100 – 7° piso
Santa Fe, Centro de Ciudad
Delegación Álvaro Obregón, 01210, D.F.
Tel.: (52 55) 52 58 10 00
Fax: (52 55) 52 58 10 98 / 10 99

Para cualquier pregunta, comentario o sugerencia favor de contactar a:
Javier Lizardi, jlizardi@vwys.com.mx
Fernando Moreno, fmoreno@vwys.com.mx
Claus von Wobeser, cvonwobeser@vwys.com.mx

Para consultar los números anteriores de este boletín, visite por favor nuestra página de internet:

www.vonwobeserysierra.com

© 2009 by Von Wobeser y Sierra, S.C.

Edición: Ignacio Ortiz Monasterio
Diseño gráfico: Rogelio Rangel