

14 COLECCIÓN de REGULACIÓN
MINERA y ENERGÉTICA

MILTON FERNANDO MONTOYA / Coordinador

Temas de derecho minero-energético

Universidad
Externado
de Colombia

Milton Fernando Montoya Pardo
Coordinador

Temas de derecho minero-energético

Universidad Externado de Colombia

Temas de derecho minero, energético y petrolero / Milton Fernando Montoya, coordinador ; Ana Paola Gutiérrez [y otros]. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020.

588 páginas : ilustraciones, gráficos, fotografías, mapas ; 21 cm. (Colección de Regulación Minera y Energética ; 14)

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587905205

1. Industria minera – Colombia 2. Industria minera -- Aspectos económicos – Colombia 3. Industria del petróleo -- Aspectos constitucionales – Colombia 4. Posconflicto armado -- Aspectos jurídicos – Colombia 5. Derecho minero -- Colombia I. Montoya, Milton Fernando, coordinador II. Universidad Externado de Colombia III. Título IV. Serie

348.3 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca EAP.
diciembre de 2020

ISBN 978-958-790-520-5

© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 02 88

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Pablo Emilio Daza Velásquez

Composición: Precolombi EU, David Reyes

Impresión y encuadernación: Digiprint Editores S.A.S.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

**SOCIEDADES MERCANTILES SUSTENTABLES:
LA ADAPTACIÓN DE LAS TEORÍAS DEL
SHAREHOLDER PRIMACY Y DEL STAKEHOLDER
VALUE A LA TRANSICIÓN CLIMÁTICA**

MIGUEL ÁNGEL MARMOLEJO-CERVANTES¹

*Hoy están aquí para reflexionar sobre cómo
remediar esta profunda crisis causada por la
confusión de nuestras cuentas morales con
nuestras cuentas financieras. Usted está aquí para
ayudar a detener una crisis que está llevando al
mundo hacia el desastre.*

PAPA FRANCISCO²

-
- 1 Doctor en Derecho por el Centro de Estudios de Posgrado en Derecho (México). Profesor en Derecho y Justicia Energética. Universidad Panamericana. Facultad de Derecho. Josemaría Escrivá de Balaguer 101, Aguascalientes, Aguascalientes, 20290, México y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-1) en Conacyt. Corredor público número 11 de la Plaza Aguascalientes, México. Correo electrónico: mmarmolejo@up.edu.mx
 - 2 Papa Francisco, *Combatir el cambio climático ante de que sea tarde*, 2019. Recuperado de <https://www.vaticannews.va/es/vaticano/news/2019-05/papa-francisco-cambio-climatico-academia-ciencias.html>.

INTRODUCCIÓN

La estructura del presente artículo de investigación, comienza con el concepto de *sociedad mercantil*, destacando la falta de definición en la propia Ley General de Sociedades Mercantiles, situación que es subsanada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se aprecia como elemento esencial de su definición, la especulación mercantil, la cual implica la generación de ganancias siempre que estas sean lícitas.

A continuación, se aprecia el rubro de sustentabilidad y su inferencia constitucional, ahí se encuentra la vinculación de dicho concepto a nivel constitucional y su interacción con la especulación mercantil.

Posteriormente, se transpola dicha inferencia constitucional sobre la sustentabilidad a las leyes reglamentarias en materia ambiental y de cambio climático. Una vez que se construye la relación de coexistencia entre la sustentabilidad y la especulación mercantil que deriva de las disposiciones constitucionales y reglamentarias en materia ambiental y de cambio climático, se procede al análisis de las teorías del *shareholder primacy* y del *stakeholder value*, precisando sus definiciones, características y límites contenidas en la doctrina para ser contrastadas a la luz de la sustentabilidad y verificar su aplicabilidad para el caso del marco legal aplicable a las sociedades mercantiles mexicanas.

Finalmente se expone una alternativa de solución de un nuevo sistema jurídico a la Ley General de Sociedades Mercantiles, titulada *Sociedades mercantiles sustentables*, consistente en la reforma a dicha ley en cinco ejes relativos a (1) la denominación social, (2) el objeto social, (3) la responsabilidad del Consejo de Administración, (4) la responsabilidad fiduciaria de los accionistas bajo la visión del *stakeholder value* y (5) la asamblea ordinaria anual,

sistema que podrá ser replicado por el mercado de valores, regido por la Ley del Mercado de Valores, bajo la conceptualización de las “sociedades bursátiles sustentables”. Se da término a la investigación, mediante la expresión de las conclusiones correspondientes.

CONCEPTO DE SOCIEDAD MERCANTIL

El derecho de asociación es un derecho de carácter constitucional que se encuentra regulado en el artículo 9.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), el cual, una vez ejercitado, tiene como consecuencia jurídica la creación de una persona moral, siempre y cuando, se haya realizado pacíficamente y tenga un objeto lícito³.

En México, la ley que regula a las sociedades de carácter comercial, es la Ley General de Sociedades Mercantiles⁴, esta no establece una definición de sociedad mercantil, sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación subsana dicha omisión⁵ al tomar como base la definición de sociedad civil contemplada en el artículo 2688 del Código Civil Federal, pero adaptándola a la naturaleza mercantil, señalando que por sociedad mercantil debe conceptualizarse como aquella persona jurídica distinta de los socios que la integran derivada del contrato de

3 Manual de introducción al derecho mercantil. Generalidades de las sociedades mercantiles, 2019. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3259/10.pdf>.

4 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley General de Sociedades Mercantiles, 14 de junio de 2018 Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/144_140618.pdf.

5 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno. Tesis aislada (civil), agosto, 2010. Registro: 163927. Sociedad mercantil. Su concepto. (Ponente: Luis María Aguilar Morales).

sociedad, por medio del cual se obligan mutuamente a combinar sus recursos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico y con fines de especulación comercial.

Por especulación mercantil interpreta la Corte a la ganancia, beneficio o lucro que se sigue de una actividad que es considerada acto de comercio⁶. Al respecto, el jurista Barrera Graf precisa que la especulación mercantil es aquel carácter lucrativo que implica una intención de obtener ganancias⁷. En ambas consideraciones, no se aprecia *prima facie* que exista un límite en la manera en cómo deben ser obtenidas las ganancias, es decir, existe plena libertad al respecto, lo que se traduce en una actuación discrecional de la sociedad a fin de lograr sus objetivos sociales; se podría afirmar que existe una limitación genérica, consistente en que la obtención de las ganancias debe sujetarse al requisito de que sean generadas siempre al amparo de una actividad lícita⁸; lo que no restringe *per se* el rango de acción de la sociedad, puesto que esta opera bajo el principio de buena fe⁹, es decir, la conducción necesaria de los negocios sociales conforme a derecho.

-
- 6 Cámara de Diputados del H. Congreso De La Unión. (28 de marzo de 2018). El artículo 75 del Código de Comercio establece las actividades que son consideradas actos de comercio. Por su parte el artículo 3 establece que las sociedades mercantiles son consideradas comerciantes. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3_311218.pdf.
 - 7 BARRERA GRAF JORGE. (2005). *Instituciones de derecho mercantil. Generalidades. Derecho de la Empresa. Sociedades*. Sexta reimpresión (México: Porrúa), 72.
 - 8 Interpretación a *contrario sensu* del artículo 3 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que establece que las sociedades mercantiles que tengan un objeto lícito o ejecuten habitualmente actos ilícitos, serán nulas y procederá a su inmediata liquidación.
 - 9 Por buena fe se define como la creencia de una persona de que actúa conforme a derecho, es un principio general del derecho que implica un imperativo de conducta honesta, diligente, correcta, que exige a las personas de derecho una lealtad y honestidad que excluya toda intención maliciosa.

SUSTENTABILIDAD: INFERENCIA CONSTITUCIONAL

Si bien es cierto que no existe una limitación expresa sobre la conducción discrecional de las sociedades mercantiles, lo cierto es que la CPEUM sí establece un mecanismo de armonización entre la especulación mercantil y los objetivos del Estado, dicho de otra forma, entre los intereses económicos de los particulares y los propios de la colectividad representados a través del Estado. Tal mecanismo que, en realidad, representa una facultad de carácter constitucional, se ve expresado cuando el Estado interviene en la conducción de la economía a fin de lograr un desarrollo industrial sustentable.

En efecto, el artículo 25 de la Carta Magna faculta al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que este sea integral y sustentable y que la ley aliente y proteja la actividad económica que realicen los particulares. De igual manera, la ley deberá proveer que las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, promoviendo la competitividad e implementando una política nacional para el desarrollo industrial sustentable.

Así, tenemos que la obtención de las ganancias derivadas de los actos de comercio lícitos a consecuencia de la conducción discrecional, siempre de buena fe, de las sociedades mercantiles, deberá contribuir, conforme a la rectoría del Estado, al desarrollo industrial sustentable.

En este sentido, esta situación de ninguna manera lleva a pensar que la rectoría del Estado sea una restricción al

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno. (Abril, 2015). Jurisprudencia (Civil). Registro: 2008952. Doctrina de los actos propios. Su derivación inmediata y directa del principio general de buena fe. (Ponente: Laura Díaz Jiménez).

campo de acción de las sociedades mercantiles, sino más bien a que la sustentabilidad sea considerada como un principio rector en la actuación discrecional de las sociedades y esta se deposita en el núcleo de la toma de decisiones corporativas. Así, la especulación mercantil, es decir, la obtención de las ganancias, deberá llevarse a cabo tomando en cuenta la adopción del principio de sustentabilidad en el desarrollo ordinario de los negocios mercantiles.

Este pensamiento relativo a las ganancias generadas con motivo de la conducción discrecional, pero sustentable de las sociedades mercantiles, no se encuentra regulado expresamente en el marco legal societario, sino que es una inferencia derivada de su correlación con el marco constitucional vigente.

De hecho, la interpretación de desarrollo sustentable aún se encuentra en una etapa de gestación al interior del Poder Judicial de la Federación, es decir, se encuentra en proceso de construcción jurisprudencial; sin embargo, es válido considerar, como una muestra representativa, el criterio que sostiene la tesis aislada relativa a la correlación entre el medio ambiente sano y el desarrollo sustentable¹⁰, destacándose la incorporación intrínseca de la sustentabilidad, sobre el marco económico y social del desarrollo, lo que implica —compaginar— (armonizar) metas fundamentales entre el desarrollo económico y la preservación de los recursos a través del desarrollo sustentable, de manera que la sustentabilidad ecológica garantice la utilización de los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras, evitando su deterioro.

10 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno. (Junio, 2018). Tesis Aislada (Constitucional). Registro: 2017255. Medio Ambiente Sano. Su relación con el desarrollo sustentable y otros derechos fundamentales que intervienen en su protección. (Ponente: Juan Ramón Rodríguez Minaya).

El desarrollo sustentable persigue el logro de los objetivos esenciales siguientes: (i) la eficiencia en la utilización de los recursos y el crecimiento cuantitativo, (ii) la limitación de la pobreza, el mantenimiento de los diversos sistemas sociales y culturales y la equidad social, y (iii) la preservación de los sistemas físicos y biológicos —recursos naturales, en sentido amplio— que sirven de soporte a la vida de los seres humanos, con lo cual se tutelan diversos derechos inherentes a las personas, como los relativos a la vida, la salud, la alimentación y al agua, entre otros.

Ahora bien, la inferencia en comento, se ve igualmente fortalecida al correlacionarla con los marcos legales secundarios en materia ambiental y de cambio climático.

SUSTENTABILIDAD: INFERENCIA EN MATERIA AMBIENTAL Y DE CAMBIO CLIMÁTICO

En materia ambiental, la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección Ambiental¹¹ tiene por objeto propiciar el desarrollo sustentable y es definido como el proceso evaluable mediante criterios e indicadores del carácter ambiental, económico y social que tiende a mejorar la calidad de vida y la productividad de las personas que se funda en medidas apropiadas de preservación del equilibrio ecológico, protección del ambiente y aprovechamiento de recursos naturales, de manera que no se comprometa la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras¹².

11 Cámara de Diputados del H. Congreso De La Unión. (05 de junio de 2018). Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/148_050618.pdf.

12 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (09 de enero de 2015). Artículo 2, fracción XI, (Título I). Ley General del Equilibrio Ecológico y la

Llama la atención que la ley citada establece como una de las bases para lograr el objeto de la ley, el aprovechamiento sustentable, de manera que sean —compatibles— la obtención de beneficios económicos y las actividades de la sociedad con la preservación de los ecosistemas.

Por otro lado, en materia de cambio climático, la Ley General de Cambio Climático¹³ establece las disposiciones para enfrentar los efectos adversos del cambio climático, ley que es reglamentaria de las disposiciones en materia de protección al ambiente, desarrollo sustentable, preservación y restauración del equilibrio ecológico.

Tiene como objeto, entre otros, promover la transición hacia una economía competitiva, sustentable, de bajas emisiones de carbono y resiliente a los fenómenos hidrometeorológicos extremos asociados al cambio climático¹⁴ (transición climática). Por tal motivo la formulación de la política nacional de cambio climático deberá observar, entre otros, los principios de adopción de patrones de producción y consumo por parte del sector público, social y privado para transitar hacia una economía de bajas emisiones de carbón, el compromiso con la economía y el desarrollo económico nacional para lograr la sustentabilidad sin vulnerar su competitividad frente a los mercados internacionales y la progresividad gradual, bajo un criterio de costo-eficiencia

protección al medio ambiente. Recuperado de <http://biblioteca.semarnat.gob.mx/janium/Documentos/Ciga/agenda/DOFsr/148.pdf>

- 13 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (13 de julio de 2018). Ley General de Cambio Climático. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGCC_130718.pdf.
- 14 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (13 de julio de 2018). Artículo 2 fracción VII (Título I). Ley General de Cambio Climático. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGCC_130718.pdf.

y disponibilidad de recursos tecnológicos y financieros¹⁵; algo lógico tomando en cuenta que México es considerado, a nivel mundial, un país productor de petróleo.

De hecho, el país se comprometió a reducir de manera no condicionada un 22 % sus emisiones de gases de efecto invernadero y un 51 % sus emisiones de carbono negro al 2030 con respecto a la línea base. La reducción del 22 % de las emisiones de gases de efecto invernadero se conseguirá a través del compromiso de los diferentes sectores participantes, de acuerdo con las metas siguientes: transporte 18%; generación eléctrica 31%; residencial y comercial 18%; petróleo y gas 14%; industria 5%; agricultura y ganadería 8% y residuos 28 %¹⁶.

Cabe destacar que los empresarios utilizan habitualmente como vehículo de inversión una sociedad mercantil, a efecto de llevar a cabo sus actividades empresariales en los sectores de transporte, generación eléctrica, residencial y comercial, petróleo y gas, industria, agricultura y ganadería y residuos, esto porque la Ley General de Sociedades Mercantiles no restringe la creación de estas a ningún tipo de actividad en particular, incluso las actividades de generación eléctrica y petróleo y gas han sido liberalizadas al sector privado a propósito de la reforma constitucional en materia de energía publicada el 20 de

15 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (13 de julio de 2018). Artículo 26 fracciones v, xii y xiii y artículo 32 (título iv). Ley General De Cambio Climático. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGCC_130718.pdf.

16 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (13 de julio de 2018). Artículos Transitorios, artículo segundo. Ley General De Cambio Climático. Recuperado de http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5531463&fecha=13/07/2018.

Diciembre del 2013^[17]; sin dejar de tomar en consideración el cumplimiento de los porcentajes de inversión extranjera que establece la Ley de Inversión Extranjera¹⁸.

De lo anterior se desprende un patrón común, la existencia de una permisividad entre la obtención de los beneficios económicos (la especulación mercantil, *ergo* obtención de ganancias) y la preservación de los ecosistemas, siempre y cuando sean —compatibles—, o más bien coexistentes; algo muy similar al criterio judicial descrito en líneas anteriores, al utilizarse la palabra clave *compaginar* (armonizar), el desarrollo económico y la preservación de los recursos.

En este sentido, la conducción discrecional, pero sustentable de las sociedades mercantiles en la generación de las ganancias, debe coexistir con el equilibrio ecológico, protección ambiental y aprovechamiento de recursos naturales, al igual que junto con las metas de la transición climática, a pesar de que la Ley General de Sociedades Mercantiles, expresamente, no se disponga a la obligación de sustentabilidad para temas ambientales y de cambio climático.

Sin embargo, lo anterior puede ser interpretado en que la obligación de coexistencia entre la especulación mercantil y los temas económicos, sociales y ambientales de la transición climática se tiene por cumplida, si la sociedad mercantil da cumplimiento exacto a las obligaciones contempladas en los marcos regulatorios ambientales y

17 Diario Oficial de la Federación (20 de diciembre de 2013). Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de energía. Recuperado de http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5327463&fecha=20/12/2013.

18 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (15 de junio de 2018). Ley de Inversión Extranjera. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/44_150618.pdf.

de cambio climático (que por cierto, su incumplimiento genera la imposición de multas, las cuales, además de ser económicamente administrables, probablemente no sean debidamente ejecutadas dada la fragilidad del estado de derecho mexicano), a pesar de que en la realidad se requiera de una actitud más propositiva, incluso más allá del criterio de coexistencia citado (este que tal vez debería ser recharacterizado en función al sentido de urgencia propio de la transición climática), y sobre todo de una mayor velocidad en el combate a los efectos nocivos derivados de la transición climática, puesto que el principio de progresividad gradual de la política pública de cambio climático representa un obstáculo *per se*, cuando debiera ser progresivo, pero a una mayor velocidad.

Igualmente, es insuficiente cuidar la competitividad y las metas de reducción de emisiones de carbón condicionadas bajo el criterio de costo-eficiencia y disponibilidad de recursos tecnológicos y financieros, cuando debiera ser competitivo, pero dentro de una economía baja en carbón aplicándose un criterio ampliado de costo-beneficio-riesgo-alternativa¹⁹. En relación con la reducción de las emisiones, debiera ser sin las condicionantes de carácter financiero y tecnológico y, en cambio, optar por la alternativa de implementar políticas fiscales que promuevan impuestos ambientales a fin de generar los ingresos necesarios que sean exclusivamente aplicados a la transición climática²⁰,

19 Pontificio Consejo Justicia y Paz, Energía, Justicia y Paz, una reflexión sobre la energía en el contexto actual del desarrollo y la protección del medio ambiente. (2014). Prólogo de Peter K.A. Cardenal Turkson y Mario Toso. Libreria Editrice Vaticana, p. 78.

20 A. PIGATO MIRIA. (2019). Editora, Fiscal Policies for Development and Climate Action. 2019 International Bank for Reconstruction and Development & the World Bank. Recuperado de <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/31051/9781464813580.pdf?sequence=4&isAllowed=y>.

claro, bajo una razonabilidad de eficiencia tributaria que excluya la lógica recaudatoria *per se*, así como un esquema de deducciones estructurales que incentiven a la inversión privada y que, en combinación con las políticas privadas de inversión de los inversionistas institucionales, se genere un clima propicio para la consecución de los objetivos y las metas de la transición climática²¹.

Ahora bien, si se infiere con argumentos de naturaleza constitucional, ambiental y de cambio climático que las sociedades mercantiles deben considerar a la sustentabilidad como un principio rector en su actuación y que este es depositado en el seno donde se toman las decisiones corporativas, ello implica forzosamente que será responsabilidad de los accionistas, en asamblea, del consejo de administración, en su gestión, y del director general, en su ejecución, el estar alineados y asegurarse, entre ellos, que la sustentabilidad sea permeada en todos y cada uno de los negocios sociales que conlleven una ganancia; aquí es donde justamente existe un punto de convergencia con las teorías del *shareholder primacy* y del *stakeholder value*.

SUSTENTABILIDAD: LA TEORÍA DEL *SHAREHOLDER PRIMACY* Y DEL *STAKEHOLDER VALUE*

La teoría de la *shareholder value* (*shareholder primacy*) es concebida por la doctrina empresarial como la creación y maximización de valor a favor del accionista. Luis Fernando

21 Como lo es el caso del Fondo Soberano Noruego, cuyo valor es de un trillón de coronas noruegas, donde presionarán a las 9000 firmas, en las que invierte, a revelar mayor información sobre los gases de efecto invernadero que emiten y cómo se adaptan al cambio climático. World's largest wealth fund to press firms for climate data at AGMs. (2019) Reuters. Recuperado de <https://uk.reuters.com/article/uk-norway-swf/worlds-largest-wealth-fund-to-press-firms-for-climate-data-at-agms-idUKKCN1PW1LJ>

Sabogal apunta a que se concibe el interés social, ya no tanto bajo la idea de un beneficio económico encaminado a repartir las utilidades de los socios, sino como un interés que busca la maximización del valor actual de las acciones; teoría que comenzó a gestarse en los años de 1980, pero que tuvo su auge, como forma de gobierno de las sociedades anónimas cotizadas, en la década de los años de 1990^[22].

Bajo esta teoría, Numa Marín señala que los accionistas esperan de los dirigentes una optimización en la gestión de las empresas, volumen de ventas, crecimiento en el mercado, aumento de precio de las acciones en bolsa (*stock options*) o plusvalía en la negociación de sus títulos, y al final de cuentas en un aumento de dividendos o jugosas utilidades. Significa que los dirigentes están al servicio de los accionistas. Siempre deberán actuar en el interés de estos, ya que son sus mandatarios —sus agentes, dicen los economistas—. En fin, algunos más radicales afirman que los accionistas son los propietarios de las empresas y los dirigentes son sus simples empleados²³.

Ante este abuso del derecho de parte de los accionistas y confusión de roles, Sánchez-Calero Guilarte presenta las siguientes reflexiones: (i) el valor de las acciones en el mercado público de valores —bajo esta concepción de la *shareholder value*— deja de ser un mero reflejo de la situación económica de la compañía y pasa a convertirse en el mismo fin de la empresa, (ii) desde el punto de vista financiero

22 MORGESTEIN SÁNCHEZ, WILSON IVÁN. La noción de *shareholder value* y la teoría de los *stakeholders*: visión contemporánea del concepto de “interés social” desde la perspectiva de creación de valor. (2012), 70. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v12n23/v12n23a06.pdf>

23 MORGESTEIN SÁNCHEZ, WILSON IVÁN. La noción de *shareholder value* y la teoría de los *stakeholders*: visión contemporánea del concepto de “interés social” desde la perspectiva de creación de valor. (2012), 71. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v12n23/v12n23a06.pdf>

es bien discutido el tema de la formación de los precios bursátiles, especialmente en el que tiene que ver con los métodos de valoración y los criterios de medición del valor que se dice creado y (iii) la experiencia ha mostrado cómo una aparentemente correcta creación y maximización de valor para el accionista no siempre es legítima ni coincide con una adecuada gestión de la empresa.

Por otro lado, la teoría del *stakeholder value* tiene como génesis el auge mundial de la responsabilidad social de la empresa y representa un criterio de gestión de la sociedad anónima abierta; esta pregona la defensa de los diversos grupos de interés que se ven afectados por el desarrollo de la actividad económica, intentando dejar a un lado la tesis de que los administradores, en el ejercicio de sus funciones, deben “crear valor” única y exclusivamente a favor de los inversores²⁴.

El solo postulado es revolucionario, sin embargo, genera graves críticas a cargo de Sánchez-Calero Guilarte: (i) determinar qué es lo más conveniente para la comunidad no es cosa que les corresponda a los que administran las sociedades mercantiles, sino a los titulares de los poderes públicos del Estado, (ii) el tema de la responsabilidad social empresarial puede ser utilizado por administradores negligentes para excusar una deficiente gestión de la empresa, (iii) el afán por atender una diversidad de intereses puede llevar a un debilitamiento de la compañía y a una pérdida de su competitividad en el mercado y (iv) la experiencia ha demostrado que ese criterio “social” de

24 MORGESTEIN SÁNCHEZ, WILSON IVÁN. La noción de *shareholder value* y la teoría de los *stakeholders*: visión contemporánea del concepto de “interés social” desde la perspectiva de creación de valor. (2012), 72. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v12n23/v12n23a06.pdf>

gestión ha concluido en reestructuraciones traumáticas o absorciones de la empresa por terceros²⁵.

Yepes, Peña Collazos y Sánchez Maldonado, defensores de la teoría de los *stakeholders*, han contestado a estas críticas, entre otros, con los siguientes argumentos: (i) el problema de la responsabilidad social de la empresa no es de la órbita exclusiva del derecho de sociedades, sino que, por el contrario, en muchas legislaciones el asunto tiene un origen en la Ley Fundamental de cada país y (ii) si se propaga la idea de que solo los accionistas son quienes van a recibir los beneficios que se reporten en el desarrollo de la actividad empresarial, sin participar a nadie de estos, poco a poco la comunidad va a terminar rechazando a los inversionistas, sumiendo a la sociedad comercial en un profundo caos²⁶.

Esencialmente la diferencia entre una teoría y otra, se puede encontrar al dar respuesta a la pregunta ¿a qué interés obedecer? ¿Al accionista? (visión céntrica-exclusiva) o ¿a un tercero perjudicado? (visión satelital-bien común) o a ¿ambos?, buscando siempre la coexistencia, incluso a nivel de la ética empresarial. Esta discusión al parecer lleva milenios tratándose de resolver, bien lo registra históricamente el evangelio según San Mateo 6, 24-34, al citar: “*Nadie puede servir a dos señores, porque aborrecerá a*

25 MORGESTEIN SÁNCHEZ, WILSON IVÁN. La noción de *shareholder value* y la teoría de los *stakeholders*: visión contemporánea del concepto de “interés social” desde la perspectiva de creación de valor. (2012), 72. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v12n23/v12n23a06.pdf>

26 MORGESTEIN SÁNCHEZ, WILSON IVÁN. La noción de *shareholder value* y la teoría de los *stakeholders*: visión contemporánea del concepto de “interés social” desde la perspectiva de creación de valor. (2012), 73. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v12n23/v12n23a06.pdf>

*uno y odiará al otro; o bien se dedicará a uno y despreciará al otro. No podéis servir a Dios y al dinero*²⁷.

Si se hiciera una adaptación del anterior versículo a las teorías citadas y tratando de dar respuesta a la encrucijada milenaria planteada, podría plantearse de la siguiente manera: “No podéis servir al bien común y al accionista-céntrico”.

Una perspectiva de 180 grados se aprecia, cuando la teoría del *shareholder primacy* es contrastada contra la idea de la sustentabilidad. En efecto, los autores Beate Sja fjell, Andrew Johnston, Linn Anker-Sørensen y David Millón afirman que esta teoría constituye la principal barrera para las compañías sustentables, al mencionar que mientras se puede acordar que la compañía es una ingeniosa invención, también es que el concepto *business as usual* (“seguir como siempre” o bien la conducción normal del negocio, a pesar de la anormalidad de la realidad) no es viable si se desea preservar la base fundamental de nuestra existencia; al final del día, nuestro propio bienestar y el de las futuras generaciones dependen de que las sociedades mercantiles y su forma dominante de hacer negocios contribuyan a la transformación hacia la sustentabilidad.

Dichos autores señalan que el objeto social de una sociedad mercantil va más allá de lo expresado en la propia ley, ya que también representa una institución de carácter social mediante la cual, la gente (bien común) a través de la ley reconoce la existencia de las sociedades mercantiles como entes legales independientes²⁸. De esta forma, las

27 *Biblia de Jerusalén, 2009, 1428.*

28 Traducción propia del autor. “We can therefore imagine three different concepts of the purpose of the company as a matter of law: (1) a specific purpose, in relation to a particular context or relationship, that the companies legislation expresses; (2) an overarching purpose of the company as a matter of company law, which may or may not coincide with any specific purpose stipulated in companies legislation; and (3) the purpose of the

sociedades mercantiles deben identificar los intereses que deberán perseguir, es decir, los lineamientos nucleares mediante los cuales las sociedades deberán operar, esto representa la piedra angular de la toma de las decisiones corporativas, porque constituye el marco legal de los deberes y competencia de los órganos de administración de las sociedades mercantiles. El punto clave es que los intereses de las sociedades son los medios para lograr los fines del propósito social (bien común) de estas²⁹.

Incluso los autores en comento rechazan la interpretación de algunos estudiosos sobre el principio del *shareholder primacy*, ya que equiparan el propósito de la sociedad mercantil con el supuesto propósito de los accionistas, que se suponen buscan la maximización de sus beneficios, en virtud de que el propósito social de las sociedades trasciende al propósito específico —societario— de la sociedad mercantil³⁰.

company as a societal institution, the purpose for which society through law recognises the existence of companies as separate legal entities". Beate Sjaafjell, Andrew Johnston, Linn Anker-Sørensen y David Millón Shareholder primacy: the main barrier to sustainable companies. Recuperado de <https://www.ssrn.com/abstract=2664544>

- 29 Traducción propia del autor. "The interests of the company may be said to form the core of the guidelines, according to which the company is to be operated, and is a crucial touchstone in many legal systems' framework of the duties and competence of corporate organs. The board has a duty to take decisions which they think will further the interests of the company. The interests of the company also inform the application of other company law rules; it can be decisive for whether a decision by the majority of the general assembly of shareholders is valid. The key point is that the interests of the company are the means to the end of achieving the societal purpose of companies. Beate Sjaafjell, Andrew Johnston, Linn Anker-Sørensen, y David Millón Shareholder primacy: the main barrier to sustainable companies". Recuperado de <https://www.ssrn.com/abstract=2664544>
- 30 Traducción propia del autor. "As a result of their veneration of shareholder primacy, some scholars equate the purpose of the company with the assumed common purpose of one involved party, namely the shareholders,

Continúan manifestando que cuando actúa la teoría del *shareholder primacy* dentro de un contexto de gobierno corporativo, el criterio denominado *business judgment rule* (BJR) tiene el efecto de actuar como una barrera a las decisiones del órgano de administración dirigidas a una mayor sustentabilidad, pero la cual reduce la rentabilidad (ganancias) en el corto plazo³¹.

La Real Academia Española³² define el criterio del *business judgment rule* como la presunción de que en la toma de decisiones empresariales en las que existe margen de discrecionalidad, los administradores que hayan actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento adecuado, han cumplido con el estándar de diligencia de un ordenado empresario (institución propia

who are assumed to seek maximisation of their returns. We reject this conclusion, and argue that the societal purpose of companies transcends the specific purpose of any single corporate constituency. Beate Sja fjell, Andrew Johnston, Linn Anker-Sørensen, y David Millón Shareholder primacy: the main barrier to sustainable companies". Recuperado de <https://www.ssrn.com/abstract=2664544>

- 31 Traducción propia del autor. "That discretion opens up the prospect of the board using its authority to take account of sustainability considerations, even if this entails sacrificing profits and shareholder returns in the short term. The board can always argue that being seen as sustainable will create long-term shareholder value or be in the interests of the company (as the case may be), and the courts would be very unlikely to second-guess this business judgement. However, since the 1980s, this discretion has increasingly been pre-empted in both shareholder value and pluralist jurisdictions by the social norm of shareholder primacy, which has been allowed to take root because of the lack of legislative definitions of the purpose and interests of the company, combined with the broad scope of discretion under the BJR". Beate Sja fjell, Andrew Johnston, Linn Anker-Sørensen y David Millón Shareholder primacy: the main barrier to sustainable companies. Recuperado de <https://www.ssrn.com/abstract=2664544>
- 32 Real Academia Española. (2019). Recuperado de <https://dej.rae.es/lema/business-judgment-rule>.

del mundo anglosajón que excluye de responsabilidad por decisiones empresariales infructuosas).

En este sentido, los multicitados autores señalan que esta discrecionalidad abre la posibilidad de que el consejo de administración utilice su autoridad para tener en cuenta consideraciones de sustentabilidad, incluso si ello implica sacrificar los beneficios y la rentabilidad para los accionistas a corto plazo. El consejo siempre puede argumentar que el ser considerado sostenible creará valor a largo plazo para los accionistas o redundará en beneficio de la empresa (según sea el caso), y es muy poco probable que los tribunales cuestionen el criterio BJR. Sin embargo, desde los años de 1980, esta discrecionalidad se ha visto cada vez más favorecida tanto en las jurisdicciones pluralistas (visión del *stakeholder value*) como en las de valor para el accionista (*shareholder primacy*), por la norma social de la primacía del accionista, la cual se ha podido arraigar debido a la falta de definiciones legislativas de la finalidad y los intereses de la empresa, junto con el amplio margen de discrecionalidad que ofrece el BJR³³.

De este modo, aseguran que los costos sociales quedan excluidos del análisis del BJR, estos que son dejados a la regulación externa o a la responsabilidad social corporativa

33 Traducción propia del autor. "The board can always argue that being seen as sustainable will create long-term shareholder value or be in the interests of the company (as the case may be), and the courts would be very unlikely to second-guess this business judgement. However, since the 1980s, this discretion has increasingly been pre-empted in both shareholder value and pluralist jurisdictions by the social norm of shareholder primacy, which has been allowed to take root because of the lack of legislative definitions of the purpose and interests of the company, combined with the broad scope of discretion under the BJR. Beate Sjafjell, Andrew Johnston, Linn Anker-Sørensen, y David Millón Shareholder primacy: the main barrier to sustainable companies". Recuperado de <https://www.ssrn.com/abstract=2664544>

voluntaria (no vinculante³⁴) como ahora es pactado en el T-MEC³⁵ bajo la fórmula elegante de alentar a las empresas a la adopción de las mejores prácticas voluntarias de responsabilidad social corporativa que estén relacionadas con el medio ambiente para fortalecer la coherencia entre los objetivos económicos y los ambientales, pero incluso cuando las sociedades mercantiles del mundo adoptan la sostenibilidad en sus políticas y en su comercialización, la sostenibilidad financiera de la sociedad es el punto central, en lugar de garantizar que su empresa funcione con los límites de una biosfera finita y vulnerable³⁶ (también

34 Como lo es el caso del código de principios y mejores prácticas de gobierno corporativo, edición 2018, del Consejo Coordinador Empresarial, donde se destaca que el concepto de terceros interesados (atento a la teoría del stakeholder value, pero de carácter optativo), se refiere a cualquier persona física o moral, distinta a los accionistas, interesada en el buen desempeño, la estabilidad y permanencia en el tiempo de la sociedad. Sin considerar a la sustentabilidad como un principio rector de la actuación corporativa. Recuperado de https://www.bmv.com.mx/docs-pub/MARCO_NORMATIVO/CTEN_MNOD/CPMPGC-Julio%202018.pdf

35 Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá, recientemente aprobado por el Senado mexicano. Artículo 24.13: Responsabilidad Social Corporativa y Conducta Empresarial Responsable. 1. Las Partes reconocen la importancia de promover la responsabilidad social corporativa y la conducta empresarial responsable. 2. Cada Parte alentará a las empresas organizadas o constituidas conforme a sus leyes, o que operen en su territorio, a adoptar e implementar las mejores prácticas voluntarias de responsabilidad social corporativa que estén relacionadas con el medio ambiente, tales como aquellas en directrices y lineamientos reconocidos internacionalmente que han sido respaldados o son apoyados por esa Parte, para fortalecer la coherencia entre los objetivos económicos y los ambientales. Recuperado de <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465806/24ESPMedioAmbiente.pdf>

36 Traducción propia del autor. "Social costs are thereby excluded from the analysis, left to external regulation or voluntary CSR, but even when corporate groups of the world embrace sustainability in their policies and marketing, the financial sustainability of their business is the focal point, rather than ensuring that their business functions with the boundaries of a finite and vulnerable biosphere". Beate Sjaafjell, Andrew Johnston, Linn Anker-Sørensen, y David Millón Shareholder primacy: the main barrier

conocidos bajo el rubro de límites planetarios, estos se definen bajo el concepto de *fronteras planetarias* que presenta un conjunto de nueve fronteras planetarias dentro de las cuales la humanidad puede continuar desarrollándose y prosperando para las generaciones venideras; Stockholm Resilience Centre³⁷).

Los citados autores afirman que el derecho societario ofrece a los accionistas mayoritarios un amplio margen de acción e influencia cuando desean utilizar una determinada sociedad mercantil como un vehículo para contribuir a la sostenibilidad medioambiental, pero en la práctica, el derecho societario no impone límites significativos a los efectos destructivos de la ética del *shareholder primacy*. Se ha permitido que se desarrolle la teoría del *shareholder primacy* porque la ley no contiene una declaración explícita de cuál es el propósito social de las sociedades mercantiles, ni de cuáles son los intereses de estas³⁸.

Finalmente, concluyen que la teoría del *shareholder primacy* se ha afianzado profundamente a través de la

to sustainable companies". Recuperado de <https://www.ssrn.com/abstract=2664544>

37 Traducción del autor: "The planetary boundaries concept presents a set of nine planetary boundaries within which humanity can continue to develop and thrive for generations to come". Recuperado de <https://www.stockholmresilience.org/research/planetary-boundaries.html>.

38 Traducción propia del autor. "Company law gives majority shareholders ample scope for action and influence where they want to use a particular company as a vehicle for contributing to environmental sustainability, but in practice, company law does not impose meaningful limits on the destructive effects of the ethos of shareholder primacy. Shareholder primacy has been allowed to develop because the law contains neither an explicit statement of what the societal purpose of companies is, nor of what the interests of the company are". Beate Sjaafjell, Andrew Johnston, Linn Anker-Sørensen, y David Millón Shareholder primacy: the main barrier to sustainable companies. Recuperado de <https://www.ssrn.com/abstract=2664544>

presión del mercado, lo que hace necesaria una reforma legal para corregir esta deficiencia del mercado. Hay que dar ventajas competitivas a las sociedades mercantiles que contribuyen al desarrollo sostenible y retirarlas de las que no lo hacen. La reforma al núcleo del derecho societario, tanto a nivel de principio general como a nivel de su estructura detallada, es un requisito previo para lograr la sostenibilidad de las empresas; la reforma a dicho derecho no es la solución a todos los problemas, pero sí es una pieza crucial del rompecabezas de la sustentabilidad que es necesario urgentemente poner en marcha³⁹.

Desafortunadamente, la Ley General de Sociedades Mercantiles da pauta a la teoría del *shareholder primacy*, por no contar con límites en el campo de acción, puesto que permite a la asamblea de accionistas válidamente modificar el objeto social, remover a los consejeros y dar marcha atrás a los objetivos de sustentabilidad establecidos, incluso previamente por ellos, máxime si se ponen en riesgo las ganancias a corto plazo de la sociedad mercantil (el deber fiduciario de los accionistas solo implica respetar a la minoría accionaria de no causarle un daño patrimonial). A nivel consejo de administración, basta que sus miembros, al momento de la toma de las decisiones

39 Traducción propia del autor. "Shareholder primacy has become deeply entrenched through market pressure, necessitating legal reform to correct this market failure. Competitive advantage must be given to companies that contribute to sustainable development and taken away from those that do not. Reform of core company law, both at the level of broad principle, and at the level of its detailed structure, is a prerequisite to achieving sustainable companies. Our position is not that reforming company law is the solution to all problems, but it is a crucial piece of the jigsaw puzzle of sustainability that we urgently need to put into place". Beate Sjafjell, Andrew Johnston, Linn Anker-Sørensen, y David Millón Shareholder primacy: the main barrier to sustainable companies. Recuperado de <https://www.ssrn.com/abstract=2664544>

corporativas, cumplan con sus deberes de prudencia y de cuidado exigible para los propios negocios, si es que no recibieron instrucciones expresas o fueron estas insuficientes⁴⁰.

Incluso, un conflicto entre los propios accionistas, (mayoritarios vs. minoritarios) en la asamblea, puede dislocar igualmente la discrecionalidad de la agenda sustentable, qué decir de la venta de las acciones de la parte disidente o bien esquemas de fusiones y adquisiciones con un grupo de control ajeno al espíritu de la sustentabilidad.

Adicionalmente, si bien es cierto que en años recientes, la Ley General de Sociedades Mercantiles ha sido modificada constantemente, por ejemplo, en materias como el sistema electrónico, el convenio entre accionistas, la incorporación de un nuevo tipo social como lo son las sociedades por acciones simplificada o bien la disolución y liquidación expres, lo cierto es que los pilares en temas fundamentales como los fines societarios de una sociedad mercantil considerada como una institución social (bien común), la libertad de acción de los accionistas frente a la responsabilidad económica, social y ambiental no han sufrido un cambio sustancial respecto del sistema general de gobernanza que dé pie a dichas cuestiones; al contrario, se ha privilegiado la flexibilidad del objeto social para lograr una mayor maximización de las ganancias⁴¹.

40 Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión. (14 de junio de 2018). Artículos 157 y 158. Ley General de Sociedades Mercantiles. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/144_140618.pdf

41 En la reforma a la ley en comento, publicada el 13 de junio de 2018 en el Diario Oficial de la Federación, se establece que las sociedades mercantiles podrán realizar todos los actos de comercio necesarios para el cumplimiento del objeto social, salvo lo expresamente prohibido por las leyes y los estatutos sociales. Recuperado de http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5348651&fecha=13/06/2014

Por otro lado, la Ley del Mercado de Valores mexicana sí contempla ciertas restricciones a la teoría del *shareholder primacy*, aunque sumamente insuficientes, las cuales son aplicables tanto a la actuación de los accionistas como a la de los miembros del consejo de administración; sin embargo, no considera expresamente a la sustentabilidad como un principio rector de su conducta, lo cual es lógico dado que dicha ley fue publicada el 2005^[42].

En efecto, el artículo 52 de la Ley en comento establece que es considerado un interés contrario a la sociedad o personas morales que esta controle, cuando manteniendo el control de la sociedad vote a favor o en contra de la celebración de operaciones obteniendo beneficios que excluyan a otros accionistas o a dicha sociedad o personas morales que esta controle; lo cual generará en su contra acciones de responsabilidad por daño patrimonial, atento a lo dispuesto en el artículo 38.

Por su parte, el artículo 29 de la misma Ley instruye que los miembros del consejo de administración desempeñaran su cargo procurando la creación de valor en beneficio de la sociedad, sin favorecer a un determinado accionista o grupo de accionistas, por lo que deberán actuar diligentemente

42 Remitirse a la exposición de motivos, sección 3, titulada responsabilidades de consejeros, directivos y auditores externos, donde se justifica, la incorporación de un régimen innovador de responsabilidades para los consejeros y directivos por dos razones fundamentales. La primera, redefinir y precisar el régimen de responsabilidades. La segunda, porque los consejeros y directivos tienen parámetros amplios y poco precisos para el desempeño de sus funciones, ya que la legislación común dicta que hará lo que su prudencia le dicte, cuidando el negocio como propio, lo que genera incertidumbre jurídica al momento en que la asamblea juzga dichos actos de la administración. Recuperado de <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=XiHGMGm0tf3DexUGxyTnSOjoT/xUMBw41EYXmWHsuPz71LcVUxIrFuxNU-49HbetfMXFhZMedRliOeebstbCfdw==>.

adoptando decisiones razonadas y cumpliendo los demás deberes que les sean impuestos por virtud de la ley o de los estatutos sociales.

Adicionalmente, dichos administradores contarán con el beneficio del BJR, lo anterior, de conformidad con el artículo 40 de la citada Ley, cuando actuando de buena fe cumplan con lo dispuesto para la aprobación de los asuntos conforme a lo dictado por la ley y los estatutos sociales; tomen decisiones o voten con base a la información proporcionada por directos relevantes, auditoría externa o expertos independientes cuya capacidad y credibilidad no ofrezca motivo de duda razonable; hayan seleccionado la alternativa más adecuada, a su saber leal y entender, o los efectos patrimoniales negativos no hayan sido previsibles, con base en la información disponible al momento de la decisión; y cumplan con los acuerdos legales de la asamblea de accionistas.

En este sentido, la Ley del Mercado de Valores adopta de manera superficial e insípida la teoría del *stakeholder value*, por cierto, muy limitada y exclusivamente solo para el caso del no abuso de su posición dominante frente a otros accionistas que pudiera representarles un daño patrimonial. De igual forma, los miembros del consejo de administración procurarán (mejor esfuerzo) la creación de valor en beneficio de la sociedad sin favorecer a un determinado accionista o grupo de accionistas, en simetría a la limitación de dominancia de los accionistas de lo que podrán liberarse de responsabilidad, favoreciendo la discrecionalidad técnica, siempre que se cumpla con la casuística del BJR en términos de ley.

Tal vez, el ejemplo que más se aproxime a una eficaz adopción de la teoría del *stakeholder value*, respecto a su fin social, se encuentra en el nuevo marco legal de Petróleos Mexicanos y de la Comisión Federal de Electricidad,

publicado con motivo de la reforma energética. Ambos objetos sociales, de dichas empresas productivas del Estado, son similares, excepto el de la Comisión Federal de Electricidad, mismo que considera expresamente a la sustentabilidad, aunque condicionada al mejoramiento de la productividad, algo muy parecido a la visión de la política pública progresiva de cambio climático.

Efectivamente, la Ley de Petróleos Mexicanos⁴³ reconoce en su artículo 4.º, como fin social, el desarrollo de las actividades empresariales, económicas, industriales y comerciales, conforme a su objeto para generar valor económico y rentabilidad al Estado mexicano como su propietario, actuando de manera transparente, honesta, eficiente, con sentido de equidad y responsabilidad social y ambiental, y procurar el mejoramiento de la productividad para maximizar la renta petrolera del Estado y contribuir con ello al desarrollo nacional. De igual manera, los consejeros deberán cumplir con los deberes de diligencia y lealtad y además podrán liberarse de responsabilidad, siempre que se cumpla con la casuística del BJR en términos del artículo 36 de la ley. Obviamente no lo es aplicable ninguna disposición en materia de accionistas, puesto que es propiedad exclusiva del Gobierno federal.

Por su parte, la Ley de la Comisión Federal de Electricidad⁴⁴ establece en el mismo artículo 4.º que la Comisión Federal de Electricidad tiene como fin el desarrollo de actividades empresariales, económicas, industriales y comerciales

43 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (11 de agosto de 2014). Ley de Petróleos Mexicanos. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LPM_110814.pdf

44 Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión. (11 de agosto de 2014). Ley De La Comisión Federal De Electricidad. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LCFE_110814.pdf

en términos de su objeto, generando valor económico y rentabilidad para el Estado mexicano como su propietario. En la ejecución de su objeto, la Comisión Federal de Electricidad deberá actuar de manera transparente, honesta, eficiente, con sentido de equidad, y responsabilidad social y ambiental, procurando el mejoramiento de la productividad con sustentabilidad para minimizar los costos de la industria eléctrica en beneficio de la población y contribuir con ello al desarrollo nacional. Igualmente, los consejeros deberán cumplir con los deberes de diligencia y lealtad y además podrán liberarse de responsabilidad, siempre que se cumpla con la casuística del BJR en términos del artículo 35 de la ley. Mismo caso que Petróleos mexicanos, no le es aplicable ninguna disposición en materia de accionistas, puesto que es propiedad exclusiva del Gobierno federal.

ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN: SOCIEDADES MERCANTILES SUSTENTABLES

Entonces, ¿cómo se visualizaría una reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles que incorpore el tema de la sustentabilidad?

En primer término, se emularía la propuesta de la profesora Beate Sja fjell⁴⁵:

45 Traducción del autor: "The board commits itself to ensuring the creation of sustainable value within planetary boundaries. To this end, the board shall adopt and implement a sustainable governance model for the company, encompassing all of the company's areas of business and the full life impacts of its products, services and processes". Sja fjell Beate, Beyond climate risk: Integrating sustainability into the duties of the corporate board, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, n.º 2018-29. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3279316

El Consejo se compromete a asegurar la creación de valor sostenible dentro de los límites planetarios. Para ello, el Consejo adoptará e implantará un modelo de gobernanza sustentable para la compañía, que englobe todas sus áreas de negocio y los impactos de sus productos, servicios y procesos en toda su vida útil.

Adaptando dicha emulación y complementándola, los siguientes aspectos deberán ser incorporados para el caso mexicano:

1) *Denominación social*: se modificaría el título de la ley y su artículo 1.º para quedar: Ley General de Sociedades Mercantiles Sustentables. Artículo 1.º Esta ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles sustentables. Asimismo, se incorporaría un artículo que indique que toda referencia a las sociedades mercantiles se deberá entender como sociedades mercantiles sustentables.

2) *Objeto social*: mismo que establezca expresamente la creación de valor sustentable dentro de los límites planetarios. Tomar en consideración, los elementos esenciales de los objetos sociales propios de Petróleos Mexicanos y de la Comisión Federal de Electricidad.

3) *Responsabilidad del Consejo de Administración*: el Consejo deberá adoptar e implementar un modelo de gobernanza sustentable que englobe todas sus áreas de negocio y los impactos de sus productos, servicios y procesos en toda su vida útil. Implicaría la aprobación del plan de negocios sustentable de la sociedad. La BJR, los deberes de diligencia y lealtad y sus causales de exclusión, deberá considerar la promoción, protección y cumplimiento del criterio de sustentabilidad para los negocios sociales.

4) *Responsabilidad fiduciaria de los accionistas bajo la visión del stakeholder value*: eliminar cualquier inferencia que promueva la teoría del *shareholder primacy*. De igual

manera, incorporar la teoría del *stakeholder value*, tomando en consideración la definición de tercero interesado contemplada en el código de principios y mejores prácticas de gobierno corporativo, edición 2018, del Consejo Coordinador Empresarial, donde se destaca que el concepto de terceros interesados se refiere a cualquier persona física o moral, incluso, de forma enunciativa más no limitativa, la sociedad civil organizada, universidades u ONG, *think-tanks*, nacionales e internacionales, entre otros, distintos a los accionistas, interesados en el buen desempeño, la estabilidad y permanencia en el tiempo de la sociedad. Agregando que los terceros interesados deberán acreditar tal calidad, conforme a los documentos legales que demuestren la promoción y protección de los derechos económicos, sociales y ambientales de interés grupal que representen. La sociedad mercantil sustentable deberá contar con un mecanismo de comunicación y diálogo efectivo con el tercero interesado y deberá dar respuesta a las propuestas de mejora formuladas, en su caso.

5) *Asamblea general ordinaria anual*: incorporar un punto adicional en la asamblea general ordinaria anual de accionistas contemplada en el artículo 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, a fin de establecer en el orden del día, la aprobación de la ejecución del plan de negocios sustentable aprobado por la administración y en su caso, tomar las medidas que se juzguen oportunas.

Para el caso de la Ley del Mercado de Valores puede válidamente emularse la propuesta de reforma de referencia, porque la contribución de las empresas públicas es crucial en el éxito o fracaso de los objetivos trazados por la transición climática, en su caso, contemplar la creación de la sociedad bursátil sustentable.

CONCLUSIONES

Tal y como lo proponen los autores Beate Sjafjell, Andrew Johnston, Linn Anker-Sørensen y David Millón, es necesario una reforma al derecho societario a efecto de que se incorpore, como principio rector de toda actuación corporativa, la concepción de la sustentabilidad de los negocios sociales, tanto al nivel del objeto social como el de la responsabilidad fiduciaria del accionista, bajo la teoría del *stakeholder value*; sin dejar a un lado la discrecionalidad técnica sustentable (BJR) de los órganos de administración a efecto de que se hagan más efectivos los objetivos de la transición climática.

Las inferencias de carácter constitucional y las propias de la materia ambiental y de cambio climático no son suficientes para garantizar, jurídicamente, la obligatoriedad y efectividad en el cumplimiento de la sustentabilidad en los negocios sociales, en virtud de la inestabilidad que representa el criterio de coexistencia entre la obtención de las ganancias y la preservación de los ecosistemas, dicho de otra forma, el equilibrio endeble entre el desarrollo económico y la preservación de los recursos. Esto se complica aún más, si se toma en consideración el carácter progresivo y gradual de la política pública de cambio climático.

Por tal motivo, resulta idónea la alternativa de solución que se propone, a efecto de ir permeando en el núcleo discrecional de la toma de las decisiones corporativas, el elemento de la sustentabilidad, a fin de limitar la obtención de ganancias rapaces y a corto plazo, además de alinear las metas y objetivos de la transición climática, al plan de negocios de la sociedad mercantil sustentable, bajo una lógica de largo plazo y perpetuidad, en una palabra, en un legado de negocio sustentable.

Finalmente, la propuesta de sociedades mercantiles sustentables, se encuentra en una etapa de constante evolución, motivo por el cual deberá darse un estricto seguimiento a los avances y propuestas respectivas, principalmente a la sistematización que se está llevando a cabo en el proyecto SMART (Sustainable Market Actors for Responsible Trade⁴⁶), en lo particular, el estudio intitulado *Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, publicado en el 2019 por Cambridge University Press⁴⁷; adaptándose su contenido al caso mexicano.

BIBLIOGRAFÍA

A. PIGATO MIRIA. (2019). Editora, Fiscal Policies for Development and Climate Action. 2019 International Bank for Reconstruction and Development & the World Bank. Recuperado de <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/31051/9781464813580.pdf?sequence=4&isAllowed=y>.

BARRERA GRAF JORGE. Instituciones de derecho mercantil. Generalidades. Derecho de la Empresa. Sociedades. Sexta reimpresión. México: Porrúa, 2005.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (11 de agosto de 2014). Ley de Petróleos Mexicanos. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LPM_110814.pdf.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (09 de enero de 2015). Artículo 2, fracción XI, (Título I). Ley General del Equilibrio Ecológico y la protección al medio ambiente.

46 Sustainable Market Actors for Responsible Trade. (2019). Recuperado de <https://www.smart.uio.no/>.

47 Sustainable Market Actors for Responsible Trade. (2019). All SMART publications. Recuperado de <https://www.smart.uio.no/publications/>.

Recuperado de <http://biblioteca.semarnat.gob.mx/janium/Documentos/Ciga/agenda/DOFsr/148.pdf>.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (28 de marzo de 2018). El artículo 75 del Código de Comercio establece las actividades que son consideradas actos de comercio. Por su parte el artículo 3 establece que las sociedades mercantiles son consideradas comerciantes. Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3_311218.pdf.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (05 de junio de 2018). Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/148_050618.pdf.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (14 de junio de 2018). Ley General de Sociedades Mercantiles. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/144_140618.pdf.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (14 de junio de 2018). Artículos 157 y 158. Ley General de Sociedades Mercantiles. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/144_140618.pdf.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (15 de junio de 2018). Ley de Inversión Extranjera. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/44_150618.pdf.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (13 de julio de 2018). Ley General de Cambio Climático. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGCC_130718.pdf.

Como lo es el caso del Fondo Soberano Noruego, cuyo valor es de \$ un trillón de coronas noruegas, donde presionarán a las 9000 firmas donde invierte, a revelar mayor información sobre los gases de efecto invernadero que emiten y como se

adaptan al cambio climático. World's largest wealth fund to press firms for climate data at AGMs. (2019) Reuters. Recuperado de <https://uk.reuters.com/article/uk-norway-swf/worlds-largest-wealth-fund-to-press-firms-for-climate-data-at-agms-idUKKCN1PW1LJ>

Diario Oficial de la Federación (20 de diciembre de 2013). Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de energía. Recuperado de http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5327463&fecha=20/12/2013.

El Papa: combatir el cambio climático antes de que sea tarde. 2019. Recuperado de <https://www.vaticannews.va/es/vaticano/news/2019-05/papa-francisco-cambio-climatico-academiencias.html>.

Manual de Introducción al Derecho Mercantil. Generalidades de las sociedades mercantiles. 2019. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3259/10.pdf>.

MORGESTEIN SÁNCHEZ WILSON IVÁN. La noción de *shareholder value* y la teoría de los *stakeholders*: visión contemporánea del concepto de "interés social" desde la perspectiva de creación de valor. 2012. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v12n23/v12n23a06.pdf>.

Pontificio Consejo Justicia y Paz, Energía, Justicia y Paz, una reflexión sobre la energía en el contexto actual del desarrollo y la protección del medio ambiente. Prólogo de Peter K. A. Cardenal Turkson y Mario Toso. Libreria Editrice Vaticana, 2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno. (Agosto, 2010). Tesis Aislada (Civil). Registro: 163927. Sociedad Mercantil. Su concepto. (Ponente: Luis María Aguilar Morales).

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno. (Junio, 2018).
Tesis Aislada (Constitucional). Registro: 2017255. Medio ambiente sano. Su relación con el desarrollo sustentable y otros derechos fundamentales que intervienen en su protección. (Ponente: Juan Ramón Rodríguez Minaya).

El número catorce de la Colección de Regulación Minera y Energética es una edición especial, conmemorativa de los veinte años de trayectoria del Departamento de Derecho Minero-Energético, y también única por la pluralidad de temas abordados, su extensión y enfoque. Es así como en esta edición se reúnen artículos asociados al sector minero, de hidrocarburos, al sector eléctrico y trabajos transversales relacionados con los aspectos sociales, regulatorios, corporativos y ambientales del sector minero-energético.

