

El Derecho Aplicado a los Negocios

Octavio García Maldonado



GARCÍA MALDONADO, LEDEZMA SAAVEDRA
Abogados de empresa

Cerramos tratos, Abrimos negocios

El Derecho Aplicado a los Negocios



Autor:
Octavio García Maldonado

ISBN: 978-607-9450-57-1

D. R. Copyright © 2017

E-mail: octavio@gmls.com.mx / octaviogm07@hotmail.com
Dirección: Gaston Leroux 745, Colonia Paseos Universidad, Zapopan, Jalisco,
México. Código Postal: 45016. Teléfono: (33) 31-65-26-60 36-58-24-98



GARCÍA MALDONADO , LEDEZMA SAAVEDRA
Abogados de empresa
Cerramos tratos, Abrimos negocios

Todos los derechos reservados conforme a la ley. Las características de esta edición, así como su contenido no podrán ser reproducidas o transmitirse bajo ninguna forma o por ningún medio, electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopiadora y grabación, ni por ningún sistema de almacenamiento y recuperación de información sin permiso por escrito del propietario del Derecho de Autor.

Acerca del Autor

Octavio García Maldonado

Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guadalajara, docente e investigador titular "C"; Doctor en Derecho por el Doctorado Interinstitucional en Derecho de la UNIES-Centro Occidente y Doctor en Ciencias Políticas y Sociales por el CIDHEM; Profesor del Doctorado en Estudios Fiscales en el campus CUCEA de la Universidad de Guadalajara y Profesor de la Maestría en Derecho en la misma institución; Director de la firma de abogados de empresa García Maldonado-Ledezma Saavedra desde hace 27 años. Autor de los siguientes libros:

- "El Seguro Social".
- "Teoría General del Proceso".
- "Teoría y Práctica de la Seguridad Social".
- "Implicaciones Jurídicas de la Seguridad Social del Sistema Pensionario Mexicano".
- "La Seguridad Social y el Sistema Pensionario de los Trabajadores Operarios".
- "¿Los ayuntamientos tienen autonomía jurídica suficiente para crear su propio sistema de seguridad social?"
- En colaboración con Claudia Guadalupe Camacho Contreras: "La contribución de mejoras como instrumento de financiamiento de las obras públicas a la luz de los requisitos de proporcionalidad y equidad".
- En colaboración con Mercedes Ivonne Rivera Martínez: "El alcance de la plena jurisdicción sobre resoluciones dictadas por el tribunal federal de justicia fiscal y administrativa".
- En colaboración con José Luis Cardona Medina: "Implicaciones Jurídicas de la Ejecución de Laudos de Arbitraje Comercial Internacional".
- Coordinador del libro: "La violación de las garantías individuales de los retirados y jubilados de las Fuerzas Armadas Mexicanas".
- Coordinador del libro: "Hacienda, la seguridad social y el municipio".
- Coordinador de libro: "Impuesto a los Depósitos en Efectivo IDE".

Contenido

El Derecho Aplicado a los Negocios

Introducción

El Derecho Aplicado a los Negocios

1. Introducción
2. Diferencia entre negocio, empresa y corporación
3. Las empresas desde de la perspectiva legal
4. Estrategias corporativas
5. Conclusiones

El Derecho y la Empresa

- I. Introducción
- II. Definiendo a la empresa
- III. Elementos de la empresa.
 1. Elementos Objetivos: Inmateriales o incorpóreos
 2. Elementos materiales o corporales
 3. Elementos subjetivos o personales
- IV. La fórmula de la empresa
- V. El papel del empresario
- VI. Conclusiones

Constitución de Sociedades Mercantiles y Civiles

1. Introducción
2. La finalidad de constituir una sociedad
3. Las sociedades civiles y mercantiles
4. Sociedades Mercantiles
5. Escritura Constitutiva
6. Conclusiones

Franquicias

- I. Introducción
- II. Un modelo de negocios exitoso
- III. Elementos básicos que determinan una franquicia
- IV. Conceptos
- V. Ventajas y desventajas.
- VI. Quien adquiere una franquicia
- VII. Franquicia en un marco jurídico
- VIII. Características de un contrato de franquicia
- IX. Franquicia vs distribución

-
- X. Franquicia vs sucursal
 - XI. Franquicia vs licencia de uso de marca
 - XII. Contraprestaciones de una franquicia.
 - XIII. Conclusiones
 - El Deber vs. la Obligación
 - 1. Introducción
 - 2. El deber vs. la obligación
 - 3. Fuentes generales
 - 3.1 Teoría francesa o bipartita
 - 4. Fuentes específicas
 - 4.1 El contrato
 - 4.2 La declaración unilateral de la voluntad
 - 4.3 Enriquecimiento ilegítimo
 - 4.4 Gestión de negocios
 - 4.5 Actos ilícitos
 - 4.6 Riesgo creado
 - 5. Conclusiones
 - Bibliografía

Prólogo

Siempre es muy grato para mí presentarle a los alumnos una nueva obra, un nuevo libro de alguno de sus maestros, que tienen una obra de investigación amplia y bien acreditada, como es la del doctor Octavio García Maldonado.

En efecto, ahora el alumno y el lector en general tienen en sus manos un interesante manual teórico y práctico; fruto de la calidad docente y el éxito profesional, en el que se examinan cinco temas de mucha actualidad en el campo del Derecho Civil y del Derecho Mercantil, cuyos encabezados expresan el acierto de la investigación lo mismo que la oportunidad de su estudio.

De hecho, cada una de las investigaciones, como lo expresa el autor en la parte introductoria, está dedicada a los emprendedores; como lo son ya y lo serán, sin duda, sus alumnos, y como lo son muchas otras personas, ya dedicadas a esta variada actividad de los negocios; ya sea que los estén iniciando; ya sea que tengan, en su haber, experiencia probada y la satisfacción que siempre reditúan los negocios sabiamente emprendidos y manejados.

Cada tema tiene el atractivo de combinar los planteamientos tradicionales del Derecho con las novedades de los giros actuales de los negocios. El autor nos dice, de manera clara y sencilla, cómo constituir las asociaciones civiles y mercantiles; también nos dice, qué son y cómo se manejan las franquicias en ese inmenso campo de los negocios. Nos explica las formas en que las diferentes leyes regulan las empresas, y nos previene con un replanteamiento novedoso de las maneras en que se relacionan, o se pueden relacionar las personas, físicas y, en su caso, morales o jurídicas, asumiendo deberes y obligaciones, tan intensamente presentes en todos los negocios.

El libro, además, se inscribe en el panorama de una amplia actividad de investigación, avalada por diferentes publicaciones del autor; favoreciendo, gratamente, tanto a sus alumnos como a los lectores en general. En particular, destacan los libros en los que se abordan los temas de la seguridad social, con el rigor de un buen manual teórico práctico: El Seguro Social; Teoría y Práctica de la Seguridad Social; La Seguridad Social y el Sistema Pensionario de los Trabajadores Operarios; Implicaciones Jurídicas de la Seguridad Social del Sistema Pensionario Mexicano; ¿Los Ayuntamientos tienen autonomía jurídica suficiente para crear su propio sistema de seguridad social?

Ciertamente, yo he sido favorecido por el autor. Tengo cada una de sus publicaciones. Aprecio mucho la forma directa de presentar los temas que estudia; la claridad y la sencillez con las que los explica y sus amplios conocimientos; defien-

de con fervor sus puntos de vista, como lo apreciará también el lector de este libro, sin duda por el interés puesto en cada página y por la sólida argumentación en que la sustenta, además de la manifiesta utilidad que es inherente al tratamiento de cada uno de los temas que contiene; pero yo aprecio también el respeto con el que se conduce, que siempre invita al amigo y al lector a seguir el hilo temático.

Doctor en Derecho José Barragán. Guadalajara, Jalisco.

Introducción

El presente libro titulado “El derecho aplicado a los negocios”, está destinado a emprendedores, así como micro, pequeños y grandes empresarios que estén interesados en conocer los aspectos que le corresponden al derecho en el mundo de los negocios. Ya que la misión principal de esta obra es dar una explicación de manera sencilla y práctica sobre la importante intervención del abogado en las empresas hoy en día.

Tal aspecto, en la realidad actual, no es muy tomado en cuenta por los investigadores latinoamericanos; por lo que a través de este libro se busca colaborar y aportar a la divulgación e investigación de estos temas, con el propósito de motivar a los lectores a involucrarse más en los aspectos de emprendimiento, innovación e incursión en el mundo empresarial; así como ampliar el panorama de los empresarios e invitarlos a que busquen la asesoría legal para sus firmas y comprueben la utilidad del derecho como herramienta que puede traerles oportunidades y beneficios.

El contenido de esta obra se compone de las siguientes cinco unidades:

1. El derecho aplicado a los negocios.
2. El derecho y la empresa.
3. Constitución de sociedades mercantiles y civiles.
4. Franquicias.
5. El deber vs. La obligación.

La primera unidad “El derecho aplicado a los negocios”, aborda de manera global el panorama empresarial, describiendo sencillamente las áreas en las que interviene el derecho en las firmas. Además, puntualiza la diferencia entre negocio, empresa y corporativo; cuestión que es importante tener en cuenta para saber el tipo de crecimiento que se quiere tener.

En la segunda unidad “El derecho y la empresa”, se plantea la problemática de la inexistente definición uniforme del término “empresa” en la legislación mexicana. Explicando que dicho término es un concepto dinámico presente en distintos ámbitos y cuya interpretación dependerá del contexto en el que se esté analizando o participando.

Así mismo, se enfoca en los elementos que componen a la empresa, analizando perspectivas de diversos autores y presentando una clasificación funcional de dichos elementos, haciendo énfasis en la importancia de la organización para

poder alcanzar los objetivos de la firma.

La tercera unidad “Constitución de sociedades mercantiles y civiles” plantea el panorama de las sociedades como el método más eficaz para consolidar una empresa, buscando fungir como guía para el emprendedor y futuro empresario, presentando los aspectos a considerar más importantes al momento de buscar asociarse, o hacer realidad su idea de negocio.

Por lo que, se describe la razón de existir de las sociedades, así como cada uno de los tipos de sociedad que la legislación mexicana maneja, con la intención de que se pueda optar por la mejor opción para la idea de negocio, de acuerdo con la situación de los sujetos involucrados.

En la cuarta unidad “Franquicias”, se hace la descripción del modelo de franquicia como una oportunidad de negocio innovador, que actualmente se encuentra en auge. Se abordan sus ventajas y desventajas, así como los aspectos y elementos principales que requiere una idea de negocio para volverla franquicia y los beneficios que de ella se pueden obtener. De la misma manera se aborda la intervención del área jurídica a través de las relaciones contractuales, registro de propiedad intelectual y registros que implica el manejo de una franquicia.

En la quinta unidad “El deber vs. La Obligación” se rompen paradigmas, al realizar una reinterpretación personal de la doctrina de las obligaciones. Al enfrentar ambos conceptos: “deber” y “obligación”, desde su definición se busca evolucionar en este ámbito, de tal manera que se haga una utilización correcta de los términos y se reemplace la obligación por el deber.

Siguiendo la misma temática, se aborda la composición del deber y las fuentes que lo originan, buscando que el contenido del artículo sea llevado a la práctica tanto en la vida cotidiana, como en el ámbito profesional no solo jurídico, sino también en el mundo de los negocios.

En el presente libro, se utilizó el método deductivo y exegético, al analizar la legislación y doctrina orientadas al caso, que es el mundo de los negocios.

Cada unidad cuenta con un respectivo capítulo de conclusiones.

Los pies de página que se manejan en cada unidad, son citados para dar crédito a los tratadistas y autores a quienes se hace referencia en esta obra y fueron seleccionados con el propósito de servir como apoyo a la argumentación y definir conceptos importantes.

Así pues, la presente obra incluye la bibliografía citada en los pies de página, que fue consultada durante la investigación. La cual consta de diccionarios especializados, legislación, libros académicos y doctrinales, y consultas web.

El Derecho Aplicado a los Negocios

Sumario: 1. Introducción. 2. Diferencia entre negocio, empresa y corporación. 3. La empresa desde la perspectiva legal. 4. Estrategias Corporativas. 4.1 Crecimiento y expansión 4.2 Agrupación o concentración de empresas. 4.3 Alianzas estratégicas. Conclusiones. Bibliografía.



1. Introducción

El derecho aplicado a los negocios es importante divulgarlo a los micros y pequeños empresarios, así como a los emprendedores que cuentan con una idea a desarrollar, sin embargo, estos sujetos requieren contar con herramientas que puedan consultar para tener conocimientos que les faciliten desarrollar una fuente de riqueza.

Esta razón es la que motivó a realizar el presente artículo, que trata de explicar tres grandes temas que lo conforman y el primero de ellos es: diferencia entre negocio, empresa y corporación; pues estos términos no son sinónimos, a pesar de que en lo cotidiano se tiende a utilizarlos de esa manera. Si bien tienen en común que su objetivo es la obtención de un fin lucrativo a través del ofrecimiento al público de bienes o servicios.

El compartir esta característica no los vuelve iguales, por lo tanto, es de vital importancia comprender la diferencia entre ellos. A partir de esta diferenciación entonces es posible centrarse en el eje sobre el que gira el artículo, que es la empresa como tal, vista desde la perspectiva legal.

De esta manera, la segunda parte del artículo, describe a la firma, empresa, compañía, corporación o como se prefiera llamarle; como un concepto que se encuentra en constante movimiento, que está compuesto por elementos de diversa índole y requiere auxiliarse de distintas especialidades y ámbitos para poder funcionar correctamente y cumplir con las exigencias del mercado.

En este sentido, se advierte cómo el derecho se vuelve un medio indispen-

sable para poder posicionar a la empresa, desde su constitución hasta alcanzar la cumbre de su desarrollo; que vendría a ser el convertirse en una corporación, expandiéndose y agrupando otras firmas con el fin de satisfacer sus necesidades, velar por sus intereses y obtener más beneficios a partir de este crecimiento.

En el apartado "Estrategias Corporativas" se aborda la temática de como la consolidación y estructura de las empresas han ido evolucionando con el paso de los años. Y en estas últimas décadas lo hace de manera cada vez más acelerada debido a la globalización que ha puesto las reglas económicas y tecnológicas para las empresas, provocando que otros aspectos también tengan que evolucionar a la par. A tal grado que han cambiado las formas de negociación entre las empresas, de modo que se han fijado nuevas exigencias y estrategias para poder permanecer en competencia.

Como consecuencia, también se han modificado los modelos jurídicos tradicionales para adaptarse a esta situación y poder ser el medio adecuado que conduzca a las empresas a crecer y explotar sus recursos y potencial. Siendo así, que existen nuevas oportunidades más flexibles y atractivas en lo que respecta al mercado mundial, que a su vez fomentan una serie de alianzas y competencia no solo entre empresas, también entre países. Así mismo, surge la necesidad de ampliar los instrumentos jurídicos para regular estas nuevas exigencias del mercado global, así como el buscar que las prácticas corporativas se lleven a cabo de manera justa y siempre garanticen el beneficio de las compañías.

2. Diferencia entre negocio, empresa y corporación

Partiendo de la idea del **negocio**, podría decirse que es como la mayoría de las empresas comienza, en otras palabras es su punto de partida. Por consiguiente, un negocio es simplemente una actividad o transacción que se realiza con un fin lucrativo, incluso puede llegar a ser ocasional o incidental, muchas veces carece de seriedad y no se considera como una actividad profesional. A lo que me refiero con esto es que normalmente "se hace negocio" a partir de alguna cualidad, bien o talento que posee una persona, por ejemplo: impartir clases a domicilio, rentar bienes inmuebles, entre otras.

Probablemente las palabras utilizadas contraríen un poco al lector, puesto que cotidianamente es posible escuchar que algún colega "dirige un negocio de ferretería", o "acaba de expandir su negocio restaurantero". Aunque no es un error grave referirse de esta manera, el clasificar a los dos ejemplos anteriores como negocios no es propiamente correcto por lo siguiente: si ambas actividades se

realizan de manera repetida y con formalidad, dentro de un establecimiento y cuentan con personal contratado entonces se está hablando de una **empresa**.

Por lo tanto es viable decir que la empresa es la evolución de un negocio, y lo podemos ver traducido más claramente en los siguientes ejemplos:

- * Ejemplo 1: *hornear pasteles y galletas*. Cuando el sujeto consigue un establecimiento en donde le sea posible hornear y vender sus productos y además contrata personal que le apoye en la venta, producción y empaquetado, automáticamente se convirtió en una **empresa**.
- * Ejemplo 2: *impartir clases a domicilio*. Podemos plantear que la persona que tiene este negocio, tiene un horario cada vez más saturado, es decir, cuenta ya con varios alumnos; lo cual se traduce en que debe transportarse a distintos puntos de la ciudad para impartir la misma clase en poco tiempo. Para resolver este problema, decide conseguir un establecimiento en un punto céntrico y comenzar con su propia escuela. En este punto se habla de la formalidad en un negocio, es decir, cuando se da la transición de negocio a **empresa**.

Otro aspecto que se debe tomar en cuenta al consolidar una empresa, es la clasificación que tienen según su tamaño. Aunque cada país tiene lineamientos propios para clasificarlas, lo común es partir del número de trabajadores con los que cuenta.

En México las conocemos como las famosas *Pymes*, las cuales tienen, en lo nacional, una gran importancia para la economía y empleo. Pero en realidad el término correcto para denominarlas sería "MPYMES"; micro, pequeñas y medianas empresas.

En 1985 la SECOFI Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, que actualmente se conoce como Secretaría de Economía, estableció de manera oficial los criterios para clasificar a la empresa de acuerdo con su tamaño. Pero fue hasta el 30 de diciembre de 2002 que la Secretaría de Economía publicó en el Diario Oficial de la Federación una estratificación bajo los siguientes criterios (INEGI Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2009):

> Sector Industria y Servicios

TAMAÑO	CANTIDAD DE TRABAJADORES
Micro	0-10
Pequeña	11-50
Mediana	51- 250

Fig. 1. Elaboración propia con datos de INEGI Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2009).

> Sector Comercio

TAMAÑO	CANTIDAD DE TRABAJADORES
Micro	0-10
Pequeña	11-30
Mediana	31- 100

Fig. 2. Elaboración propia con datos de INEGI Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2009).

Ahora bien, he de puntualizar lo que tanto el negocio, la empresa y el corporativo tienen en común, que es la obtención de un fin lucrativo, a cambio de un servicio o producto; siendo esta una condición que el abogado asociará directamente con el acto de comercio de acuerdo con el artículo 75 del Código de Comercio. Así pues las personas que realizan estos actos de acuerdo con los artículos 3.º y 4.º del mismo código, se consideran comerciantes. En este sentido, podemos apreciar que tanto la empresa y el negocio quedan sujetos a seguir las disposiciones mercantiles.

Por otro lado, es necesario abordar un tema importante en tanto a la definición jurídica de **empresa**. Pues existe algo de ambigüedad en la legislación mexicana respecto a este término. Por esto, se debe entender que: "*La empresa es valorada por el derecho de forma diversa*"¹, porque realiza actos mercantiles y civiles, que a su vez tendrán que traducirse en lo fiscal, al contratar personal se involucra lo laboral, entre otras situaciones que se presentan en el ámbito empresarial.

1 Instituto de Investigaciones Jurídicas: Diccionario Jurídico Mexicano Tomo D-H, Editorial Porrúa, México 1992, p. 1262.

Existiendo pues un dinamismo en sus actividades que por consecuencia dan pie a que la ley interprete a la empresa de acuerdo con su función.

En tanto a lo que definen los académicos respecto al tema se pueden encontrar diferencias, aunque se mantiene la idea principal de la obtención de lucro o beneficios económicos de acuerdo con las actividades que la empresa desempeña.

Por ejemplo, Barrera Graf define a la empresa de la siguiente manera: *“la organización de una actividad económica que se dirige a la producción o al intercambio de bienes o de servicios para el mercado”*.² Mientras que para Idalberto Chiavenato, la empresa *“es una organización social que utiliza una gran variedad de recursos para alcanzar determinados objetivos”*.³

A partir de las dos definiciones anteriores podemos deducir que la empresa es un ente complejo, que además de ser una actividad profesional también es una actividad de organización que requiere reunir ciertos factores y elementos que deben funcionar en conjunto para cumplir con su objetivo principal: obtener el lucro a través de la comercialización o prestación de algún servicio al consumidor.

Sin embargo, la definición de Chiavenato toca una parte importante en cuanto a que menciona que la empresa es una organización social, pues si bien para lograr sus objetivos, la empresa requiere indispensablemente de capital humano, pero sobre todo una o varias personas que dirijan y coordinen las actividades que le proporcionan ingresos; se habla entonces de la función del empresario, a quien podemos encontrar de dos formas: individual o social.

Decidir la forma de constitución de la empresa dependerá totalmente de los recursos o elementos que necesita para funcionar. Con esto me refiero a que al momento de decidir poner en marcha cualquier negocio, es cierto que uno se puede enfrentar a una innumerable cantidad de gastos que para una sola persona pueden ser difíciles de soportar, por efecto esta situación puede orillar a la necesidad de **asociarse**.

El modelo de sociedades es el que podemos apreciar en la mayoría de las empresas, no solo porque es la manera más viable de financiarlas, también porque permite al reunir varios esfuerzos y voluntades, hacer más sencilla la tarea de perseguir un fin común. De este fin entonces se podrá elegir a conveniencia de los socios, el tipo de sociedad que quieren constituir, ya sea de naturaleza mercantil o civil.

En este sentido, concuerdo con la siguiente frase: *“los empresarios indivi-*

2 Bauche Garciadiego, La Empresa, Editorial Porrúa, México 1977, p. 16.

3 Chiavenato, Iniciación a la Organización y Técnica Comercial, Editorial McGraw-Hill, 1993, p.4.

*duales llevan siempre las de perder frente a los medios inagotables, la organización eficientísima y perfecta de las grandes empresas colectivas”.*⁴

Esta situación se encuentra muy presente en el área empresarial actual, en donde podemos observar que las firmas de mayor extensión son las que protagonizan los mercados.

Ahora, retomando la consideración que la empresa es la evolución del negocio, y añadiendo la idea que cuanto más grande sea la empresa, obtendrá mayores beneficios, esto lleva a explicar el gigantesco fenómeno económico de las corporaciones.

En el ámbito jurídico se ofrece la siguiente definición para este término:

*Jurídicamente la corporación se manifiesta en este caso como cuerpo formado y autorizado por la ley que pese a estar constituido por una o más personas físicas, tiene personalidad legal para fines de cumplimiento de ciertas actividades y está dotada de varios derechos y obligaciones de una persona natural...*⁵

Esta definición a gran escala suena muy parecida a lo que es una sociedad, pero en un sentido más amplio la corporación es una sociedad de sociedades.

Se puede decir que la siguiente etapa de crecimiento de una empresa es el corporativo o corporación, llegando así a la cúspide de su desarrollo. Concretamente me refiero a aquellas organizaciones que a su vez agrupan a otras sin importar su dimensión, expandiéndose, no solamente en tamaño, sino también en el catálogo de productos o servicios que ofrecen, y en la participación en mercados tanto nacionales como internacionales. Esta acción es planeada y ejecutada a través de las llamadas **estrategias corporativas**, como **la agrupación o concentración de empresas**.

Un reflejo de esto son las llamadas empresas trasnacionales, que son “empresas de grandes dimensiones por lo general de naturaleza corporativa, con sede en países de alto desarrollo, pero con tienen intereses en actividades en distintas partes del planeta, que desarrollan y controlan unidades de producción, comercialización, financiamiento y servicio... a través de una red de filiales extranjeras...”⁶

Este tipo de empresas manejan una organización inmensa de actividades en

4 Rodríguez, Joaquín: Derecho Mercantil Tomo 1, Editorial Porrúa, México 1966, p. 43.

5 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano Tomo A-CH, Editorial Porrúa, México 1992, p. 752.

6 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Op. cit., p. 1268.

múltiples países, teniendo que lidiar con las políticas de comercio de cada área. Sin embargo, explotan al máximo sus recursos traduciéndose en un rendimiento y ganancias exponenciales.

A continuación, enlisto dos ejemplos de grandes corporaciones mexicanas son las siguientes según la lista Forbes Global 2000⁷:

Como primer ejemplo, **América móvil, lugar #125 global. Una de las principales firmas de Carlos Slim Helú, empresario mexicano.**

América Móvil es una empresa de servicios integrados de telecomunicaciones. Ofrece a sus clientes un portafolio de servicios de valor agregado y soluciones de comunicación mejoradas en 25 países de América y Europa. Al 31 de diciembre de 2016, la compañía contaba con 363.5 millones de líneas de acceso; que incluyen 280.6 millones de suscriptores móviles, 33.7 millones de líneas fijas, 27.0 millones de accesos de banda ancha y 22.2 millones de unidades de TV de paga. En América Latina, América Móvil opera bajo las marcas: Telmex, Telcel y Claro.⁸

Esta firma además cuenta con presencia de empresas subsidiarias y afiliadas en:

- Norteamérica: Estados Unidos y México.
- Centroamérica: Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Honduras, Panamá y Costa Rica.
- Sudamérica: Colombia, Ecuador, Argentina, Perú, Chile, Brasil, Paraguay y Uruguay
- El Caribe: Puerto Rico y República Dominicana
- Europa: Austria y Europa del Este.

El siguiente ejemplo es FEMSA, lugar #379 global. Trabajando estrechamente con The Coca Cola Company.

Una subsidiaria de FEMSA en el año de 1979 adquirió algunas embotelladoras de refresco, iniciando con apenas 13 centros de distribución, igual a 83 millones de cajas unidad por año. Así pues 38 años después, pasó a convertirse en la franquicia embotelladora de productos de Coca-Cola más grande del mundo, atendiendo a más

7 Revista Forbes México (marzo 2015): "Las 13 empresas mexicanas globales más grandes". Visto 25-03-2017 de: <https://www.forbes.com.mx/las-13-empresas-mexicanas-globales-mas-grandes/#gs.Xwp9Fvk>

8 América Móvil: "Nuestra Empresa". Visto 25-03-2017 de: <http://www.americamovil.com/es/acerca-de-nosotros/nuestra-empresa>

de 373 millones de consumidores a través de 2.8 millones de puntos de venta, con un portafolio de más de 100 marcas de refrescos y bebidas no carbonatadas que ofrecen.⁹

Lo anterior es apenas un vistazo de todo lo que es el corporativo FEMSA, pues además de Coca-Cola y su variedad de marcas, también cuenta con las divisiones: FEMSA Comercio, FEMSA Negocios Estratégicos Y FEMSA logística que manejan cadenas como OXXO, OXXO Gas, FarmaCon, Lácteos Estrella Azul, Soluciones Plásticas PTM, Mi Super-Bara, Imbera Cooling, entre otros.

Como se puede apreciar a partir de los ejemplos anteriores, los corporativos a partir de la adquisición de compañías y de la creación de empresas filiales, se convierten en los protagonistas de los mercados, debido a su extensión y producción pues están presentes con diferentes marcas al mismo tiempo, en distintas partes del mundo. Así mismo al conocer el trabajo de estas corporaciones permite desglosar sus principales características: la concentración o agrupación de empresas, alianzas estratégicas, participación en la bolsa de valores; las cuales son objeto de regulación, estudio e interpretación del derecho.

3. Las empresas desde de la perspectiva legal

Es necesario tener conocimiento de diversas áreas del derecho y de las ciencias económicas, administrativas y financieras, para lograr comprender las acciones de las empresas desde las de menor escala hasta las que llegan a alcanzar enormes proporciones.

Las relaciones y actividades de una empresa pueden ser regidas o reguladas por legislaciones de diversa índole, y a partir de esta afirmación encuentro una explicación sencilla sobre la forma de interpretar este ente a través de la perspectiva del derecho: la empresa debe entenderse de manera **global**. Porque no basta interpretarlas únicamente como un acto de comercio, ni como una actividad de organización o profesional, o como una sociedad o conformarse con la idea de que solo es un sujeto perteneciente al área económica.

Por lo tanto, se necesita explotar todo el conocimiento sobre las distintas áreas del derecho en las que toma parte la empresa a través de sus actividades y fusionarlo con la ciencia económica que se traduce en los resultados que genera la misma.

9 Corporativo FEMSA: Nuestros Negocios: "Coca-Cola-FEMSA". Visto 25-03- 2017 de: <http://www.femsa.com/es/negocios-femsa/empresas/coca-cola-FEMSA>

El siguiente diagrama tiene como propósito explicar el panorama global de interpretación de las empresas a través del derecho y las áreas que la auxilian.

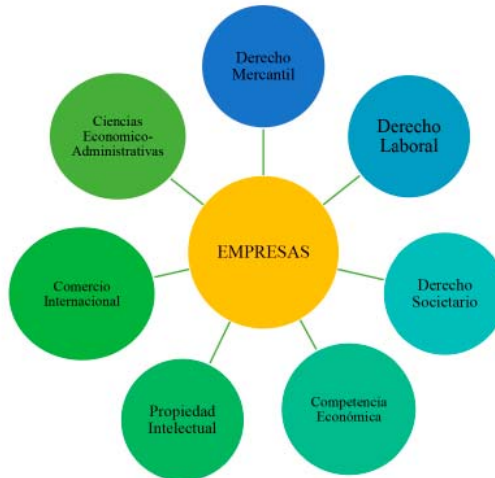


Fig. 3 Panorama global de la empresa. Elaboración propia.

Como se ha visto en su mayoría las grandes empresas están constituidas como sociedades mercantiles, variando de acuerdo con sus características. Además, estas realizan actos de comercio, por lo cual están sujetas al **derecho mercantil**.

En este sentido, las leyes que se deben tomar en cuenta son: el Código de Comercio, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley General de Sociedades Cooperativas.

En las empresas se debe tomar en cuenta la parte del **derecho laboral**; quedando pues, sujetas a las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo al constituir su red laboral o equipo de trabajo. Elemento de suma importancia para llevar a cabo las actividades corporativas, y son los que se encargan de que la organización funcione y dé los resultados deseados.

Debido a la tendencia de las empresas transnacionales, que tienen filiales en diversas partes del mundo, y las grandes compañías; tienen la necesidad de vender sus productos al exterior a través de la exportación e importación de mercancías. Se deja en claro que las empresas deben actuar en constante vigilancia de las disposiciones y reglamentos (Ley Aduanera, Tratados Internacionales), que se utilizan en el **comercio internacional**; que incluye lo siguiente: *“Las operaciones de comercio exterior son variadas y pueden asumir diversas*

modalidades: compraventa mercantil internacional, arrendamientos entre países."¹⁰

Las empresas requieren realizar y presentar estados financieros para conocer su situación financiera y planificar su rendimiento, lo cual le compete a las **ciencias económico-administrativas**. De acuerdo con lo que estas demuestran, se podrá optar por una estrategia que podrá requerir el auxilio del área jurídica.

Por otro lado la **propiedad intelectual** es un aspecto importante para las empresas hoy en día, pues al registrar invenciones, marcas, patentes, tecnología e incluso avisos comerciales se reservan los derechos de explotar estos recursos de manera única, conservando su identidad y originalidad.

Si bien es cierto que el derecho corporativo se liga directamente a los conceptos de empresa o corporación, y ambos son asociados jurídicamente a la **sociedad**. Es aquí donde se puede apreciar la coacción del **derecho corporativo** con el derecho societario;

... que estudia la forma en que la empresa se organiza, sus alcances contractuales y extracontractuales, sus límites con relación a su función social, las formas de adoptar el tipo societario frente a otras formas de colaboración empresarial...¹¹

Así como también al momento de realizar fusiones, agrupaciones o concentraciones de empresas.

Lo interesante de la empresa global o corporativa, en contraste con la sociedad mercantil (socios son propietarios gracias a sus acciones o partes sociales), es lo siguiente: *"no es únicamente financiada por los socios, sino por redes estratégicas de asociación en las que todos los involucrados participan de manera formal y protegida."*¹² El reto del derecho es entonces, conciliar las voluntades de un grupo de sociedades también se deben tomar en cuenta las voluntades independientes de las posibles alianzas que surgen entre empresas; buscando obtener el mayor beneficio para todas las partes. Una situación peligrosa se puede presentar *"cuando existen intereses minoritarios por parte de alguna de las empresas de la corporación, pueden presentarse alegatos y hasta demandas, por actos de injusticia..."*¹³, al obtener beneficios a costa

10 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Op. cit., p.515.

11 Zarkín Cortés, Derecho Corporativo, Ed. Porrúa, México 2012, p. 97.

12 Magaña Hernández y Figueroa Díaz, Revista Alegatos, Sección Doctrina "La regulación jurídica de la empresa global", México 2011, Núm. 78 Mayo/Agosto. Visto marzo 2017 de: <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/71/78-01.pdf>, p.353.

13 Laris Casillas, Estrategias para la planeación y el control empresarial, Editorial Trillas,

de afectar a las demás. Por lo tanto, antes de tomar una decisión de este tipo es conveniente analizar los efectos que pueda tener para el resto de la corporación, ya que el hecho de haberse consolidado de esta forma, obliga a perseguir el mismo fin y proteger sus intereses como unidad.

4. Estrategias corporativas

El mundo de los negocios se puede comparar con un juego, en donde las empresas compiten entre sí y su objetivo es obtener la mayor cantidad de ganancias y participación en el mercado. De manera que los empresarios deben convertirse en visionarios, estrategas y planificadores para poder asegurar su posición y mantener su rendimiento, estando a la deriva del panorama económico y sus exigencias.

Por consecuencia deben planear lo mejor posible su jugada para proteger los intereses internos, evitar que la competencia los opaque y no permitir que los ataques de los factores del mercado les causen daños irremediables.

En otras palabras, *"cuando se habla de crecimiento, desarrollo o expansión de la empresa, resultado de las decisiones que esta adopta y que, a lo largo del tiempo, van configurando su ámbito de actividad, estamos haciendo referencia a la formulación de estrategias corporativas"*.¹⁴

Si estas están bien estructuradas pueden lograr resultados muy positivos, mientras que si no lo están pueden llevar directamente al fracaso a las compañías. Ahora bien existe una gran variedad de estrategias corporativas, la elección de una dependerá primero de la situación general que tenga la empresa y las expectativas que tiene de crecimiento.

4.1. Crecimiento y expansión

Antes armar la jugada, es importante llevar a cabo un análisis global que incluya el panorama actual de la firma, así como proyectarse en el futuro y plantear los peores escenarios; para entonces optar por utilizar las herramientas más adecuadas para alcanzar el tipo de crecimiento que quiere lograr, que puede a su vez darse

México 1978, p. 61-62.

14 Álamo Vera, García Soto, Suárez Ortega: "Estrategias de crecimiento horizontal y vertical: ¿unas a expensas de las otras?" Revista Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa Vol. 8, N° 2, 2002 Visto en abril 2017 de: [Dialnet-EstrategiasDeCrecimientoHorizontalYVertical-306047.pdf](#), p.183.

de tres maneras: **vertical, horizontal o lateral.**

La expansión de manera **vertical** se puede dar de dos formas: ya sea hacia **abajo o hacia atrás**: moviéndose hacia la fuente de suministro, por ejemplo: *“la extracción de minerales, si un negocio solo los transforma en productos más refinados”¹⁵*. Mientras que en la expansión hacia adelante o hacia arriba: el movimiento se lleva a cabo hacia la salida comercial; es decir buscar una estrategia que facilite la transición en la que el servicio o producto llega al consumidor.

Otra forma de crecimiento es la horizontal, que según Thirkettle, citado por Zarkín: *“ocurre cuando la coordinación o fusión de empresas sucede en el mismo nivel de producción”¹⁶* que en términos de mercado se le conoce como “cartel”. De manera más sencilla y a través de un ejemplo, se habla de la formación de un cartel cuando una firma que comercializa indumentaria se fusiona con otra firma que también lo hace.

Esta figura también es definida por basándose en el Black's Law Dictionary como:

... el acuerdo circunstancial celebrado entre 2 o más empresas que mantienen su propia autonomía funcional y económico financiera, con miras a la dominación del mercado, sea este regional, nacional o internacional, realizan compras y ventas en común, regulando la producción, la división o su abastecimiento...¹⁷

En otras palabras, una empresa se agrupa con otra para crecer en extensión y producción, lo que puede estar peligrosamente al borde de convertirse en un monopolio; para lo cual existen regulaciones como la Ley Federal de Competencia Económica, que buscan evitar que las empresas lleven a cabo este tipo de prácticas desleales que truncan el ideal de un sistema de libre competencia.

4.2. Agrupación o concentración de empresas

Este tipo de estrategia es la que permite dar origen a las corporaciones que han invadido a las economías mundiales, aludidas con anterioridad. Cabe destacar que este fenómeno tiene como antecedente lo siguiente:

15 Krallinger, Fusiones y Adquisiciones de Empresas, Ed. McGrawHill, México 1999, p.27

16 Zarkín Cortés, *Op. cit.*, p.110.

17 Enríque Zuloaga, Agrupaciones de Empresas, 1era ed., Ed. Porrúa, México 2006, p. 178.

*En Alemania y Norteamérica comenzaron a existir una serie de complicaciones en relación a la venta de sus productos a precios excesivamente bajos y a fabricar solo determinados productos a cantidades mínimas, lo cual orilló a las industrias a concentrar en 1 sola sociedad todas las gestiones comerciales, para evitar la ruina que los amenazaba...*¹⁸

Demostrando entonces el alcance que puede llegar a tener el simple hecho de unir voluntades en torno a un mismo camino de beneficio.

Propiamente la definición de este fenómeno es la siguiente:

*Fenómeno jurídico y económico, mediante el cual dos o más empresas o sociedades civiles o mercantiles, inciden en un solo centro de decisión, sea para efectos puramente administrativos o para la consecuencia de un fin socioeconómico o únicamente económico.*¹⁹

Así mismo, existen vías para la agrupación de empresas, que en si son los términos que las empresas deben tomar en cuenta antes de agruparse, que he tomado de la perspectiva de dos autores, la primera que aborda el tema de manera muy general y sencilla es de Enrique Zuloaga:

- **Concentración:** "Hace referencia a un proceso de modificación sustancial del poder de decisión económica de las sociedades concentradas".²⁰ Esto quiere decir que entre las empresas involucradas existe un control, logrando una nueva unidad empresarial subordinada.
- **Coordinación:** "se estructura de modo paritario, expresando la inexistencia de relaciones de control o dominación entre las sociedades que se unen".²¹ De este modo, las empresas coordinadas simplemente colaboran entre ellas sin alterar su independencia.

La segunda perspectiva, de Joaquín Rodríguez Rodríguez diversifica un poco más sobre los tipos de "concentración exterior de empresas", incluso menciona las figuras que se crean a partir de efectuar el tipo de concentración deseada y sus implicaciones. A continuación, presento los puntos que relata el autor de forma resumida:

18 Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Op. cit.*, p.563.

19 *Ibid.*, p.562.

20 Enrique Zuloaga, *Op. cit.*, p.74.

21 *Idem.*

- *Fusión de empresas: Creación de un solo sujeto jurídico con desaparición de alguno o algunos titulares jurídicos.*
- *Agrupaciones de empresas (Cartel, trust y Konzern): Sin desaparición de titulares jurídicos.*
- *Sociedad de sociedades/sociedades madres o filiales: Con creación de un nuevo titular jurídico.*²²

La **fusión de sociedades** en México es aludida por la Ley General de Sociedades Mercantiles de las siguientes dos formas de fusión:

*Fusión por integración, implica la creación de una nueva sociedad y la desaparición de las anteriores que se integran a la nueva. Mientras que la fusión por incorporación, se lleva a cabo cuando una o varias sociedades se incorporan a una que ya existe. Sobre la primera se hace referencia en el art. 223 (“aquellas o aquella que dejen de existir...”), mientras que respecto a la segunda se habla en el 224 párrafo tercero (“la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión”).*²³

Siendo entonces como a través de un acuerdo o contrato de fusión, adaptado según el tipo de sociedad que sea de acuerdo con la legislación, se logra agrupar y fusionar empresas. Un aspecto más a considerar sobre este tema, es que si bien en este fenómeno debe de ser vital la persecución de un fin que pueda satisfacer a todas las partes involucradas. Porque lo que se logra a través de este proceso es sustituir un cúmulo de sociedades por una sola.

Mientras que la **sociedad de sociedades, o sociedades madres o filiales**, también son conocidas como “**Holding Company**” o “**sociedad controladora**”, que agrupa sociedades y se caracteriza por lo siguiente: “tener su capital constituido por las acciones de las empresas que permanecen en el exterior y jurídicamente independientes y forman sin embargo una unidad económica y se encuentran sometidas a dirección única”.²⁴

Existen otros casos en los que las empresas buscan diversificar sus productos y servicios e incursionar en nuevos mercados, por lo que implantan como estrategia la alianza o agrupación con una empresa que comercializa productos y servicios totalmente distintos a los que ya se manejan. A este tipo de agrupación se le conoce como **conglomerado**, cuya regulación y normatividad se convierte

22 Rodríguez, *Op. cit.*, p. 215.

23 *Ibid.*, p.216.

24 Instituto de investigaciones jurídicas, *Op. cit.*, p. 563.

en una tarea complicada por su estructura y por la tendencia que tienen a operar de manera internacional.

Una vez que se conocen las estrategias y a partir de ellas se toma una decisión sobre lo que la empresa quiere llevar a cabo, es sumamente importante realizar un proceso planificación previa a la adquisición o fusión, que permita hacer una proyección para el futuro y garantizar que sea un negocio exitoso. En relación con la planeación, explico, en breves palabras, las recomendaciones que hay para antes de realizar adquisiciones:

- **Tener en cuenta las razones:** eliminar a un competidor, nuevos mercados y clientes, productos complementarios.
- **El Plan:** objetivos, evaluación del negocio (operación, posición y condiciones en todos los aspectos), proyección de tres a cinco años, asuntos críticos y prioridades y la propuesta de operaciones estratégicas.

A partir de entonces, se empieza un proceso de negociación, en el que el abogado debe participar en tanto a las propuestas y acuerdos entre las empresas, fungiendo como mediador. Así mismo, existen diferentes formas de lograr la unión entre empresas, que se clasifican de acuerdo con su naturaleza como se muestra en la siguiente tabla:

Vínculo personal (orgánico)	Vínculo negocial (contractual)	Vínculo real (financiero)
<ul style="list-style-type: none"> • Las sociedades que constituyen el grupo tienen administradores comunes o coninvitados. • Nexo efectivo para asegurar colaboraciones, eliminar competencias y coordinar planes de producción. • Generalmente acompañado de un vínculo negocial o real. 	<ul style="list-style-type: none"> • Convenios entre sociedades conocidas comúnmente como carteles. 	<ul style="list-style-type: none"> • Producido mediante la adquisición de acciones y participaciones. • Así nacen los grupos de sociedades, que son grupos por subordinación y jerarquía. • Tienen una sociedad dominante conocida como "holding".

Fig. 4. Vínculos Empresariales. Elaboración propia con datos de la obra citada de Carlos Enri-

gue Zuloaga, págs.75-76.

4.3. Alianzas Estratégicas

Como se ha mencionado, el mercado global cada vez se torna más dinámico y constantemente rompe paradigmas tradicionalistas, como ya hemos visto en apartados anteriores. Por lo cual también existe la necesidad de que el derecho evolucione al mismo tiempo en las herramientas que facilitan los actos de negocios y vinculación entre empresas.

Un cambio bastante importante que esta etapa ha traído consigo, es que las empresas pueden realizar coinversiones y asociaciones generales o limitadas, en donde se lleven a cabo intercambios de: licencia, tecnología, patente, maquinaria; entre otros activos, para generar progreso, incursionar o ampliar su participación en nuevos mercados o mejorar su rentabilidad.

En consecuencia, las empresas dejan de depender de factores externos que tienden a ser mucho más costosos, lo cual les permite obtener más ganancias. Un punto importante, que aborda el derecho corporativo son los intermediarios que se utilizan para lograr estas convenientes alianzas, los llamados: **nexos contractuales**.

Hoy en día, ha sido necesario que la forma en que se den los nexos entre empresas, se tornen más flexibles y amplios para poder cubrir las expectativas de las partes involucradas, permitiendo entonces que el abogado pueda adaptar los términos de negociación, con relación a que tanto las empresas buscan aliarse. A continuación se presentan algunos de ellos:

- **Joint Venture:** Este tipo de nexo es el indicado para las empresas que deciden **cooperar** entre ellas, más no subordinarse una con otra, prefiriendo mantener su independencia. En otras palabras *“es un acuerdo para coparticipar de una o más operaciones aisladas... con un fin preponderante de lucro”*.²⁵
- **Leasing:** Se utiliza para el arrendamiento de licencias, patentes, marcas, tecnología, maquinaria. Ya que sin duda la tecnología es una herramienta de suma importancia para las empresas, por el simple hecho de que la maquinaria y técnicas utilizadas para la producción pueden aumentar o reducir los costos y tiempos de operación de manera significativa. Por lo tanto, buscar estar en vanguardia en este ámbito pasa a ser una de las primordiales estrategias

corporativas que utiliza una empresa.

- **Outsourcing:** Este tipo de nexo va relacionado con la contratación del personal.

5. Conclusiones

Una vez entendida la diferencia y características de un negocio, empresa y corporativo, se puede volver mucho más sencilla la tarea de fundar o comenzar alguna de ellas. Puede decirse que una es la evolución de la otra y de acuerdo con las necesidades del empresario, se deben tomar las medidas adecuadas para lograr el desarrollo y expansión de sus firmas, a tal grado que se pueda explotar al máximo su potencial.

De esta manera, la intervención del derecho aplicado en los negocios es de vital importancia para desarrollar relaciones, cerrar negocios, incrementar capital y ganancias; además de permitir que las empresas permanezcan presentes en el mercado, pues a través de este y sus mecanismos, es posible lograr la obtención de beneficios para cada uno de sus socios o aliados según sea el caso.

Así mismo, es necesario puntualizar la constante evolución global; en tanto a las prácticas corporativas y relaciones que realiza la empresa o corporación y la necesidad también de que surjan maneras no solo de entenderlas sino de regularlas, interviniendo pues el Derecho como una herramienta clave para el manejo de las actividades estratégicas de la empresa en pos de su crecimiento y desarrollo.

Por último, agrego que en América Latina, a pesar de la importancia del área jurídica aplicada en el mundo de los negocios actual. Se encuentra muy poca información al alcance, lo que significa que no se ha incursionado lo suficiente respecto al tema y puede ser un error muy grave, pues esta situación puede estar impidiendo estar en vanguardia con las estrategias corporativas que otros países ya explotan a su conveniencia para mejorar sus rendimientos.

Esto puede repercutir en la forma en que se conducen las empresas y manejan sus asuntos, rezagándose en comparación de otros países de primer mundo; quienes se han dado la tarea de profundizar en este aspecto, y lo han explotado para obtener mayores beneficios para sus compañías, traduciéndose en el crecimiento de la economía de su país.

Por lo tanto, es necesario ampliar la visión que se tiene en estas cuestiones, para evitar el conformarse con las prácticas corporativas actuales que conocemos y "han funcionado" Además de seguir realizando investigación y enriqueciendo el panorama de estos temas y fomentando su divulgación, lo que será de suma uti-

lidad. Por lo que hacemos una aportación para que estos artículos sean publicados y así sumar a la divulgación de estos temas y poder llegar a micro y pequeños empresarios así como a emprendedores.

El Derecho y la Empresa

Sumario: I. Introducción. II. Definiendo a la empresa. III. Elementos de la empresa. VI. La fórmula de la empresa. V. El papel del empresario. VI. Conclusiones. VII. Fuentes Bibliográficas.



I. Introducción

En lo cotidiano no se llega a incursionar mucho en el ámbito empresarial, a menos que se participe directamente en él o que exista un interés en el mundo de los negocios. Estamos acostumbrados a limitarnos a ser consumidores de los servicios o productos que ofrecen las empresas. Sin embargo, conviene echar un vistazo a esta área, pues en la actualidad vivimos en un mundo de empresas, que son las protagonistas de la economía y las opciones más adecuadas para obtener el éxito profesional y generar empleo.

Así pues, este artículo tiene como objetivo principal, a través de sus apartados, el proporcionar un panorama general de la empresa; con la intención de motivar al lector a que se interese por este ámbito para su propio beneficio. Ya sea este el dueño de una firma que busca informarse más, un comerciante que quiere dar el siguiente paso y convertir su negocio en empresa, o una persona que no se encuentra relacionada con el área pero que tiene una idea potencial para convertirse en una compañía.

El primer apartado del artículo busca aterrizar en el concepto de la empresa desde la perspectiva legal a partir de los extractos que diversas legislaciones abordan sobre esta. Destacando que no existe uniformidad en este sentido, debido a que la empresa es interpretada de diversas maneras en el ámbito jurídico. Aclarando a su vez que este concepto va mucho más allá del acto de comercio o del sujeto que la organiza (el empresario).

La siguiente parte del artículo, se centra en el análisis de los elementos de la empresa desde los puntos de vista de diversos autores, así como en lograr compilar cada uno de ellos con el fin de tener un panorama más amplio que permita

interpretarlos y explicar su importancia al momento de buscar dirigir una empresa.

En el apartado “La fórmula de la empresa”, me tomé la tarea de abordar a grandes rasgos la estructura general de la empresa y cómo cada ingrediente de la misma tiene un valor por sí mismo; pero al momento de unificarlos y hacerlos funcionar en conjunto, este se potencializa y da pie a que las empresas obtengan los resultados que desean.

Así mismo, esta tarea de reunir, organizar y poner en marcha elementos de distinta índole no se lleva a cabo por arte de magia, debe existir un sujeto que se dedique a esta tarea de manera devota y profesional, así como otros que se dediquen a financiar y explotar a la organización. De esto trata el último apartado del artículo “El papel del empresario”, destacando la importancia de la labor del capital humano en las compañías.

II. Definiendo a la empresa

El término “empresa” pertenece al ámbito económico. A partir de esta afirmación, se entiende que no existen definiciones uniformes en el ámbito legal para este concepto; puesto que el Derecho y la Economía son ciencias independientes, sin embargo, de manera inevitable cruzan caminos en el mundo de los negocios.

Si bien las empresas están involucradas y participan directamente en el sistema económico, también se vuelven objeto del derecho porque requieren ser reguladas para evitar conflictos entre los particulares involucrados y prácticas desleales.

Por lo tanto, se debe agregar que la empresa es un concepto dinámico y complejo que se presenta en distintos ámbitos desde que esta se constituye, los actos que genera y como debe responder por ellos; todo esto la ley lo interpreta de diferentes formas y en este sentido incurren varias disciplinas del derecho.

Como ejemplo de lo anterior se citan a continuación algunos ordenamientos del sistema legal mexicano, que hacen mención del término “empresa” en su contenido, con un propósito diferente cada uno de ellos.

Ley Federal del Trabajo

En esta se hace distinción entre empresa y establecimiento de la siguiente manera:

Artículo 16.- *Para los efectos de las normas de trabajo, se entiende por **empresa** la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios y por **establecimiento** la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la*

realización de los fines de la empresa.

Código Fiscal de la Federación

El artículo 16 hace mención de lo que se entiende por actividades empresariales en las fracciones I-VI, entre ellas se encuentra el comercio, la industria, la ganadería, la pesca y la silvicultura. Finalmente, añade lo que se considera como empresa y su diferenciación con el establecimiento:

Se considera **empresa** la persona física o moral que realice las actividades a que se refiere este artículo, ya sea directamente, a través de fideicomiso o por conducto de terceros; por **establecimiento** se entenderá cualquier lugar de negocios en que se desarrollen, parcial o totalmente, las citadas actividades empresariales.

Código de Comercio

El Código de Comercio no define propiamente a la empresa, la considera un acto de comercio. El artículo 75 las menciona en las siguientes fracciones:

- V.- Las empresas de abastecimientos y suministros;
- VI.- Las empresas de construcciones, y trabajos públicos y privados;
- VII.- Las empresas de fábricas y manufacturas;
- VIII.- Las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua; y las empresas de turismo;
- IX.- Las librerías, y las empresas editoriales y tipográficas;
- X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales, casas de empeño y establecimientos de ventas en pública almoneda;
- XI.- Las empresas de espectáculos públicos;

Al no encontrar una uniformidad en éste ámbito, los académicos del derecho han intentado llevar a cabo la difícil tarea de formular un concepto o definición del término en cuestión; partiendo desde el estudio de cada uno de los rasgos económicos y sociales de los que está compuesta la empresa, para así poder discernir cuales son los que le competen a la ciencia jurídica.

Si bien, la empresa es considerada como un acto de comercio, desde el recorrido histórico que ha realizado a partir de la legislación italiana: "En su Código de Comercio de 1882, artículo 3° se hace mención de las categorías de actos de comercio, en donde están comprendidas a su vez las categorías de empresas

económicas (correlativo al artículo 75 de nuestro Código vigente).¹

En este punto se debe entender la diferencia entre lo que es una empresa y un negocio, pues si bien ambos efectúan actos de comercio, por ningún motivo deben utilizarse como términos sinónimos. El negocio se lleva a cabo por una persona física con actividad comercial (comerciante) a través de una transacción de compraventa de algún producto o servicio, de la cual se obtiene una utilidad, tan simple como eso. No requiere organizar ni administrar personal ni otros elementos como: el establecimiento, materiales, procesos de producción, transporte, entre otros.

En cambio, la empresa debe contar con todo lo anterior mencionado, pues va mucho más allá de la actividad comercial, que vendría siendo el fin último de la misma. Es decir, el acto de comercio es la culminación de todo un proceso de reunir y embonar ciertas piezas; de manera que se produzca un producto o servicio a comerciar. Con esto me refiero a que también la empresa es una actividad de organización, que debe ser liderada por un sujeto clave llamado empresario.

La empresa o "impresa" en Italia, fue considerada únicamente como un acto de comercio hasta que en su Código de 1942 no se toma en cuenta a la empresa, si no al empresario: "*la empresa es la actividad del empresario*".²

Pues en efecto el empresario se encarga de organizar tanto los elementos como el capital para la producción, siendo esta su actividad profesional permanente. Además se vuelve sujeto de derechos y obligaciones, e implicaciones jurídicas.

De acuerdo con lo anterior, Jorge Barrera Graf propone lo siguiente basándose en la doctrina jurídica italiana:

La actividad del empresario consiste en la organización de la producción con el fin de producir bienes y servicios para el mercado. (...) Se trata por una parte de un concepto económico que acoge el derecho a falta de instituciones y elementos jurídicos para regular y explicar la figura; por otra parte en la definición se involucran factores que si tienen contenido jurídico propio que regula el derecho y valora en forma diversa.³

Los factores con contenido jurídico a los que se refiere Barrera Graf son los elementos que conforman a la empresa y las relaciones que esta genera a través de las negociaciones que realiza con fin lucrativo.

1 Bauche, Garcadiago, La Empresa, Editorial Porrúa, México 1977, p. 15.

2 *Ibid.*, p.25.

3 Instituto de Investigaciones Jurídicas: Diccionario Jurídico Mexicano Tomo D-H, Editorial Porrúa, México, 1992.

Entrando pues de lleno en lo que compete al derecho empresarial o derecho de empresa, que sin duda va mucho más allá de la definición o conceptualización. En otras palabras la parte que le corresponde al derecho con relación a la empresa es interpretarla desde que surge y cómo actúa, con el fin de regularla; así como la importante misión de proteger los intereses de la misma y garantizar la competencia justa entre compañías.

III. Elementos de la empresa.

En este apartado se muestran algunas de las perspectivas que existen para la clasificación de los elementos de la empresa. En la mayoría de ellas la idea central es la misma, lo único que varía es el término general para nombrar cada apartado, por lo cual se puede encontrar una gran similitud entre cada criterio.

Un ejemplo es la visión sencilla de Barrera Graf, quien divide la estructura de la empresa en dos apartados: “los elementos de la empresa son subjetivos unos y objetivos otros”.⁴

En tanto a los primeros considera al empresario y al personal que conforman a la organización. Mientras que en los elementos objetivos, hace referencia a: “todos los bienes y derechos que forman la hacienda o patrimonio de la empresa”.⁵ Lo cual muestra un panorama muy general y en mi opinión algo reducido de esta temática, pero que da un punto de partida para poder analizar las demás perspectivas.

Por otra parte, Mantilla Molina, menciona que: “los elementos de la empresa suelen dividirse en: incorporales y corporales”,⁶ agregando que en los primeros se considera: la clientela, el aviamiento, el derecho de arrendamiento, propiedad intelectual y los derechos y obligaciones derivados de los contratos.

Los segundos abarcan: muebles y enseres, así como las mercancías y materias primas. Al igual que Barrera Graf, este autor también opta por una clasificación dual, sin embargo, esta es más específica al nombrar elementos concretos que corresponden a ambos grupos de elementos.

A su vez otro académico que aborda la temática es Joaquín Rodríguez Rodríguez, quien a mi parecer abarca las dos perspectivas anteriores realizando una clasificación triple de los elementos de la empresa de acuerdo con su naturaleza:

4 *Idem.*

5 *Op. cit.*, p.1263.

6 Bauche Garcíadiego, *Op. cit.*, p. 30-31.

Elementos materiales como los inmuebles y muebles que se utilizan en la empresa, como su establecimiento. **Elementos Inmateriales** como los derechos de crédito o como los que integran la propiedad inmaterial, (nombre comercial, avisos, marcas, patentes). **Elementos Personales** como el que presta su colaboración a la empresa (personal de la empresa) y el que obtiene de ella cosas o servicios que proporciona (clientela).⁷

A partir de lo que menciona este autor se amplía mucho más la perspectiva sobre los elementos de la empresa. Sin embargo, considero que la clasificación más completa la ha realizado Mario Bauche Garciadiego, unificando los criterios antes mencionados a manera de síntesis, mostrando a mí parecer el panorama completo de la estructura de la empresa a través de un esquema en el cual me he basado para el siguiente organigrama:

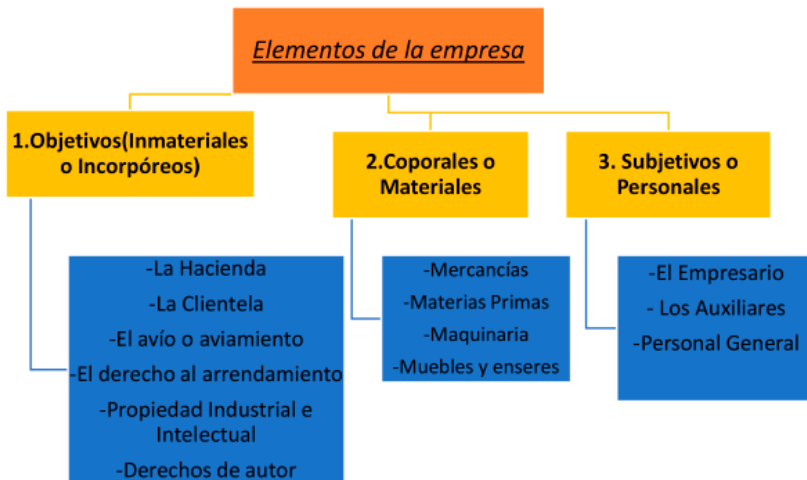


Fig. 1. Elementos de la empresa. Elaboración propia con base al esquema de la obra citada de Bauche Garciadiego, 1977, pág. 33

1. Elementos Objetivos: Inmateriales o incorpóreos

En primera instancia los elementos **inmateriales** o **incorpóreos** “no son visibles ni tangibles y por lo tanto su existencia no es material si no meramente

jurídica”,⁸ y tienen que ver con la organización de la empresa y con las obras intelectuales de la misma. A continuación se explica cada uno de ellos.

- **Hacienda**

Como se mencionó anteriormente la hacienda en pocas palabras es el patrimonio de la empresa en su totalidad, pero además este debe ser entendido como un *“conjunto heterogéneo de bienes y derechos”*.⁹ Con esto se debe entender que el patrimonio o hacienda de una empresa está compuesto por elementos de distinta índole, incluyendo los activos y obligaciones de la misma, los cuales son administrados por el empresario. Por lo tanto, la actividad de organización de estos bienes y derechos también adquiere un valor y también forma parte de la hacienda.

- **Cientela**

Existe algo de ambigüedad en relación con este elemento, pues al estar formado por personas podría considerarse como subjetivo de acuerdo con Barrera Graf, o personal de acuerdo con la clasificación de Joaquín Rodríguez Rodríguez. Sin embargo, Bauche Garcíadiego justifica porque lo clasifica de esta manera: *“la clientela es un elemento incorporal con la posibilidad de llevar a cabo negocios, atribuyéndole pues un valor pecuniario”*.¹⁰

A partir de la clientela que consume el producto o servicio se obtiene la utilidad de la empresa, por lo tanto, sin clientela no existe la transacción que garantice la obtención de ningún beneficio lucrativo. Dependerá de la firma el tamaño e importancia de su cartera o lista de clientes, de acuerdo con el trato y calidad que se les brinde.

- **Avío o aviamiento**

De manera general, se puede decir que el aviamiento es la acción (normalmente adjudicada al empresario) de organizar todos los componentes y áreas de la empresa para que esta pueda cumplir con su propósito.

Así mismo varios autores se han dado la tarea de abordar este concepto. Uno de ellos es Alfredo Rocco que argumenta que este elemento está relacionado con la eficacia de la empresa en tanto a los fines de producción, por lo que maneja un tanto de complejidad y es difícil de definir, pues existen una gran variedad de circunstancias que influyen en la eficacia de una empresa: *“la composición del capital, el valor del trabajo y el empuje dado a la organización, este último*

8 Dávalos, Manual de Introducción al Derecho Mercantil., Nostra Ediciones, México 2010, p.106

9 Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Op. cit.*, p.

10 Bauche Garcíadiego, *Op. cit.*, p.32.

traducido en la habitualidad y confianza del público".¹¹

Con relación a lo que aborda Rocco sobre el público, Bauche Garciadiego complementa que este elemento abarca lo referente a la manera en que se da la negociación de los bienes o servicios que ofrece la empresa, teniendo pues una estrecha relación con la clientela a la que van destinados.

Es decir que el avío o aviamiento abarca el aspecto del trato al cliente: *"la buena organización, el conocimiento de los hábitos y costumbres del público, así como las listas de nombres y direcciones de los consumidores, el buen servicio suministrado por el personal..."*¹²

Por lo tanto, se puede decir que la clientela es consecuencia directa del aviamiento.

Ambas perspectivas coinciden en que el aviamiento es un elemento, que a pesar de no ser tangible, aun así genera un beneficio a la empresa ligado a la forma en que esta se organiza y coordina para primeramente generar el producto o servicio a comerciar; después para generar una lista de clientes o consumidores y arreglárselas para mantenerla y hacerla crecer. Así pues, considero este elemento uno de los más importantes ya que una empresa se distingue por la forma en que se organiza y sobre todo por el trato y atención que brinda al consumidor.

Por otro lado los términos avío y aviamiento según el Diccionario Jurídico Mexicano, son considerados sinónimos. Sin embargo, *"en México la palabra avío también se usa para designar a los contratos de habilitación o avío"*¹³ (Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pág. 300). El mismo Diccionario agrega sobre estos lo siguiente: *"Según el art. 321 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, son aquellos en que el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de materias primas y materiales, y en el pago de los jornales y gastos directos de explotación indispensables para los fines de su empresa"*.¹⁴

Por lo que en los contratos de habilitación o avío, se deben delimitar cuidadosamente los fines a los que se pueda destinar el dinero del préstamo y deben utilizarse únicamente para la producción de la compañía, siendo esta el objeto de inversión.

- **Derecho al arrendamiento**

11 Rocco, Principios de Derecho Mercantil, Tribunal Superior de Justicia, México 2006, p.238.

12 Bauche Garciadiego, *Op. cit.*, p. 32.

13 Instituto de Investigaciones Jurídicas: Diccionario Jurídico Mexicano Tomo A-CH, Editorial Porrúa, México 1992, p.300.

14 *Idem.*

Este elemento va en relación con el local o establecimiento en el que labora la empresa y también es conocido como “propiedad comercial”. Se trata de un derecho a la obtención de la renovación del contrato de arrendamiento entre el arrendador y la compañía que viene a ser el arrendatario.

Joaquín Rodríguez Rodríguez, explica que la propiedad comercial consiste en lo siguiente: “atribución de especiales derechos a los empresarios sobre los locales arrendados que ocupan; bien creando un derecho de prórroga en la duración de los contratos, bien concediendo una opción para el caso de venta de los locales, bien atribuyendo al empresario de una parte de la plusvalía que el dueño obtenga en caso de enajenación de los mismos”.¹⁵ Lo cual liga este elemento de nuevo con la cartera de clientes; puntualizando que el lugar en donde se establece la empresa es un punto clave para las negociaciones de la misma.

• **Propiedad Industrial e Intelectual**

La *propiedad industrial* abarca desde el nombre comercial de la empresa, así como sus marcas, patentes y avisos comerciales, que son el sello de la compañía y lo que la hace distinta a las demás. Por lo tanto, la empresa se reserva el derecho de utilizar y explotar exclusivamente estos elementos, e incluso puede impedir que otras empresas utilicen nombres y avisos comerciales semejantes.

Este hecho nos conduce directamente a la **propiedad intelectual**, “que comprende los derechos que se ejercen sobre los bienes incorpóreos como la producción artística, científica o literaria”.¹⁶ Dicho de otra manera los derechos de autor que la empresa puede llegar a tener sobre alguna invención o patente de alguna máquina, técnica de producción, producto, fórmula, entre otras creaciones. Claro que esto dependerá del giro y actividad a la que se dedique a firma. Si bien la misma tiene derecho a la protección su idea original que trae beneficios pecuniarios a la empresa.

2. Elementos materiales o corporales

Por otra parte los **elementos materiales o corporales** incluyen las mercancías, materias primas, muebles, maquinaria y todo aquello que sea visible y tangible, que requiere la empresa para realizar sus actividades. “*Entre las cosas corporales deben incluirse, no sólo las que tienen forma y consistencia*

15 Rodríguez, *Op. cit.*, p.416.

16 Instituto de Investigaciones Jurídicas: Diccionario Jurídico Mexicano Tomo D-H, Editorial Porrúa, México 1992, p.2606-2607.

*definidas, sino aquellas otras que no son tanto materia como modalidad de ser de la misma, cual sucede con el calor, la luz y la electricidad, bastando que sean perceptibles mediante los sentidos”.*¹⁷

En este punto es sencillo identificar estos elementos en *empresas comerciales o industriales*. La primera se dedica a comercializar productos ya elaborados, es decir, adquieren y compran productos de proveedores y los ofrecen a la venta. Probablemente no requieran maquinaria ni materia prima, pero si cuentan con mercancías, muebles y enseres en donde colocarlas y para las funciones administrativas.

Mientras que para una empresa industrial son necesarios todos los elementos mencionados al principio, porque esta se dedica a elaborar el producto a partir de la materia prima y a través de procesos de producción realizados por maquinas; una vez terminado el producto, lo distribuyen y lo venden.

Existen casos en que una empresa comercial adquiere productos de una industrial para etiquetarlos, empaquetarlos y luego venderlos. Incluso sucede que un mismo producto tenga que pasar por varias empresas y procesos de producción antes de poder salir a la venta. En efecto, esto sucede a conveniencia de las compañías que buscan reducir sus costos y/o mejorar la calidad.

Ahora bien, todo está claro con relación a como utilizan los elementos materiales las empresas comerciales e industriales. Pero se preguntaran: *¿Qué pasa con las empresas que se dedican a la prestación de servicios?...*

En efecto este tipo de empresas se enriquecen al prestar un servicio, no comercian ni elaboran un producto o bien tangible, por lo tanto, no utilizan mercancías ni materia prima. Más bien tienen como objetivo atender específicamente una necesidad del público. Algunos ejemplos serían las empresas que se dedica a brindar consultorías o asesorías ya sean financieras, legales o de cualquier otro ámbito; así como las empresas de comunicación, cultura y espectáculo e incluso el turismo.

Como es posible identificar estas compañías, realizan una actividad más del tipo intelectual, que a su vez también requiere de elementos materiales: telefonía, internet, equipo de cómputo, muebles. Y si planteamos algunas empresas de comunicación como una radiodifusora, requiere de tecnología especial para poder realizar sus actividades.

Al mismo tiempo, se puede dar que existan **empresas mixtas** que se dediquen tanto a la producción y venta de mercancías, así como a la prestación de servicios. Un ejemplo podría ser una compañía que se dedica a fabricar calentadores solares, los pone a la venta al público y además ofrece el servicio de insta-

17 Rocco, *Op. cit.*, p. 245.

lación. Logrando satisfacer las necesidades del consumidor y abarcar más áreas de oportunidad, generando a la vez más ganancias.

En resumen, existe una inmensa variedad de posibilidades para establecer una empresa, la clave está en que se deben tomar muy en cuenta las posibilidades de la empresa y el alcance que quiere llegar a tener en el futuro. Sin embargo, para todas y cada una de ellas es indispensable contar con factores y elementos materiales que les permitan llevar a cabo su idea, ya sea un producto o un servicio o incluso ambos para luego beneficiarse económicamente de esto.

3. Elementos subjetivos o personales

Los elementos **subjetivos** también son llamados personales porque en esta clasificación se encuentra el empresario, sus auxiliares, los inversionistas y en general los empleados y trabajadores que hacen posible que la empresa funcione. En tanto a estos últimos se aplican las normas de legislación laboral de la Ley Federal del Trabajo.

IV. La fórmula de la empresa

Ahora bien, entendidos cada uno de los elementos de la empresa, es posible recurrir a explicarlos de manera más general. A través del siguiente esquema ejemplifico la fórmula de la empresa a grandes rasgos, basándome en lo que Alfredo Rocco incursiona al respecto:



Fig. 2. Fórmula de la empresa. Elaboración propia, con base en el contenido de la obra citada de Alfredo Rocco, 2006, p.237

Considerando entonces que el **capital** se compone de los fondos de la empresa, ya sean monetarios o materiales, incluyendo entonces las aportaciones de los socios (acciones), las inversiones y préstamos de externos o proveedores y los recursos de larga duración como maquinaria y equipo; en pocas palabras el capital es la riqueza de la empresa, su patrimonio o hacienda. Y es el factor que le brinda

la oportunidad de financiar sus actividades.

El **trabajo** se relaciona con los elementos subjetivos o personales, abarca entonces la labor de las personas que participan en el proceso de producción y comercialización de los servicios o productos. Por último, la *organización*, que Rocco asocia con el aviamiento y le da mayor importancia a este elemento, que es pues la acción de coordinar el trabajo y el capital de manera eficiente para lograr el objetivo de la empresa.

El mismo autor argumenta respecto a este último punto lo siguiente:

... el valor económico del establecimiento no solo debe estar representado por el valor del capital y del trabajo empleado en él, hay que agregarle un tercer elemento, la organización; de suerte cuando esa organización de los distintos factores de producción alcanza cierto grado de eficacia el valor del conjunto organizador es superior al de la suma de los factores singulares que lo componen.¹⁸

En síntesis no debe existir confusión con relación a si el valor de la empresa está compuesto por la hacienda o el conjunto de bienes que la forman, o si más bien es la actividad de organización lo que tiene más valor, o incluso el trabajo que en ella se realiza. En realidad la empresa adquiere un valor e importancia por el conjunto de todo lo anterior mencionado: lo material, inmaterial, lo personal y lo organizacional. Lógicamente debe existir en la empresa un sujeto que se encargue de manejar todo esto y ponerlo en marcha; hablando entonces del empresario.

V. El papel del empresario

Se ha mencionado que la empresa para poder funcionar y realmente llamarse de esa manera, debe reunir y organizar el capital y ciertos elementos. Ahora bien este apartado trata de un punto que llega a confundir en lo cotidiano pero que en realidad resulta ser bastante sencillo.

El empresario organiza, gestiona y administra el capital y los elementos corporales, incorporales y subjetivos o personales de la empresa. Por supuesto debe tener un perfil con conocimientos y experiencia en los procesos de producción, venta, mercadotecnia, recursos humanos, logística y de todas las áreas de la empresa para poder cumplir adecuadamente con su papel. Sin embargo, esta es solamente su actividad profesional, lo cual quiere decir que este líder no es

18 *Ibid.*, p. 237-238.

necesariamente el dueño de la empresa. Aunque en algunos casos suceda, no es una regla.

A su vez, cuando se mencionan los términos “sociedad” o “empresa colectiva”, se tiende a creer que estos integrantes forman parte también del cuerpo laboral de la empresa o que se dedican profesionalmente a los asuntos de la firma.

En efecto puede suceder que los socios o inversionistas participen del trabajo de la misma; pero en realidad estas personas constituyen una persona moral o sociedad, y a su vez aportan el capital monetario y/o bienes necesarios que requiere la empresa para despegar y funcionar.

Además, al ser socios adquieren derechos y obligaciones que les permiten participar proporcionalmente de las utilidades de la empresa. Aplicándose entonces a las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en lo que refiere al nombramiento, a las atribuciones, responsabilidad y revocación de la sociedad.

Por consiguiente al unificar la empresa con el empresario o con la sociedad, como dice Barrera Graf: “*Se confunde el todo con la parte...*”¹⁹, cuando estos sujetos solamente la organizan y la explotan. A lo que puntualizo que existe una separación entre los sujetos y la empresa.

Así mismo es necesario que toda compañía cuente con un representante legal para que sea quien responda ante la ley sobre los asuntos de la firma. Otra parte vital para el desarrollo de la empresa es que se tenga un organigrama jerárquico y de subordinación del personal, para que así se garantice el orden y productividad de la compañía y de los procesos que en ella se realizan. De nuevo interviniendo pues el factor humano de la empresa para coordinar el trabajo que se realiza en torno a los elementos que la componen.

VI. Conclusiones

El concepto de la empresa está presente en distintos ámbitos y en esto recae su complejidad; en su dinamismo y en la diversidad de formas de interpretarla. Ahora bien si la observamos desde la perspectiva jurídica, en la práctica el abogado no requiere una definición legal precisa para participar en la empresa y la prueba de ello está en este artículo.

Si bien, si es vital que tenga el conocimiento de su estructura y organización para defender y proteger los intereses de la empresa, así como garantizar que se

19 Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Op. cit.*, p.1262.

apegue a las normas y lineamientos que la ley establece para regularla.

Es necesario comprender que los elementos de la empresa por si solos generan un valor y son el patrimonio de la misma; pero en conjunto garantizan el objetivo de las compañías de obtener un beneficio lucrativo.

Por lo que se debe tener suma cautela al momento de dirigir cada proceso y área de la empresa, buscando siempre la calidad y eficiencia, estando al tanto de lo que las normas y lineamientos legales establecen con relación a estos elementos, lo cual puede beneficiar aún más a la firma. Todo esto se debe tomar en cuenta al tener la intención de iniciar una empresa puesto que tener conocimientos vagos de la organización y composición de la misma puede ser el principal motivo de fracaso.

Por último, agrego que para que una empresa funcione se requiere en mayor parte coordinación. Es decir, que cada pieza o elemento realice su función pero al mismo tiempo siempre tenga presente el objetivo común. Si bien los que dirigen a la empresa realizan esta misión de organizar y gestionar, se debe tomar en cuenta que los resultados no solo dependen de ellos. Porque la empresa no es el dueño, ni el empresario, ni los accionistas, ni el patrimonio, ni los productos; la empresa es todo esto agrupado, organizado y coordinado.

Constitución de Sociedades Mercantiles y Civiles

Sumario 1. Introducción. 2. La Sociedad. 3. Diferencias entre las sociedades civiles y mercantiles. 4. Sociedades Mercantiles. 4.1. Sociedad en nombre colectivo. 4.2. Sociedad en comandita simple. 4.3. Sociedad de Responsabilidad Limitada. 4.4. Sociedad Anónima. 4.5. Sociedad en comandita por acciones. 4.6. Sociedad Cooperativa. 4.7. Sociedad por acciones, simplificada. 5. Escritura Constitutiva. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.



1. Introducción

En el siglo pasado, el objetivo de las empresas se limitaba únicamente a producir y vender. Como ejemplo de esto, las más exitosas eran las que se dedicaban a la transformación de materias primas, manufactureras e industriales. Las cuales, generaban sus ganancias a través de una estructura sólida y rígida, que si bien se traducía en un crecimiento en los números, no estaba encaminada a la forma en que se hacían llegar los productos al consumidor y mucho menos al manejo adecuado del capital humano o la tecnología.

Sin embargo, al estallar la globalización, surge la necesidad de que las empresas tuvieran que ampliar los horizontes, implantando nuevas estrategias y cambiar de perspectiva, orientadas hacia el mercado internacional y la diversificación de productos, como fórmula de éxito.

Fue así como se dio una evolución en el mundo empresarial, que hoy en día se centra en la gestión y posicionamiento de sus marcas, como elementos fundamentales para obtener sus ganancias.

La innovación y originalidad de la producción del producto o servicio, ha cambiado con respecto al siglo pasado, nos encontramos en una era en la que el conocimiento está por encima de las materias primas, ya que en el siglo XX se le dio más auge a estas. Por lo que hoy en día, las empresas deben concentrarse en el conocimiento de la marca, más allá de la materia prima. Por ejemplo, la empresa Starbucks que proporciona otros servicios y productos no relacionados al café.

Como es una empresa dedicada al cocimiento del proceso de venta, puntos de venta y consumo del café; no solamente lo vende, sino que es una cadena inmobiliaria. Desarrollando una marca, insumos entre vasos desechables, papelería, postres, comida rápida; bebidas no relacionadas al café, servicio de internet gratuito con el consumo. Y van encaminadas a un grupo de población entre los 18 y 45 años, el cual se convierte en un centro de reunión y es preferido para pasar intervalos de tiempo, reflejando que actualmente el conocimiento y las ideas generan mucho más valor que la simple relación producción-venta-consumo. Las personas que consumen en la actualidad ya no van por un café, van por un “Starbucks”.

Lo anterior, no es producto de una sola persona, mucho menos de un esfuerzo individual. Todas las grandes empresas están constituidas por sociedades, cuyos socios aportan de acuerdo con su medida, distintos elementos ya sean materiales o inmateriales que le generarán un beneficio a la empresa, que se verá reflejado en beneficios económicos.

El motivo principal de las sociedades, es el de realizar una alianza estratégica, bajo el principio: “yo tengo lo que tú quieres, y tú quieres lo que yo tengo”, que va enfocado a las necesidades o requerimientos que una empresa tenga, de acuerdo con la forma en que desea crecer y como lo puede conseguir a partir de los demás. Existen pues varias razones para asociarse, ya sea por expansión, diversificación de productos, mejoras en tecnología, puntos de venta, distribución, comercialización, entre otras, que siempre dependerán del área que se quiera mejorar.

Además, entre las ventajas de las sociedades se encuentra el crecimiento a gran escala que puede llegar a tener la empresa, debido a las dimensiones del capital que manejan, que se traduce en un sinnúmero de medios y actividades, originando la necesidad de que exista una organización eficiente.

Sobre este aspecto las firmas de mayor dimensión y más exitosas, no tienen límites, pues hoy en día las grandes empresas agrupan otras compañías, extendiendo su participación en el mercado y generando mayores ganancias y oportunidades. Por consecuencia, la mejor forma de financiar y manejar una empresa es a través de las sociedades.

2. La finalidad de constituir una sociedad

Cuando el emprendedor se encuentra en la etapa previa a constituir su negocio o empresa, y ya se efectuó la elección del producto o servicio a ofrecer, se encuen-

tra en la etapa de planeación. En la cual, se debe realizar un análisis completo del panorama: conocimientos y recursos con los que se cuenta, además de las oportunidades del negocio, y por último todo lo que hace falta para materializar la idea de negocio.

Se topará con una larga lista de elementos que requiere para lograr poner en marcha su empresa o negocio. Los factores determinantes de este proceso son: el giro del negocio, entendiéndose este como su actividad y los recursos del empresario, siendo estos el capital financiero, capital de trabajo, conocimiento del proceso y transformación del producto, mercadotecnia, punto de venta y el personal.

Por otro lado, cuando el empresario tiene todos los recursos y elementos necesarios para poner en marcha la idea de su negocio y en efecto logra consolidarlo; este pequeño empresario, jamás podrá ser competencia para las grandes empresas. Las cuales, están constituidas por varias personas, que aportan más recursos y esfuerzos, traduciéndose en mayor inversión, trabajo y mejores oportunidades.

Además, otro punto importante que debe considerar el empresario individual, es que arriesga demasiado pudiendo perder todo lo que invirtió, ya que en caso de que el negocio fracase, él deberá absorber absolutamente todo lo que implica esta pérdida.

Podría citar varios casos similares, en los que sin duda el empresario o emprendedor individual sale perdiendo, enfrentándose con muchas dificultades en el momento de consolidar su firma, e incluso mientras la maneja. Por consecuencia, hoy en día, ser empresario individual puede ser una decisión que implica riesgo.

Ahora bien, partiendo desde la definición de sociedad de acuerdo con la Real Academia Española, esta es:

Una agrupación natural o pactada de personas, organizada para cooperar en la consecución de determinados fines.¹

Mientras que el Diccionario Jurídico Mexicano presenta como definición del mismo término lo siguiente:

Se dice que la sociedad es una unión moral porque requiere el acuerdo libre e inteligente de varios hombres para conseguir un fin. El fin puede ser de distinta naturale-

1 Real Academia Española, Diccionario esencial de la lengua española, Espasa Calpe, 2006, p. 1376.

za..., pero en todo caso se exige la existencia de la sociedad, que se dé el consentimiento de alcanzar entre todos los socios ese fin².

Puntualizando que ambas definiciones coinciden en que la finalidad de una sociedad es de suma relevancia, como la razón de existir de la misma. Por consiguiente, los socios deben de tener las mismas metas, además de distintas cualidades y posibilidades para alcanzarlas. En el siguiente esquema se resume gráficamente en que consisten las sociedades.



Fig. 1. Fórmula de la a sociedad. Elaboración propia.

Concretamente, la sociedad está compuesta por un grupo de personas que busca un fin común, pero la cuestión más interesante es la forma en que se arreglan para obtenerlo. Como se mencionaba anteriormente, si todas estas personas interesadas en constituir una sociedad, tienen un mismo objetivo entonces buscarán cooperar, reunir y hacer todo lo necesario para lograrlo. De ahí que entonces, estarán dispuestas a aportar ya sea en especie, trabajo o dinero; siendo esta la manera en que surgen las sociedades.

Este hecho en particular, en materia de Derecho lleva a la creación de una personalidad *jurídica*, distinta a la de los socios que la forman. Porque si bien, la sociedad no se encarga de perseguir intereses individuales, si no colectivos, ya que se lleva a cabo una conciliación de voluntades en torno a un mismo objetivo, originando una nueva persona. De esta forma, el artículo 25 del Código Civil Federal en las fracciones III, V y VI, considera a las sociedades y asociaciones como personas morales.

Profundizando en este sentido, la sociedad *“debe considerarse como una*

2 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano Tomo P-Z, Ed. Porrúa, México, 1992, p. 2940

persona jurídica porque tiene derechos y obligaciones patrimoniales, y un fin especial al cual tiende con sus fuerzas económicas".³ Por lo tanto, ser parte de la sociedad también implica quedar sujeto a reglas, participar en la toma de decisiones, beneficiarse de las utilidades, y responder en las pérdidas.

En consecuencia, una sociedad no puede prosperar si los socios solo buscan el beneficio propio, esto ocasionaría problemas e impediría el buen funcionamiento y organización de la misma. Faltaría el "*affecto societatis*" expresión latina que Mantilla Molina utiliza con relación a la existencia de una igualdad entre las partes, que las constituya como verdaderos socios. "*Cuando esta falta... falta una verdadera comunidad de fines*".⁴

De modo que se debe considerar como una medida de precaución antes de decidir asociarse, si todos los interesados están dispuestos a perseguir el mismo fin, más allá del hecho de solo obtener un beneficio monetario. Aunque en efecto, "*la mayoría de los casos el fin social consiste en realizar negocios lucrativos*"⁵, también existirán casos en que lo pecuniario no es lo principal para la sociedad.

Ahora bien, es necesario recalcar el hecho de que una vez determinada la finalidad, los interesados deberán aportar de acuerdo con sus posibilidades. Por consiguiente, de acuerdo con Joaquín Rodríguez Rodríguez, los socios pueden elegir si aportar "*recursos o esfuerzos*"⁶, que fungirán como los medios necesarios para la consecución del fin social.

Los recursos abarcan desde aportaciones monetarias, así como la aportación de elementos con valor patrimonial, tales como bienes muebles o inmuebles. Los recursos se traducen en aportaciones cuantificables: materiales o económicos. A diferencia de los esfuerzos, que engloban actividades humanas como el trabajo y conocimientos, aportes organizacionales; que no se pueden cuantificar tan fácilmente; a lo cual los socios que realizan este tipo de aportaciones, se les denomina **socios industriales**.

Este tipo de socios, si bien participan de una manera diferente en las sociedades, ya que el artículo 16 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en las fracciones I y II, establece que ellos tendrán derecho a una participación igual a la mitad de las ganancias y no reportaran las pérdidas. Pues en este sentido, los socios industriales, al momento de quebrar la sociedad pierden su fuente de

3 Vivante, Derecho Mercantil, Tribunal Superior de Justicia, 2003, p.95

4 Mantilla Molina, Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, 1990, p. 186

5 *Idem*.

6 Rodríguez, Derecho Mercantil: Tomo 1, 6ta Edición, Editorial Porrúa, 1966, p. 46

ingreso y trabajo, por lo que en la legislación existe una amplia protección a estos, en contraste con los socios capitalistas.

3. Las sociedades civiles y mercantiles

El tener una finalidad común es el fundamento y razón de ser de las sociedades, ya que a partir de esta dependerá la *forma* en la que la sociedad deba constituirse. Si bien, existen dos tipos de sociedades: civiles y mercantiles, que tienen características específicas en cuanto a organización, finalidades y regulación, pero comparten la misma esencia.

Por lo que es importante conocerlas y distinguir las antes de elegir una de ellas como la forma de constitución de un negocio o empresa. En primera instancia, se debe entender la diferencia que existe entre la sociedad y la asociación civil, la cual radica en la naturaleza del fin que persiguen.

De acuerdo con el artículo 2670 del Código Civil Federal, la **asociación civil**, surge cuando varios individuos convinieren en reunirse, de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico.

Normalmente, las asociaciones, tienen carácter cultural, artístico, académico, deportivo o de recreación; como en estos fines no prepondera el lucro, esto quiere decir que no se generan utilidades ni pérdidas, por lo tanto, no existirá una participación de ellas por parte de los socios. Pero esto no excluye que cualquier asociación requiere medios económicos para su sostenimiento y funcionamiento. Así mismo, como en estos fines no prepondera el lucro, no se generan utilidades ni pérdidas, por lo tanto, no existirá una participación de ellas por parte de los socios.

A simple vista parecería que los conceptos de sociedad y asociación pueden sonar equivalentes, puesto que en ambas se involucra la unión de un grupo de personas que tienen un interés común por el cual trabajar, sin embargo: *“La técnica jurídica ha hecho de la sociedad un tipo especial calificado por un objetivo económico más intenso, suficiente para destacarlo del de la asociación”*.⁷ En este sentido, prevalece la característica que tienen las sociedades de obtener y repartir un beneficio, a través de la acción de la aportación de los recursos sociales.

Además, las asociaciones se destacan porque *“están caracterizadas por*

una organización de personas y no por un conjunto de bienes".⁸

En contraste, la sociedad necesita tomar en cuenta las aportaciones de los socios, que constituyen el capital social, como el medio indispensable para conseguir sus propósitos: *"De ello se deriva una más íntima fusión de voluntades y una más estrecha solidaridad de fuerzas económicas y de trabajo. No se trata de una simple colaboración de voluntades"*.⁹

Dicho de otra manera, el aporte monetario y de esfuerzo que realizan los socios para la consecución de su fin, se traducirá en utilidades o pérdidas que implican su participación, de manera proporcional a su aportación. Por lo tanto, el aspecto económico le da mayor peso a este tipo de vínculo social.

Ahora bien la **sociedad civil** es definida por el Código Civil Federal en el artículo 2688 de la siguiente manera:

Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial.

En este sentido, se debe hacer una separación entre lo que es un fin económico, un acto de comercio y la especulación mercantil. Los actos de comercio, se encuentran comprendidos en el artículo 75 del Código de Comercio; mientras que la especulación mercantil *"se refiere a todas las actividades sobre mercaderías, títulos de crédito o inmuebles, cuyo fin primordial es el obtener un lucro, bien sea por reventa o por la explotación"*.¹⁰

Cuando se habla de un fin económico más no mercantil de una sociedad, se puede hacer referencia al siguiente ejemplo, de Mantilla Molina: *"Personas convienen en cultivar en común un terreno, se propondrán un fin que, de acuerdo con la legislación no podría considerarse mercantil, pero tiene contenido económico"*.¹¹

En este punto se ve reflejada la importancia que tiene el definir la finalidad y los actos que realizará la empresa para conseguirlo, para poder saber de qué manera es conveniente constituirse.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 2695 del Código Civil Federal, existe la posibilidad de que las sociedades de naturaleza civil, tomen la forma de las

8 *Op. cit.*, pág. 5

9 *Ibid.*, pág. 12

10 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano Tomo D-H, Ed. Porrúa, México, 1992, p. 1312.

11 Mantilla Molina, *Op. cit.*, p. 187.

sociedades mercantiles, pero al hacerlo quedarán sujetas a las disposiciones del Código de Comercio y por ende a la Ley General de Sociedades Mercantiles de acuerdo con el primer párrafo del artículo 4: Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo 1° de esta ley. De acuerdo con esto, se coincide pues que la manera de distinguir las sociedades civiles de las mercantiles "*es de carácter exclusivamente forma*".¹²

4. Sociedades Mercantiles

Por consiguiente, existen 7 tipos de sociedades mercantiles con sus respectivas características, que reconoce la Ley General de Sociedades Mercantiles en el artículo 1°: *Sociedad en nombre colectivo, Sociedad en comandita simple, Sociedad de responsabilidad limitada, Sociedad anónima, Sociedad en comandita por acciones, Sociedad cooperativa y Sociedad por acciones simplificadas.*

4.1. Sociedad en nombre colectivo

Este tipo de sociedad abarca el Capítulo II de la Ley General de Sociedades Mercantiles (Artículos 25-50), definiéndola en el artículo 25: *Sociedad en nombre colectivo es aquella que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden, de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales.*

A través de su definición, se destacan dos aspectos característicos de este tipo de sociedad: la responsabilidad de los socios y la clase de nombre usado por la sociedad. En cuanto a lo primero, figuran tres caracteres de responsabilidad, que explico a continuación:

La responsabilidad de los socios en nombre colectivo es **subsidiaria** porque están obligados a realizar el pago de las obligaciones de la sociedad cuando esta no lo haya hecho. En otras palabras esto "*significa que no puede exigírseles el pago de las deudas sociales sino después de haber intentado, inútilmente, obtenerlo de la sociedad*".¹³

En lo que respecta a las responsabilidades **ilimitada** y **solidaria**, van de la mano, puesto que la primera indica que los socios deberán responder ante

12 Rodríguez, *Op. cit.*, p. 44.

13 Mantilla Molina, *Op. cit.*, p.262

las deudas en su totalidad, además *“responden con todo su patrimonio por cualquiera cuantía de las obligaciones sociales”*.¹⁴ Mientras que la segunda, implica que se puede exigir a cualquiera de los socios, el importe íntegro de las obligaciones sin realizar la división de la deuda entre los demás miembros

Ahora bien, sobre la forma de nombrar a la sociedad en nombre colectivo, la legislación aporta lo siguiente:

Artículo 27.- (LGSM): *La razón social se formará con el nombre de uno o más socios, y cuando en ella no figuren los de todos, se le añadirán las palabras y compañía u otras equivalentes (Algunas equivalentes serían “y hermanos”, “y asociados”).*

A manera que, el incluir a una persona en la razón social, implica que esta responde ante terceros, y queda sujeta a la responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria de cada uno de los socios (Art.28 LGSM). Por lo tanto, la legislación en cuanto a este tipo de sociedad es muy cuidadosa en el sentido de la adición y separación de socios.

Si un socio se separase, la razón social puede continuar añadiendo la palabra: “sucesores” (Art. 29); esta palabra, también se agregará cuando la razón social de una compañía sea la que hubiere servido a otra cuyos derechos y obligaciones han sido transferidos a la nueva (Art. 30).

De la misma forma, la Ley General de Sociedades Mercantiles también establece en los artículos sucesivos, que es de suma importancia el consentimiento de la mayoría de los socios para la cesión de derechos, admisión de nuevos socios o cualquier modificación en el contrato social; en el cual podrá acordarse si a la muerte de alguno de los socios, se podrá continuar la sociedad con los herederos (Arts. 31-34).

Otro punto relevante sobre la sociedad en nombre colectivo, es que se limita a los socios a competir con la sociedad, de acuerdo con el artículo 35 de la LGSM:

Los socios, ni por cuenta propia, ni por ajena podrán dedicarse a negocios del mismo género de los que constituyen el objeto de la sociedad, ni formar parte de sociedades que los realicen, salvo con el consentimiento de los demás socios.

De modo que cualquier socio que falte a este artículo, será triplemente sancionado con la exclusión de la compañía, privación de beneficios y resarcimiento de

14 Rodríguez, Op. cit., p. 64

daños y perjuicios.

Hoy en día, la sociedad en nombre colectivo ya no es muy común, debido a las implicaciones que se han analizado, en tanto a las responsabilidades de los socios y al pago de obligaciones. Además, normalmente se constituyen con capital reducido y pocos socios, dando origen a negocios familiares o de amistades muy cercanas.

Por otra parte, este tipo de sociedad es en la que se da con mayor frecuencia que existan socios industriales y en relación con ellos, existe un punto interesante respecto al artículo 25, en el que se establecen los caracteres de las responsabilidades de todos los socios, asumiendo deudas y soportando pérdidas solidariamente.

Sin embargo, esto contrasta con la protección que la misma legislación ofrece para los socios industriales, por lo que entonces se procede de la siguiente forma: si bien, el acreedor podrá exigir de un socio industrial el pago de las obligaciones y este tendrá que absorberlo solidariamente, pero a su vez podrá exigir de sus consocios que le reembolsen de manera íntegra lo que ha gastado.

4.2. Sociedad en Comandita Simple

El artículo 51 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, define a este tipo de sociedad como aquella que:

... existe bajo una razón social y se compone de uno o varios socios comanditados que responden, de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones.

A simple vista, la sociedad en comandita simple se maneja de manera similar a la de nombre colectivo e incluso se aplican casi las mismas disposiciones legislativas. Sin embargo, existen puntos muy particulares en su estructura que las hacen diferentes.

En primer lugar, en la sociedad en comandita simple existen 2 tipos de socios: comanditados y comanditarios, y sobre estos últimos no pueden ser administradores de la sociedad. Los socios comanditados o también llamados colectivos, *“se encuentran en la misma posición jurídica que los socios de la colectiva; para los comanditarios, por el contrario, el importe por el que responden ante los acreedores es solamente el límite de la aportación y de la parti-*

cipación en las pérdidas”¹⁵, reflejando que para esta clase de socios existe una responsabilidad limitada, en comparación con los colectivos.

En lo que respecta a la razón social, la situación es parecida a la sociedad en nombre colectivo, aunque ésta se formará solo con los nombres de uno o más comanditados, agregando las palabras Sociedad en Comandita, que abreviado es S. en C. (Art. 52, LGSM). De lo contrario, si no se sigue esta indicación, la sociedad será tomada por una de nombre colectivo en la que todos los socios tienen responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria.

Ahora bien, conforme al artículo 54 de la LGSM, no pueden ser administradores los socios comanditarios ni actuar como apoderados del administrador. La administración de la sociedad, en pocas palabras es el órgano representación de esta y es elegido por los mismos socios; es quien gestiona la toma de decisiones interna, a partir de lo que en conjunto o por mayoría decidan todos los miembros.

De acuerdo con esto, *“la prohibición del comanditario a administrar no le impide formar parte de la junta de socios y en ella votar”*¹⁶, puesto que no se trata de poner a éste en desventaja en comparación con los socios comanditados, más bien esta prohibición va encaminada a que si el comanditario celebra un negocio en representación de la sociedad, entonces asume la responsabilidad solidaria que se extiende a las demás obligaciones sociales, cuando éste por su condición comanditaria tiene una responsabilidad limitada.

Por lo que en la sociedad en comandita simple, se puede observar de manera muy marcada como es que a través de la participación de los socios se unifican dos fuerzas importantes como es el capital y el trabajo; es decir el socio capitalista (comanditario) y el industrial (comanditado) y se da de la siguiente manera:

*El socio con responsabilidad ilimitada destina a la empresa sus energías intelectuales y de trabajo atendiendo a su dirección; los socios con responsabilidad limitada destinan a ella los medios económicos indispensables para el desarrollo y la consolidación del crédito.*¹⁷

Esto permite que el socio capitalista o comanditario, aporte los medios económicos necesarios para el funcionamiento de una empresa, sin arriesgarse a responder a las obligaciones sociales con algo más que su aportación. Al mismo tiempo, el socio industrial que también figura en este tipo de sociedad aportando

15 Brunetti, *Op. cit.*, p.713

16 Mantilla Molina, *Op. cit.*, p.281

17 Brunetti, *Op. cit.*, p.717

su trabajo, se rige bajo las responsabilidades del socio colectivo.

Si bien, se dice que *“la comandita está creada para empresas medianas que no precisan como las sociedades por acciones, de grandes capitales”*.¹⁸

Así pues, este tipo de sociedad se convierte en un medio de rescate para empresas constituidas en nombre colectivo y cuya situación financiera no es muy favorable.

4.3. Sociedad de Responsabilidad Limitada

La sociedad de responsabilidad limitada, es la que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones; sin que las partes sociales puedan estar representadas por títulos negociables, a la orden o al portador, pues solo serán cedibles en los casos y con los requisitos que establece la ley (Art. 58 LGSM).

A partir de su definición, se puede observar que la sociedad de responsabilidad limitada tiene varios puntos interesantes que la distinguen sin duda de las que se explicaron anteriormente.

El primero es que se destaca en la manera en que los socios *“responden limitadamente (solo con sus aportaciones) de las deudas sociales”*¹⁹, situación que Mantilla Molina critica: *“No es cierto que los socios están solamente obligados al pago de sus aportaciones; para convencerse de ello basta leer el artículo 70”*²⁰, el cual menciona que cuando el contrato social lo establezca, además de sus obligaciones generales, los socios tendrán que realizar aportaciones suplementarias, las cuales sirven como medio de aumento cuando los medios de las empresas no fueran suficientes.

Así mismo, este aspecto de las aportaciones suplementarias o accesorias, distingue a la sociedad de la responsabilidad limitada por completo de las demás.

Otro aspecto característico de la sociedad de responsabilidad limitada, es que esta existirá bajo una razón social o denominación, seguida de las palabras “Sociedad de Responsabilidad Limitada” o la abreviatura “S. de R. L.”, conforme al artículo 59 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En este punto se aclara que como en las demás sociedades la razón social puede establecerse a partir del nombre de uno o más socios, y agregar las pala-

18 *Idem.*

19 Barrera Graf, Derecho Mercantil, UNAM, 1° Edición, 1991, p. 85

20 Mantilla Molina, *Op. cit.*, p.287

bras “y compañía” u otras sinónimas; mientras que en la denominación no figuran los nombres de los socios, más bien es un nombre que surge de la invención de los socios y puede estar relacionado con el giro de la empresa.

En cuanto a la cantidad de socios que puede tener una sociedad de responsabilidad limitada, la LGSM lo limita a no más de 50 socios, según el artículo 61. Así pues, con relación al capital, deberá establecerse en el contrato social y quedará dividido en partes sociales que podrán ser desiguales en valor y categoría, pero en todo caso serán de un múltiplo de un peso (Art. 62 LGSM). Por otro lado, el aumento del mismo no podrá llevarse a cabo mediante suscripción pública (Art. 63).

Además, como medida previa a la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada, se deberá realizar un desembolso mínimo del 50 % de cada participación o parte social (Art.64).

4.4. Sociedad Anónima

La sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones (Art. 87), y a partir de esto, los principales aspectos que la distinguen son los siguientes:

- **La Denominación**

Sobre este punto se hace mención deberá formarse libremente, *“lo que significa que no tiene que comprender el nombre de ningún socio (lo que tampoco se prohíbe, sin que por hacerlo se hable de razón social)”*²¹; por lo que esta nota refleja la diferencia entre razón social y denominación, la cual radica en que la segunda es producto de la invención libre de los socios y puede estar relacionada o no con su finalidad, así como *“aquello permite que el nombre de las sociedades se forme con una mención de fantasía”*.²²

Así pues con base al artículo 88, la única limitación que existe respecto a la denominación, es que deberá ser distinta a la de otras sociedades, e irá seguida de las palabras Sociedad Anónima o su abreviatura “S. A.”

- **La responsabilidad de los socios**

En su definición (art. 87), se pone en claro que la responsabilidad de los socios de la S. A., se limita únicamente al pago de sus acciones. Este aspecto, podría decirse que lo comparte con la sociedad de responsabilidad limitada.

21 Barrera Graf, Derecho Mercantil, UNAM, 1° Edición, 1991, p.86

22 Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Op. cit.*, p. 2942.

Sin embargo, esta forma de responder de los socios, es propia de la sociedad anónima; puesto que sobre la sociedad de responsabilidad limitada, el artículo 70 estipula que se pueden imponer aportaciones suplementarias a los socios. Modificando entonces la esencia de la respuesta limitada de los socios ante las obligaciones sociales, cosa que no aplica para la sociedad anónima.

• El capital dividido en acciones

Este atributo es sin duda el más característico de la sociedad anónima, aunque también lo comparte la sociedad en comandita por acciones. De acuerdo con el artículo 111, el capital queda dividido en acciones representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio. Así pues, estas acciones serán de iguales en valor y derechos (art.112).

Debido a la posibilidad del libre movimiento de acciones, se permite incurrir en la bolsa de valores; este aspecto y la responsabilidad limitada de los socios, son en gran parte la razón por la cual en la actualidad, la sociedad anónima está desplazando a los otros tipos de sociedades, porque permiten un mayor crecimiento a las empresas.

En efecto, *“La sociedad anónima posee una estructura jurídica que la hace especialmente adecuada para realizar empresas de gran magnitud. La S. A. permite obtener la colaboración económica de un gran número de individuos...”*²³

Podría empezarse este tipo de sociedad con dos socios como mínimo, para después incluir a varios más, con la seguridad de que al convertirse en accionistas no arriesgan su patrimonio. Por consecuencia, la sociedad anónima se convierte en la forma de sociedad más atractiva para los empresarios y emprendedores.

Por otra parte, se requiere tomar en cuenta los requisitos que la ley establece para constituir la, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 89 en las fracciones siguientes:

- I.- Que haya dos socios como mínimo, y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos.
- II.- Que el contrato social establezca el monto mínimo del capital social y que esté íntegramente suscrito.
- III.- Que se exhiba en dinero efectivo, cuando menos el veinte por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario, y
- IV.- Que se exhiba íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario.

Respecto a esto, se debe entender que el capital de la sociedad anónima es fundacional, *“en el sentido de que es condición previa e indispensable para que la sociedad pueda fundarse, que el capital, o por lo menos una parte del mismo esté previamente desembolsado”*.²⁴

Pues en este sentido, lo que tiene mayor importancia para la sociedad anónima es lo que el socio puede aportar económicamente, distinguiéndose de la sociedad en nombre colectivo y en comandita simple, en las cuales se le da mayor valor a las características personales que puede aportar un socio.

4.5. Sociedad en comandita por acciones

Este tipo de sociedad es en términos generales, una fusión de la sociedad anónima y la sociedad en comandita simple; situación que se puede reflejar en su estructura y en la forma en que se maneja.

Pues se encuentra compuesta de las dos clases de socios de la sociedad en comandita simple: comanditarios y comanditados (art. 207 LGSM), pero se rige bajo las disposiciones de la sociedad anónima exceptuando lo que establecen los artículos sucesivos (art. 208). Porque el capital de esta sociedad se divide en acciones (tal como el de la sociedad anónima), mismas que no se cederán sin el consentimiento total de los comanditados y dos terceras partes de los comanditarios (art. 209).

Además, esta sociedad puede existir tanto con razón social como con denominación (art. 210), pero en cualquier caso deberá ir seguida de las palabras “Sociedad en Comandita por Acciones” o la abreviatura “S. en C. por A.”

Ahora bien, es necesario explicar la posición de ambos tipos de socio respecto a su manera de intervenir en la sociedad en comandita por acciones. Los comanditarios, son accionistas, como cualquier miembro de una sociedad anónima. Mientras que los comanditados, están obligados a responder ante las deudas sociales más allá de su aportación, de manera ilimitada, subsidiaria y solidaria; así mismo la administración se reserva únicamente para este tipo de socios.

La sociedad en comandita por acciones, al compartir características de la sociedad anónima y la de comandita simple, se convierte en una opción que da pauta al manejo de un mayor capital financiero, proveniente de los comanditarios que no arriesgan más que su aportación; combinándolo con el aporte de ideas, trabajo y esfuerzos de los comanditados, que debido a la posición de administradores que les corresponde, brindan mayor estabilidad en este aspecto y se aprovecha mejor

24 Rodríguez, *Op. cit.*, p. 79

la aportación capitalista.

Además, que el capital se divida en acciones, añade la ventaja de transmisibilidad de las mismas, provocando la posibilidad de ampliar las inversiones que en consecuencia se traducen en más medios y recursos.

4.6. Sociedad Cooperativa

Este tipo de sociedades se rigen bajo la Ley General de Sociedades Cooperativas, y surgieron del fenómeno del cooperativismo con tinte social y político, que *“se presenta como una de las más caracterizadas manifestaciones de la moderna política social”*.²⁵

El artículo 2 de la ley anteriormente mencionada, define a la sociedad cooperativa de la siguiente forma:

La sociedad cooperativa es una forma de organización social integrada por personas físicas con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas, a través de la realización de actividades

Este tipo de sociedad persigue una finalidad basada en principios sociales, que como sucede en las sociedades civiles, tiene preponderancia económica. Sin embargo, estas pueden realizar actos de comercio o saltarse a un intermediario como medio para la consecución de su fin.

Porque el factor económico siempre será necesario para cualquier forma de sociedad o asociación, dado que sin este, se vuelve imposible su funcionamiento y el cumplimiento de los objetivos sociales. Además, la legislación expresa lineamientos muy puntuales en cuanto a la forma en que se deben manejar las sociedades cooperativas:

Artículo 6.- Las sociedades cooperativas deberán observar en su funcionamiento los siguientes principios:

- I.- Libertad de asociación y retiro voluntario de los socios.
- II.- Administración democrática.
- III.- Limitación de intereses a algunas aportaciones de los socios si así se pactara.
- IV.- Distribución de los rendimientos en proporción a la participación de los socios.
- V.- Fomento de la educación cooperativa y de la educación en la economía soli-

daria.

VI.- Participación en la integración cooperativa.

VII.- Respeto al derecho individual de los socios de pertenecer a cualquier partido político o asociación religiosa, y

VIII.- Promoción de la cultura ecológica.

Como se puede apreciar, continúan muy marcada la importancia de la consideración de factores político-sociales en este tipo de sociedad. Así mismo, se conserva la esencia de la distribución proporcional entre los socios de los beneficios que se obtengan de la sociedad.

Por otro lado, destaca también el aspecto de la limitación de intereses de los socios, considerando los valores que tiene como base la sociedad cooperativa. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que la verdadera esencia de estas sociedades es el servicio al socio y a la comunidad.

Por otra parte, existen tres tipos de sociedades cooperativas reconocidas por la ley (Art. 21), y son las siguientes:

- De consumidores de bienes y/o servicios.
- De productores de bienes y/o servicios.
- De ahorro y préstamo.

Las primeras se caracterizan según el artículo 22 de la Ley General de Sociedades Cooperativas, por el objeto común que persiguen sus socios de obtener bienes, artículos o servicios para ellos, con relación a sus hogares o actividades de producción.

Lo que lleva a permitir que se dediquen a actividades de abastecimiento, distribución, prestación de servicios como la educación o la obtención de vivienda. Sin embargo, *“no pueden celebrar operaciones con el público y deben limitar sus actividades exclusivamente a sus miembros”*²⁶, puesto que tal como lo expresa la legislación, su objeto es la adquisición de bienes para consumo de los socios. Y de acuerdo con el artículo 26, pueden dedicarse actividades de abastecimiento y distribución, así como a la prestación de servicios relacionados con la educación o la obtención de vivienda.

En lo que respecta a las sociedades cooperativas de productores de bienes y/o servicios, tienen la particularidad de no poder contar con trabajadores o asalariados, ya que la condición de socio implica la prestación de esfuerzos ya sean

26 Mantilla Molina, *Op. cit.*, p.310

intelectuales o físicos, siendo estos su aportación, en favor del objeto social.

Dicho de otra manera, los socios son los trabajadores en este tipo de sociedad. Y de acuerdo con el artículo 27, podrán almacenar, conservar, transportar y comercializar sus productos, conforme a los términos que la legislación establece.

Por lo tanto, en ese sentido se justifica que las sociedades cooperativas, sean consideradas mercantiles, puesto que realizan actividades de comercialización, distribución, transporte y almacenamiento de mercancías; cuestión que da pie a que la Ley General de Sociedades Mercantiles funcione como legislación supletoria de las sociedades cooperativas.

Ahora bien, las sociedades de ahorro y préstamo deberán tener como objeto social el realizar estas actividades. En lo que respecta a esto, la ley en el artículo 33, entiende por ahorro la captación de recursos a través de depósitos monetarios de los socios y como préstamo la colocación y entrega de recursos captados entre sus mismos socios.

Así como también expresa que este tipo de sociedad, se regirá también por la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo.

Al mismo tiempo, las sociedades cooperativas se categorizan de dos maneras: (Art. 30, LGSC) **ordinarias y de participación estatal**. Las primeras son aquellas que únicamente requieren constitución legal (Art. 31), mientras que en las segundas existe la intervención del Estado, el artículo 33 profundiza más respecto a este tipo de sociedades:

Son sociedades cooperativas de participación estatal, las que se asocian con autoridades federales, estatales, municipales o los órganos político-administrativos del Distrito Federal, para la explotación de unidades productoras o de servicios públicos, dados en administración, o para financiar proyectos de desarrollo económico a niveles locales, regional o nacional.

Es decir, el Estado concede a este tipo de sociedades a través de permisos o concesiones, la capacidad de explotar o atender algún servicio público. Un ejemplo de ello serían las cooperativas escolares, de crédito o de construcción.

En tanto a los **aspectos constitutivos** de las sociedades cooperativas, cuentan con algunos puntos que la distinguen de las demás sociedades. En primera instancia, existe un mínimo de socios requeridos para su constitución, el cual es cinco socios para las de consumo y producción; mientras que para las de ahorro y préstamo se eleva a un mínimo de veinticinco socios.

Por otra parte, la responsabilidad de los socios se puede llevar a cabo de dos maneras: limitada, en la que el socio responde únicamente de acuerdo con su aportación; y la suplementada, la cual se debe estipular desde la escritura constitutiva una cifra que exceda la aportación del socio, como límite de responsabilidad social.

Además, las sociedades cooperativas deberán constituirse bajo una denominación, seguida del tipo de responsabilidad que se adopte, según sea el caso: S.C.L, Sociedad Cooperativa Limitada o S. C. S., Sociedad Cooperativa Suplementada.

4.7. Sociedad por acciones simplificada

Es un nuevo régimen societario que permite que la constitución de empresas y negocios sea mucho más fácil, abarcando los artículos 260 a 273 de la LGSM. Entre sus ventajas, el trámite es totalmente en línea, por lo que para su constitución no se requiere escritura pública ni otro tipo de formalidades, así como la utilización de fedatarios públicos, se vuelve opcional; volviéndose un tipo de sociedad ideal para micros y pequeñas empresas que van iniciando y que da pie a que en un futuro adopten otra forma de sociedad.

Además, los requisitos son muy sencillos: que los socios cuenten con firma electrónica y que la denominación que elijan para la sociedad sea aprobada por el sistema, la cual irá acompañada de las palabras: Sociedad por Acciones Simplificada o la abreviatura S. A. S.

El sistema se encuentra a cargo de la Secretaria de Economía y genera la aprobación de la denominación social, permite que los accionistas elijan las cláusulas y estatutos del contrato social, una vez revisado que se encuentre bajo las disposiciones legales lo genera y lo envía para inscripción al Registro Público. De esta manera, tan simple, se puede dar la constitución de sociedades hoy en día.

Por otra parte, se caracteriza por la responsabilidad limitada de los accionistas que responden hasta el monto de sus aportaciones. Así mismo, los ingresos de este tipo de sociedades no pueden exceder de cinco millones de pesos, pues se está hablando de micros y pequeñas empresas.

5. Escritura Constitutiva

Las sociedades tienen su origen en un contrato, póliza o escritura en el que la ley establece ciertos requisitos para su constitución, se deberá realizar ante fedatario

público de acuerdo con el artículo 5 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio.

En este tipo de contratos, *“las partes no se cambian prestaciones, ya que las mismas constituyen un fondo común”*.²⁷ De modo que, se coordinan u organizan para que los intereses de cada una de los socios vayan encaminados a un mismo fin. Además, este contrato es de naturaleza plurilateral, pues en él participan varias partes que consienten unir voluntades para formar una sola, dando origen a la persona moral.

En este sentido, todos adquieren mismos derechos y obligaciones, evitando que los intereses y satisfacción se tornen opuestos o más cargados hacia una sola parte, como sucede en los contratos bilaterales o de intercambio.

En tanto a la forma, *“los requisitos del acto constitutivo en las sociedades son en parte comunes y en parte especiales para cada tipo”*²⁸, pues si bien de acuerdo con la forma de la sociedad se tendrán que añadir o modificar ciertos requisitos. Pero de manera general, la LGSM en el artículo 6, hace mención de los elementos básicos con los que debe contar la escritura constitutiva. Sobre estos el autor Joaquín Rodríguez, realiza una clasificación, que me parece adecuada para explicarlos de manera más sencilla:

- **Requisitos personales**

Nombre, nacionalidad y domicilio de los socios; y la razón social o denominación (según sea el caso), domicilio, duración y la finalidad de la sociedad. En resumen, los requisitos personales abarcan la información general tanto del socio como de la sociedad. Sin embargo, con relación a la última, es necesario ser muy específico al establecer cada uno de los requisitos en el acta.

Con respecto al domicilio, se habla del área geográfica en donde ha de operar la sociedad, es decir, su establecimiento; así pues es necesario aclarar si tendrá o no sucursales. De la misma manera, se deberá especificar la duración que tendrá la sociedad a partir de la constitución de la misma.

Por último, puntualizo que el objeto o finalidad es de suma relevancia en el acta constitutiva de la sociedad, por lo que es necesario establecerlo lo más amplio posible, especificando detalladamente cada una de las actividades a las que realizará la sociedad. Ya que cualquier actividad que no esté incluida en el objeto social, no podrá ser llevada a cabo por la sociedad.

Como ejemplo, al buscar constituirse un despacho de abogados, tendrá que

27 Rodríguez, *Op. cit.*, p.44

28 Brunetti, *Op. cit.*, p. 240.

mencionar que su objeto social incluye la consultoría, gestión, asesoría, *coaching*, capacitación, litigio; elaboración y celebración de contratos, contratación de personal, promoción de servicios, investigación, registro de propiedad intelectual, adquisición de bienes, entre otras actividades que les permitirán el funcionamiento adecuado de la sociedad.

- **Requisitos reales**

En estos se incluye el capital que *“es garantía de terceros y un instrumento para el cumplimiento de la finalidad social”*²⁹ y está constituido por las aportaciones iniciales de los socios cuyo importe deberá hacerse en moneda nacional y podrá ser variable, es decir, podrá aumentarse o disminuirse sin modificar la escritura. Como se ha mencionado se deberá establecer lo que cada socio aporta (dinero, bienes, trabajo), atribuyéndole el valor que corresponda.

- **Requisitos funcionales**

Van encaminados al funcionamiento de las sociedades. Incluyen el nombramiento de la administración de la sociedad, la forma en que se llevará a cabo la distribución de utilidades y pérdidas (no puede una repartición de beneficios si no han sido generados), se deberá estipular también los casos de disolución social y por último las bases para la liquidación de la misma.

6. Conclusiones

A lo largo del artículo, se ha enfatizado la relevancia que las sociedades tienen para el mundo empresarial actual, analizándolas desde su esencia que radica en la comunión de intereses, con el ideal de perseguir un fin que le traiga beneficios a todos los que participan de ella. Conviniendo pues en que cada socio ponga algo de su parte, que los demás necesitan y así sucesivamente, dando origen a las grandes compañías.

Si bien, es importante que el empresario tenga una idea de que negocio desarrollar, pero sobre todo que sea un negocio del siglo XXI cuyo ejemplo lo es la empresa Starbucks, dinámico y orientado hacia el conocimiento de la marca y diversificación de productos y servicios; a diferencia de un negocio del siglo XX.

Además, se puntualizó que los empresarios sociales obtienen mayores ventajas no solo económicas si no también organizacionales, en comparación con los empresarios individuales que al constituir su negocio de esta manera se embar-

29 Rodríguez, *Op. cit.*, p. 50

can en una batalla difícil de librar. Concluyendo que a través de estrategias de negociación, se puede llegar a una conciliación de intereses en la que todas las partes salgan beneficiadas.

Por otra parte, se aborda la perspectiva jurídica y más técnica respecto al tema de las sociedades, buscando orientar a los empresarios o emprendedores en este sentido, para que les sea más sencillo identificar la opción adecuada conforme a su situación e idea de negocio, pues de esto dependerá el funcionamiento adecuado de su empresa.

Pues en el derecho mexicano existen varias formas de constituir sociedades, que se distinguen de acuerdo con la naturaleza de la finalidad; cuando no prepondere lo económico se habla de sociedades civiles, por ejemplo, este régimen puede ser utilizado por empresas de prestación de servicios profesionales. Por otro lado, cuando lo principal en la sociedad conlleva a la especulación económica, se habla de sociedades mercantiles, que hoy en día son el tipo de sociedad con mayor presencia en el mundo empresarial.

Existen siete formas de sociedad reconocidas por la legislación mexicana; respecto a estas puntualizo que me parece de suma relevancia conocer el reciente régimen societario: sociedad de acciones simplificada, para el cual no se requiere acudir los servicios de corredor ni de notario, como parte del trámite de constitución.

En razón de que la Secretaría de Economía es la que pondrá a disposición los estatutos sociales y ella misma los aprobará a través del sistema electrónico. Lo cual conlleva a la reducción de gastos y ahorro de tiempo para el trámite de la constitución de empresas pequeñas. En este sentido, se están utilizando de manera correcta las herramientas tecnológicas para favorecer a los empresarios y a su vez evitar la informalidad.

Franquicias

Sumario: I. Introducción. II. Un modelo de negocios exitoso. III. Elementos básicos que determinan una franquicia. IV. Conceptos. V. Ventajas y desventajas. VI. Quien adquiere una franquicia. VII. Franquicia en un marco jurídico. VIII. Características de una franquicia. IX. Franquicia vs. Distribución. X. Franquicia vs. Sucursal. XI. Franquicia vs. Licencia de uso de marca. XII. Contraprestaciones de una franquicia. XIII. Conclusiones. XIV. Bibliografía general.



I. Introducción

La evolución en el modelo de negocios ha cobrado una importancia sumamente significativa en las últimas décadas. Trayendo consigo desarrollo tecnológico, apertura comercial y numerosos beneficios, así como grandes desventajas.

Esto es porque no todos los seres humanos poseen la misma capacidad para adaptarse e incursionar en el mundo de los negocios, dando pie a que estos originen monopolios y crecimiento económico, únicamente para cierta parte de la población; por lo anterior es fundamental indagar en el presente tema que nos trae a esta investigación.

II. Un modelo de negocios exitoso

“**Franquicia**”, según la revista “ENTREPRENEUR” es el modelo de negocios con un esquema que permite que el 95 % de estos tengan éxito, esto debido a que, el 60 % de los proyectos independientes no alcanza a terminar su segundo año de vida, en cambio, el 95 % de los negocios franquiciados puede alcanzar hasta el quinto año de vida.

Sin embargo, no todos los negocios pueden ser considerados franquiciables, para esto hay que tomar en cuenta dos conceptos muy importantes:

Negocio: m. Trabajo, ocupación. // Dependencia, pretensión, agencia

*o tratado. // Objeto de interés o lucro // Beneficio.*¹

*Empresa: Com. Entidad que reúne capital y trabajo para el ejercicio de actividades industriales, mercantiles o de servicios, por lo general con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad.*²

Ahora bien, según la Asociación Argentina de Franquicias, se deben tomar en cuenta cinco conceptos básicos para determinar si un negocio es franquiciable o no lo es, los cuales son los siguientes: 1. Producto original y exitoso, 2. *Know how* transmisible, 3. Contrato legal, 4. Manuales de operaciones y 5. Marcas y patentes, los cuales se detallan a continuación.



III. Elementos básicos que determinan una franquicia

1. Producto original y exitoso

La empresa franquiciante debe comercializar un producto o un servicio original, ya sea en cuanto a sus características intrínsecas, como a su forma de ofrecerlo a la venta (embalaje, sistemas de venta por impulso, servicios de venta y posventa).

Debe tratarse de un negocio exitoso, ya que la franquicia fue creada para duplicar éxitos comerciales y nunca fracasos. De hecho, el franquiciatario invierte su dinero en la franquicia para aminorar los riesgos y obtener en menor tiempo el retorno de capital, a cuyo efecto deberá analizar consciente las ofertas disponibles en el mercado.

1 Diccionario Enciclopédico, McGRAW-HILL: Primera Edición, pág. 1258.

2 *Ibid.*, pág. 678

2. *Know how* transmisible

La transferencia del *know how* es de importancia central en un contrato de franquicia. De hecho, ha sido considerado como un componente esencial del mismo. *Know how* es un término originario de Estados Unidos que, a pesar de su adopción en todo el mundo, no tiene un significado unívoco.

Se puede afirmar que es una habilidad técnica o conocimiento especializado en un campo determinado de los negocios, un conocimiento práctico de cómo lograr un objetivo específico, y en general, todo conocimiento técnico que es secreto, de uso restringido y confidencial. Los franceses también suelen llamarlo *savoir faire*.

Para los efectos de un contrato de franquicia comercial, el *know how* debe ser práctico, original, en constante desarrollo fácil y transmisible; éstos son los elementos que lo caracterizan.

Los conocimientos generales en que se cimienta el éxito de la empresa franquiciante deben poder ser transmitidos en su totalidad al franquiciatario por medio de los llamados Manuales de Operaciones. Hay ciertos conocimientos que es imposible transmitirlos, y por tanto no pueden ser objeto de una franquicia, como por ejemplo la habilidad de un pintor o la simpatía o fama de una persona en particular, que fundamenta el éxito del negocio.

3. Contrato legal

Todas las obligaciones, derechos y responsabilidades de las partes quedan plasmadas en un contrato legal de características muy distintas a otros contratos de distribución comercial, que deberá ser minuciosamente analizado y discutido por las partes.

No es en sí un contrato asociativo, pero bien puede considerarse como un contrato de estrecha colaboración entre las partes, ya que depende el éxito del negocio de un armonioso y permanente contacto.

Debido a la falta de regulación legal en este tipo de contrato, la terminación del contrato de franquicia es algo muy delicado, puesto que alguna o ambas partes pueden verse altamente perjudicados al término de esta relación contractual, es por ello por lo que, es indispensable, establecer la vigencia de dicho contrato, así como las causas que pueden llevar a la rescisión del contrato y las consecuencias que conlleva el incumplimiento de las obligaciones.

Las causas más comunes de incumplimiento que llevan a la rescisión del con-

trato de franquicia son las siguientes:

- Alteración del know how, debido a que el franquiciatario ha obtenido un procedimiento probado y exitoso y se ha comprometido a seguirlo, entonces, un incumplimiento a este compromiso puede dar como resultado la resolución del contrato ya que, este, estaría poniendo en juego la imagen y el prestigio de la marca, el producto o el servicio, así como toda la red de franquicias.
- Falsificación de información o mora en las regalías, este punto está relacionado con la información de índole financiera que el franquiciatario le debe suministrar al franquiciante con el fin de calcular las regalías periódicas a pagar, si el franquiciante comprueba que esta información ha sido alterada, se puede pedir la resolución del contrato inmediato, lo mismo en el supuesto, si el franquiciatario llegara a adeudar las regalías de los periodos establecidos.
- Prestación de servicios no autorizados, todo contrato de franquicia debe especificar cuáles son los productos y servicios que debe brindar el franquiciatario, un cambio a esto no autorizado, puede dar como resultado la resolución del contrato.
- Cesión no autorizada de la franquicia a un tercero, la prohibición de ceder, gravar, pignorar o de cualquier forma traspasar los derechos de la franquicia a un tercero debe ser contemplada expresamente dentro del contrato, si este es el caso y se da el incumplimiento, puede llegarse a la terminación de la relación contractual.
- Utilización ilegal de las marcas o derechos del sistema de franquicias, el franquiciatario solo puede usar las marcas para lograr el objetivo propuesto en el contrato, en caso contrario afectaría directamente el objeto principal de la franquicia, por lo que debe estar previsto como un incumplimiento que puede llegar a la rescisión del contrato.
- Que el negocio franquiciado sea clausurado, embargado o intervenido por cualquier autoridad competente.
- Que por cualquier causa el franquiciatario pierda la posesión o propiedad del bien inmueble donde está físicamente la franquicia.
- Que el franquiciante o franquiciatario incumplan con cualquier disposición legal o administrativa que regule el contrato de franquicia.
- Que el franquiciante incumpla con alguna de las obligaciones pactadas en el contrato de franquicia.³

Ahora bien, además de establecer claramente las posibles causas de rescisión del contrato es de la misma importancia determinar la penalización y reparación de los daños a cargo de la parte que incumpla sus obligaciones contraídas.

Caso contrario a lo anterior mencionado, se genera al establecer otra cláusula

denominada, cláusula de escape o de no responsabilidad, la cual es de suma importancia, debido a que, esta cláusula puede contemplar cualquier aspecto, motivo o situación, que pueda dar a pie la anulación de todo o parte del contrato sin incurrir en penalización o responsabilidad alguna.

Sin embargo, siempre que sea incluida en un contrato, debe ser redactada con mucho cuidado a fin de que ninguna de las partes se aproveche de esta cláusula, entonces al establecer una cláusula de escape o de no responsabilidad es fundamental incluir en ella un período de validez durante el cual dicha cláusula podrá surtir efectos.

Ahora bien, mediante un contrato de franquicia se debe transmitir seguridad jurídica y económica entre las partes, es por ello por lo que, las cláusulas de garantía se consideran fundamentales en este modelo de negocio, siendo algunos ejemplos las siguientes:

- **Garantía financiera;** Cláusula mediante la cual, se establece la forma de pago de cada uno de los conceptos fijos y variables, los avales y demás garantías existentes.

- **Garantía de inventario y stock de seguridad;** Cláusula mediante la cual, se determina el inventario de apertura, generalmente garantizado por aval bancario. También recogerá el compromiso el franquiciante de mantener durante todo el contrato un stock mínimo de productos para atender la demanda.

- **Garantía de inversión;** Cláusula mediante la cual, el franquiciatario garantiza al franquiciante un determinado plazo, en el que el franquiciante podrá recuperar lo invertido en esa franquicia, generalmente se prevé de 3 a 5 años.⁴

4. Manuales de operaciones

En ellos se trasmite el Know How específico para la operatoria exitosa del negocio. Existen distintos tipos de manuales, entre los que se encuentran:

- Manual de Operaciones Diarias.
- Manual de entrenamiento de los empleados.
- Manual de administración.
- Manual de Management.
- Manual de Marketing y Publicidad.
- Otros manuales.

⁴ Bermúdez González, La Franquicia: elementos, relaciones y estrategias, ESIC, Madrid 2002, pág. 215.

5. Marcas y patentes

Esta última no es una condición, sin embargo, es conveniente que se trate de una marca impuesta en el mercado, para facilitarle al franquiciatario un inmediato acceso al mismo, o bien con amplias posibilidades de imponerse.

La empresa franquiciante deberá registrar todas sus marcas, logos, nombres comerciales, y patentes, con el fin de evitar futuros problemas legales, ya sea con terceros o con integrantes de la cadena.

IV. Conceptos

En otro orden de ideas, según el contenido del Diccionario Enciclopédico, FRANQUICIA, se conceptualiza como:

Franquicia: *privilegio, patente, concesión social, derecho de votar, franquicia del voto, porcentaje mínimo de responsabilidad del asegurador; y, en materia aduanera o fiscal, impuesto de privilegio o patente sobre concesión, derecho de licencia.*⁵

Por lo tanto, partiendo de la definición anterior, una franquicia puede traducirse a un contrato mediante el cual, la persona a favor de quien se otorga (*franquiciante*) se compromete a manejar un negocio o vender un producto o servicio con apego a los métodos y procedimientos que establezca el otorgante (*franquiciatario*), y éste se compromete a dar asistencia al franquiciante a través de publicidad, promoción y otros servicios de asesoría.

Mediante la franquicia, se autoriza al franquiciante a fabricar, distribuir o comercializar un producto o servicio ya conocido dentro del mercado, dentro de una zona geográfica determinada, generalmente se lleva a cabo con carácter exclusivo.

La franquicia como modelo de negocios, es sin duda, uno de los esquemas comerciales más difundidos y con mayor extensión en el mundo en los últimos años, esto debido a ciertos factores que permiten su crecimiento y aceptación, sin embargo; es importante visualizar las ventajas y desventajas que una franquicia conlleva.

5

Diccionario Enciclopédico, McGRAW-HILL: Primera Edición, pág. 824.



V. Ventajas y desventajas

Ventajas al adquirir una franquicia:

- Reducción de riesgos e incertidumbres al ser propietario de un negocio acreditado, con resultados probados.
- Obtención y acceso a experiencia, tecnología y know how.
- Formación, capacitación inicial, asistencia y soporte continuados.
- Métodos operativos, administrativos y comerciales respecto de bienes y servicios.
- Zona de exclusividad.
- Acceso a herramientas y programas de marketing y publicidad.
- Sistemas administrativos de control y evaluación.
- Acceso a investigación y desarrollo de nuevas metodologías y tecnologías incorporadas al negocio.
- Acceso a economías de escala.
- Incremento en su prestigio personal al involucrarse en una red de negocios posicionada.
- Diversificación de inversiones o recursos y/o acceso a esquemas de autoempleo.
- Acceso a una inversión rentable y de bajo riesgo.

Desventajas al adquirir una franquicia:

- Pago de derechos de entrada y regalías.
- No es propietario de la marca.

- Las principales decisiones las toma el franquiciante, limitando su posibilidad de innovar y actuar de forma independiente.
- Normas y directrices estratégicas impuestas y apegadas a los manuales.
- Supervisión y vigilancia por parte del franquiciante.
- Su éxito se encuentra vinculado al éxito o actuación del franquiciante y de otros franquiciatarios.
- Limitación de recursos económicos para el caso de contingencias o requerimientos adicionales de capital de trabajo.
- Selección de un giro o sector no adecuado o afín a sus aspiraciones personales".⁶

Además de las ventajas y desventajas que existen al adquirir una franquicia, también existen muchas clasificaciones de personas, con distintas visiones y habilidades para estar al frente de un negocio.

Es por eso por lo que el tipo de franquiciante está evolucionando desde el clásico y más conocido modelo que suponía un autoempleo, hacía otros patrones totalmente distintos, eso debido a que no todos los inversionistas que compran una franquicia tienen el mismo perfil, en realidad existen varias opciones y tipologías, de las cuales se desprenden las siguientes:

VI. Quien adquiere una franquicia

El Inversionista:

En este caso, el franquiciante realiza exclusivamente aportaciones dinerarias para la puesta en marcha y explotación de la franquicia, pero no queda implicado en manera alguna en la gestión de la misma, dando lugar a la denominada franquicia de inversión. Es uno de los tipos de franquiciante más común y suele estar asociado a negocios en los que la cantidad de dinero necesaria para su puesta en marcha es alta.⁷

El Inversionista Gestor:

Se trata del tipo de franquiciante más extendido en nuestro mercado. Suele estar asociado a inversiones de menor cuantía, en establecimientos con un marcado carácter familiar.

El franquiciante no sólo aporta recursos económicos, sino que partici-

6 Alcázar Enrique, (franquicias) Revista Entrepreneur, febrero 21, 2011., pp. 01-03.

7 Costanzo Zaragoza, Desarrollo de sistemas de franquicias México: McGraw-Hill, 1997. Pág. 456.

pa de forma activa en la gestión de la sociedad, siendo el responsable del buen funcionamiento del establecimiento ante el franquiciatario. Se conoce habitualmente como franquicia de gestión.⁸

El multifranquiciante:

Es un Inversionista en franquicias que acomete la apertura de varios centros de una misma marca. Normalmente, se trata de franquiciantes que han empezado a confiar en una marca con la que han ido evolucionando y creciendo, siguen confiando en la misma y explotan varios establecimientos en zonas habitualmente adyacentes. Este tipo de crecimiento genera importantes sinergias entre los establecimientos sobre todo publicitario.

El conocimiento por parte del franquiciado del mercado en el que opera y del funcionamiento de la franquicia facilita el desarrollo de esta fórmula que, cómo no, también va acompañada por un fuerte grado de adhesión a la marca franquiciatario.

Para la central de franquicias, también es beneficiosa la difusión de esta fórmula puesto que concentra el crecimiento en menos franquiciantes con lo que se facilitan las labores de gestión, control e incluso aprovisionamiento de la red.

Sin embargo, para otras redes de franquicia no es el modelo más adecuado que incluso llega a ser prohibido en tanto que creen que de esta manera se puede proporcionar demasiado poder a determinados franquiciantes.⁹

El Plurifranquiciante:

Es un Inversionista en franquicias que se diferencia del multifranquiciante, por acometer la apertura de varios centros de diferentes marcas, dando lugar a la plurifranquicia.

En la mayoría de los casos, se trata de combinar sectores complementarios que suelen estar desempeñando su actividad en el mismo sector se dirigen a un público objetivo similar. Incluso en ocasiones, compartiendo espacios comunes, como es el caso de foodcourt cuando este está en manos de un mismo Inversionista.

Es muy habitual en el sector de restauración y la única limitación que encuentra es la imposición de determinadas redes de franquicias a no desarrollar inversiones en cadenas de la competencia. Normalmente,

8 *Idem.*

9 *Op. cit.*, pág. 457.

surge por la prohibición de algunas franquicias a sus franquiciantes para que inviertan en más centros franquiciantes. Esta situación le exige buscar inversiones fuera de estas marcas. Los factores de diversificación también son importantes.¹⁰

El máster franquiciante:

La figura del franquiciante máster se centra en la cesión de la marca, el concepto de negocio y la asistencia directa al franquiciatario, quedando desvinculada de la relación existente entre cada uno de los franquiciantes pertenecientes a la red y el propio franquiciatario. Da lugar a la denominada máster franquicia.

El máster franquiciatario, mediante la venta de los derechos Máster, transfiere al socio local un saber-hacer y un concepto de negocio, que este último desarrollará en su mercado creando una red de franquicias.

Este tipo de fórmula es utilizada para afrontar el crecimiento en otro país o en una zona del mismo país en la que por determinadas circunstancias es mejor confiar el desarrollo a un empresario local que conoce mejor ese mercado específico. Normalmente, se utiliza cuando además de este menor conocimiento del mercado, existe una lejanía geográfica que hace más difícil la aproximación, el establecimiento y el control, siendo necesarias estructuras de gestión amplias, que encarecen el crecimiento enormemente y no le permiten dedicar todo el tiempo y los recursos necesarios.¹¹

VII. Franquicia en un marco jurídico

Desde la óptica legal, *“La franquicia es un sistema de colaboración contractual entre dos empresas jurídicas y económicamente independientes en virtud de la cual, una de ellas (franquiciatario) cede a la otra (franquiciante), a cambio de unas determinadas contraprestaciones económicas, el derecho a utilizar una marca y a comercializar y/o prestar una serie de servicios objeto de la actividad de negocio”.*¹²

Para lo cual, UNIDROIT; una organización intergubernamental independiente con sede en la Aldobrandini en Roma, *“tiene como objetivo estudiar las nece-*

10 *Ibid.*, pág. 458.

11 *Idem.*

12 Hermida, Marketing de concepto + franchising: Claves para armar un proyecto que le permita competir y crecer en su mercado. Macchi, 1993, pág. 224.

*sidades y los métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado, particularmente el Derecho Comercial, entre Estados y grupos de Estados”.*¹³

Los principios de UNIDROIT, establecen que: “Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido”.¹⁴

“Es por lo anterior que, nuestra legislación reconoce el principio de autonomía de la voluntad o de libertad contractual, que entraña la posibilidad de celebrar contratos, ya sea que estén estructurados y regulados por el ordenamiento legal del que se deriven, o que sean contratos en los que las partes determinen libremente su contenido”.¹⁵

De manera que se clasifican los contratos en el siguiente orden:

1.- Contratos típicos:

*Aquellos contratos para los cuales existe en la ley una disciplina normativa.*¹⁶

2.- Contratos atípicos:

*Aquellos contratos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación, respecto a la Relación de Derecho Privado entre los particulares que contratan.*¹⁷

De los contratos atípicos anteriormente descritos, se desprende el contrato de franquicia.

Aunque el contrato de franquicia no está regulado bajo ningún ordenamiento legal, para ser considerado como tal, debe cubrir ciertas características. Esto se debe a que, la figura de franquicia conlleva un conjunto de valores agregados, los cuales permiten su completa adaptación en los mercados, ofreciendo un mayor soporte y vinculación con inversionistas.

Entonces es tendencia que las empresas en su mayoría quieran convertirse en franquicias aunque su concepto o su forma de operar no sea franquiciable, es por ello por lo que el modelo de franquicia puede confundirse con otros totalmente distintos.

VIII. Características de un contrato de franquicia

13 www.unesco.org. (Recuperado el día 27 del mes Junio del año 2017).

14 Artículo 11 Convenio de UNIDROIT 1995.

15 Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos. Ed. Porrúa, México 2001, pág. 127.

16 *Op. cit.*, pág. 128.

17 *Ibid.*, pág. 129.

- a) El franquiciante concede al franquiciatario el derecho a usar una marca y a explotar una negociación mercantil en uno o varios establecimientos.
- b) La licencia debe incluir la autorización de uso de marca (de servicios o productos) y eventualmente la de nombre y avisos comerciales y, en su caso, la explotación de patentes.
- c) La franquicia tiene cierta exclusividad referida a un territorio o a uno o varios establecimientos geográficamente identificados.
- d) El franquiciatario se obliga a cumplir con el control de calidad del servicio y producto en los términos y especificaciones que le señale el franquiciante.
- e) La transmisión de conocimientos o tecnología, de la que gran parte pertenece al *know how*, la hace el franquiciante mediante normas, manuales, guías, capacitación al personal e inspecciones periódicas.
- f) La contraprestación que paga el franquiciatario está ligada a los resultados de la operación
- g) Generalmente es un contrato a largo plazo.
- h) Es un contrato de colaboración, no de cambio, pues franquiciante y franquiciatario tienen intereses comunes.
- i) La franquicia es un modelo de organización para la explotación de cierta clase de negocios.¹⁸

IX. Franquicia vs distribución

La franquicia, representa para el que la adquiere y opera, una opción que les permitirá desarrollar una actividad empresarial, con la cual se identifican de una manera independiente pero contando siempre con la ayuda y asistencia del desarrollador de la franquicia. Entre otras cosas, se beneficia de un negocio probado, adquiere el *know how*, se identifica con una imagen de marca y participa del conocimiento común al resto de la red.

Por otro lado, cuando se celebra un contrato de distribución se tiene por objeto regular las relaciones entre los grandes productores o fabricantes y las personas que se encargan solamente de comercializar sus productos en los distintos mercados. Tiene como finalidad resolver un fenómeno económico de colaboración de venta entre productos y distribuidores.

El fabricante o productor de bienes utiliza a comerciantes independientes que compran sus productos para revenderlos en una plaza determinada y, como ca-

racterística propia de este contrato, bajo las condiciones de reventa que el mismo productor impone.

Con este contrato “busca también el fabricante una fórmula que facilite la distribución y venta de los productos en el mercado, reduciendo actividad y gastos por su parte, a la vez que, al utilizar al distribuidor, consigue mejores ventas en determinadas plazas¹⁹”.

X. Franquicia vs sucursal

El franquiciante es titular de una propiedad industrial y es quien debe transmitir al franquiciatario todos los métodos operativos que hacen que el negocio funcione con éxito, y que se refieren a la fabricación, distribución y comercialización de productos o prestación de servicios. En el ámbito de negocios, la agrupación de los conocimientos, se conoce comúnmente por el término en inglés “*know how*”.

El franquiciatario, es aquel inversionista o empresario, que por una contraprestación económica accede al uso de la marca y a los derechos de comercialización de los productos o servicios de la compañía franquiciatario. Se integra en una red en la que dichos productos o servicios son de éxito relativamente probado y poseen un mercado por explotar.

Por el contrario, tal y como hace mención Armando Nambo Amezcua en su publicación “*Agencias y Sucursales*”:

Las sucursales surgen cuando las empresas desearon incrementar el volumen de sus ventas, y ampliar el radio de acción hacía otros mercados comerciales. Con el fin de obtener el dominio de ciertas plazas, respecto a determinado producto o para vender mercancía a mayor escala, asegurando el proceso económico del negocio al extender sus operaciones mercantiles a lugares distintos de la casa matriz o principal.

Por medio de una sucursal, la casa matriz está en permanente contacto con los clientes del lugar y pone a su alcance los artículos que necesiten para que puedan escogerlos por su calidad o precio, cuáles productos son los que tienen mayor demanda comercial y, de esta manera, poder determinar las existencias necesarias y la rotación de los inventarios.

Esta se rige en forma estricta por la política administrativa, financiera y contable de la matriz y, aunque se encuentre en lugares distintos de la misma, la sucursal depende económica y administrativamente de la

19 *Ibid.*, pág. 325.

casa principal".²⁰

XI. Franquicia vs licencia de uso de marca

El acuerdo de franquicia debe incluir, necesariamente, la cesión de la marca por parte del franquiciante al franquiciatario, la transmisión del *know how* y la prestación de la asistencia continuada durante la vigencia del contrato. Cada contrato debe satisfacer las necesidades y estar de acuerdo con la complejidad y a las particularidades de la franquicia, es por eso por lo que, cada cláusula debe estar perfectamente establecida.

Por otro lado, dentro de la estructura financiera y económica de las empresas es frecuente que las marcas aparezcan como uno de los activos importantes. La razón de ello radica en que estas, representan no solo el vehículo mediante el cual la empresa da a conocer en el mercado los productos o servicios que comercializa, sino que al mismo tiempo constituyen un derecho exclusivo sobre el uso de una denominación y/o logotipo concretos en un sector del mercado.

Sin duda la marca es, hoy en día, uno de los activos empresariales de más fácil trasmisión, del que es oportuno resaltar su valiosa aportación al momento de transferirla o licenciarla, habida cuenta que, el titular de una marca, cuando la licencia o enajena, transfiere con ella la totalidad o parte de los productos o servicios que esta designa en el mercado con esa determinada denominación o logotipo, traspasando con ello la explotación o la titularidad de este activo empresarial.

De ahí la importancia de la marca como activo de la empresa: su simple transmisión puede implicar el uso exclusivo de determinada denominación y/o logotipo para designar determinados productos o servicios en un sector del mercado.

*Desde un marco jurídico, se puede definir qué, la transmisión de licencia de uso de marca es mediante un contrato oneroso, en virtud del cual el licenciante autoriza al licenciataro a ejercitar todos o algunos de los derechos que se deriven de la marca.*²¹

Para concluir y como último dato referente a las franquicias y a su crecimiento. La Asociación Mexicana de Franquicias, determina que una Franquicia es un

20 Nambo Amezcua, Agencias y Sucursales, Colección Publicaciones del Departamento de Contabilidad XXVII, 2005, pág. 13.

21 Labariega Villanueva, "Licencia de Uso de marca", recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/9055/11104>

formato de negocio dirigido a la comercialización de bienes y servicios, según el cual; una persona física o moral (franquiciante), concede a otra (franquiciatario), por un tiempo determinado, el derecho de uso de una marca. Trasmitiéndole asimismo los conocimientos técnicos necesarios que le permitan comercializar determinados bienes y servicios con métodos comerciales y administrativos uniformes.

Como ya lo hemos referido con antelación en el presente artículo, mismas que son a cambio de determinadas contraprestaciones económicas, las cuales son las siguientes: 1. Cuota inicial de Franquicia, 2. Regalías, 3. Fondo de Publicidad, 4. Cuotas de renovación, traspaso o finiquito, que a continuación se detallan.

XII. Contraprestaciones de una franquicia.

1. Cuota inicial de franquicia

Esta cantidad se integra por los siguientes elementos:

Cuota de franquicia = Gastos de Inversión + Costo de Venta + Valor de marca.

El franquiciante considera los gastos de inversión que ha realizado para desarrollarse como sistema de franquicias, y el potencial de expansión estimado en número de franquicias. Dividiendo los gastos entre las franquicias estimadas, obtiene un gasto de inversión prorrateado por unidad.

Cada venta de franquicia genera un costo para el franquiciante: costo publicitario para promover la franquicia, atención a candidatos, proceso de evaluación y selección, capacitación del franquiciatario, etcétera.

Valor de marca. Esta es la cantidad que se aplica al "intangible" de la franquicia, y tiene que ver con el posicionamiento de marca en su mercado, el potencial para generar utilidades y la capacidad de crecimiento.

Una vez obtenida la suma anterior, se debe hacer un ajuste conforme a mercado, partiendo de un análisis de competencia de franquicias del mismo giro y franquicias con montos similares de inversión.

2. Regalías

Esta cantidad considera los siguientes elementos:

Regalías = Costo de asistencia técnica y soporte + Costos de operación del sistema de franquicias + Contribución por rentabilidad

El franquiciante otorga a sus franquiciatarios asistencia continua durante el

tiempo de vigencia del contrato, resolviendo dudas, sugiriendo estrategias, compartiendo su experiencia, aportando actualizaciones y mejoras. El costo que esta actividad le genera debe estar soportada en las regalías.

El franquiciante debe vigilar que todas las franquicias operan conforme los lineamientos de calidad definidos por la marca, para que esta incremente su valor. Esta supervisión y seguimiento requiere de una estructura de operación que funciona gracias a las regalías de la marca.

Generalmente, cuanto más oportunidad de negocio genera una unidad franquicia, contribuye con mayor proporción de regalías.

Las regalías pueden cobrarse como un porcentaje sobre ventas, como cuota fija, o implícitas en el suministro de productos que realiza el franquiciante. El valor calculado también debe ajustarse conforme a las condiciones del mercado.

3. Fondo de publicidad

Puede cobrarse como un porcentaje sobre ventas, una cuota fija, o una cuota variable, según se establezca en el contrato de franquicia y dependiendo de las estrategias publicitarias de la marca.

Este fondo generalmente es administrado por el franquiciante, pero algunas franquicias forman un comité con los franquiciatarios, o recurren a un servicio profesional externo. La aplicación del gasto del fondo de publicidad debe ser reportada a los franquiciatarios contribuyentes al fondo. Algunas franquicias no aplican cobro por publicidad de forma separada, sino que la integran en el cobro de regalías.

4. Cuotas de renovación, traspaso o finiquito

Estiman cubrir el gasto generado por la adecuación de contratos, servicios de abogado, tiempo dedicado del franquiciante. Pueden expresarse como un porcentaje de la cuota de franquicia vigente, como una cantidad fija, o incluso ser costos que asuma el franquiciante en su totalidad sin generar un cargo al franquiciatario.

Existen otros cobros que el franquiciante puede aplicar, según la conformación de su franquicia, como:

- Suministro de maquinaria, mobiliario, equipo, etcétera.
- Proveeduría de insumos, mercancía.
- Prestación de servicios.
- Capacitaciones adicionales.
- Penalizaciones y multas por incumplimientos del contrato.

Sin embargo, estos cobros no son considerados como contraprestaciones de

la franquicia, sino que se derivan de una relación de comisariato o comercial.

Todas las contraprestaciones y cobros deben quedar plasmados en la Circular de Oferta de Franquicia (documento que debe entregar el franquiciante a sus candidatos franquiciatarios, al menos 30 días previos a la firma del contrato de franquicia) y en el Contrato de franquicia.

Es importante conocer el fundamento de las contraprestaciones de una franquicia, los derechos y obligaciones que representan para las partes, y comprender que no son fijadas al azar o por capricho, sino que surgen a partir de una metodología de valuación financiera.

XIII. Conclusiones

Como ya se ha mencionado con anterioridad, el éxito de un negocio de franquicia depende de un sinfín de variables que va desde el estudio del sector y la oferta competitiva, la demanda; el concepto y la estrategia de franquicia, la gestión operativa; el diseño corporativo que comprende, tienda, logo, eslogan, presentación e imagen, y un plan perfectamente detallado y diseñado de comercialización y expansión al que se pretende llegar.

Por otro lado, es de suma importancia el nivel de compromiso del franquiciante con el franquiciatario, debido a que el objetivo de un contrato de franquicia es obtener un beneficio para ambas partes.

Es por esto por lo que también se deben considerar las características de los empleados contratados, los proveedores y los distribuidores, para lograr así; consolidar un concepto en el mercado que garantice un resultado óptimo y asegure la viabilidad del negocio tanto para sí mismo como para la central franquiciante.

Finalmente, la gran aportación de este modelo ha ayudado a que nuestro país comparta con el mundo la cultura emprendedora y responsable, para poder llegar a posicionar nuestro mercado en el mundo y tomar una nueva senda de liderazgo en lo que a negocios se refiere.

El Deber vs. la Obligación

Sumario: 1. Introducción. 2. El deber vs. La obligación. 3. Fuentes generales. 3.1 Teoría francesa o bipartita. 3.2 Teoría alemana o tripartita. 4. Fuentes específicas. 4.1 El contrato. 4.2 La declaración unilateral de la voluntad. 4.3 Enriquecimiento ilegítimo. 4.4 Gestión de negocios. 4.5 Actos ilícitos. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.



1. Introducción

El presente artículo de nombre “El deber vs. La obligación”, encierra el conjunto de problemas del abuso de la utilización concepto obligación; concepto por demás equívoco. Para llegar a tal conclusión, se usó el método deductivo, partiendo de lo general a lo particular, llegando a la conclusión que en vez de obligación, se tiene un deber.

Tiene como propósito dar a conocer una reinterpretación de la teoría de las obligaciones, buscando cambiar radicalmente la perspectiva general que existe sobre esta temática, que ha sido aceptada por el estudio del derecho y se lleva arraigada durante años.

Para el desarrollo del presente artículo se inicia con un marco referencial y conceptual en el primer apartado del artículo, en el cual se enfrentan desde la definición los conceptos de: deber y obligación. Este aspecto es abordado de manera crítica, pues la doctrina no ha profundizado ni ha evolucionado al respecto.

Continuamente se acepta que ambos términos son sinónimos, lo cual solo es muestra de un conformismo, y de una falta de profundidad en los conceptos, que observé durante la investigación. Pues los autores abusan del uso del término obligación, cuando lo correcto es el deber.

Por lo que es necesario indagar de manera rigurosa en el significado de deber y obligación, para entender el error en el que se ha caído, y es que a través de la comprensión de las definiciones y el contexto antecesor en el derecho romano y alemán de ambos términos, se logra explicar la diferencia que existe entre uno y

otro; generando una nueva visión sobre este tema y refrescando las bases para el estudio. De tal forma que sea posible el que se cambie la utilización de "obligación" por "deber", en la práctica cotidiana y académica. Una vez identificada la diferencia entre términos, se explica cómo está compuesto el deber a través de un ejemplo práctico y cotidiano.

Ahora bien, el segundo apartado del artículo: "Fuentes Generales", invita al lector a cuestionarse si vive obligado o si tiene deberes que cumplir. De esta forma, se da pie al análisis de las acciones de las que se originan los deberes, cuestión que la doctrina ha abordado de diferentes maneras con el paso del tiempo. Pero que de manera general, considera que los hechos y actos jurídicos, así como la ley, generan obligaciones.

Lo cual, lleva a revisar las teorías sobre el hecho, acto y negocio jurídico; la doctrina francesa y la italogermana, esta última resultante de una fusión de ambos pensamientos para facilitar el estudio de la misma. Así pues, una vez analizadas ambas posturas se pueden identificar los puntos en los que coinciden y contrastan, ya que la doctrina francesa maneja una clasificación dual o bipartita; y la italogermana va más allá agregando un tercer elemento, que la denomina tripartita.

Esta cuestión se aborda, con el propósito de realizar una comparación que es aterrizada en el apartado "Fuentes específicas", que explica cada una de las figuras que la legislación mexicana considera que generan obligaciones (que en realidad generan deberes): el contrato, la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, los hechos ilícitos y el riesgo creado. Así pues, se incluye una argumentación de la relación que tiene cada fuente específica, con las teorías analizadas (francesa e italogermana); cuestión que no ha sido manejada en la doctrina.

De tal forma que lo que verdaderamente busca este artículo es innovar en esta temática, haciendo que el lector se cuestione lo que conoce sobre el deber y la obligación, y que lo abordado en este artículo sea aterrizado en lo cotidiano y realmente aplicado en la práctica jurídica.

La parte final del presente artículo maneja un apartado que presenta cuatro conclusiones, y está respaldado con una amplia y basta bibliografía como sustento de la investigación.

2. El deber vs. la obligación

La definición como tal de obligación en las disposiciones de la legislación mexicana, ha generado cierto conformismo hasta el punto de no ir más allá de lo que la doctrina dice, sin cuestionarla. Al analizar libros doctrinales sobre esta temática,

noté que no se ha evolucionado sobre el concepto de obligación. Y es que cada autor acepta la definición de otro y presenta una personal que básicamente dice lo mismo, con distintas palabras.

Por ejemplo, la doctrina francesa de la que se desprende la mayor parte de la teoría de las obligaciones; el jurista Robert Joseph Pothier menciona que la palabra obligación tiene dos significaciones, entre ellas la siguiente: *“En su sentido más lato, latu sensu, es sinónima de deber”*.¹ Esta afirmación se tomó como una base, que todos los autores retoman en el estudio de la obligación. Respecto a esto, en mi opinión se tiene que profundizar un poco más en el significado de las palabras deber y obligación.

Por otro lado, buscar la palabra obligación en el diccionario, lleva a buscar “deber”, cuyas definiciones manejan “obligación” para definir el término y viceversa. Hoy en día, estas palabras frecuentemente se toman por sinónimas, e incluso los académicos utilizan los términos de esta manera. Sin embargo, en lo personal considero que es un error, porque si bien los conceptos tienen que ver, su significado no es idéntico en la práctica cotidiana y mucho menos en la jurídica.

El deber se encuentra muy presente en nuestro andar diario y será sencillo identificarlo a partir de la siguiente definición de “deber” del Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales:

Conducta que se espera siga un individuo por virtud de su posición, condición u ocupación o por el hecho de ser miembros de ciertos grupos. La expectativa de conformidad con las costumbres.²

Algo tan cotidiano como el presentarse a trabajar y cumplir con las labores que implica, ayudar a una persona que lo necesita, llamar a un familiar en su cumpleaños; hasta cumplir con los reglamentos de tránsito, no cometer delitos, son deberes que realizamos a diario.

En este sentido, se puede entender que existen diferentes tipos de deberes: morales, divinos, políticos, positivos, naturales y jurídicos. Además, puntualizo que una persona puede tener un deber con otra, con varias e incluso con toda la sociedad como sucede con el cumplimiento de las normas y disposiciones jurídicas.

Por otra parte, es necesario analizar la definición de “obligación”, también del Diccionario UNESCO. Etimológicamente, se desprende del vocablo latino: “obli-

1 Pothier, Tratado de las Obligaciones, Tribunal Superior de Justicia, México 2003, p.7.

2 Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales, TOMO II, Editorial Planeta-Agostini, España 1988, p. 626.

gatio" que significa "acción de atar".³ En el sentido usual, la obligación es definida de la siguiente manera:

Imposición o exigencia moral que debe regir la voluntad libre y vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer una cosa.⁴

De estas definiciones podemos destacar que ambas palabras no deben unificarse, porque no implican la misma fuerza. El deber se reduce a la expectativa, a una acción que el individuo tiene que hacer y los demás esperan que haga. Mientras que la obligación cobra mayor fuerza, si bien es algo que se tiene que hacer porque el no hacerlo implica consecuencias negativas para el individuo. Es decir, la obligación limita la libertad, regula el comportamiento e implica mayor fuerza en el cumplimiento de esta, que el deber en sí mismo.

Igualmente, es necesario comparar la doctrina sobre las obligaciones: francesa y alemana, las cuales tienen su base en el derecho romano. Comento lo anterior porque es un aspecto relevante, ya que en el derecho francés no se observa una distinción que si aborda el derecho romano y es la siguiente:

En el Derecho Romano se distinguía la deuda y el poder de coacción: la deuda era el *debitum*, y el poder de coacción recibía el calificativo de *obligatio*.⁵

De igual manera los alemanes, reconocen y retoman este aspecto, llamando a la deuda o *debitum*: *schuld*, y al poder de coacción: *haftung*.

Este análisis, es mi base para argumentar que la obligación va estrechamente relacionada con el poder que exige, ejecuta y limita, de acuerdo con la interpretación romana y alemana. Mientras que el deber o deuda no implica la misma fuerza de acción.

Para aterrizar mejor en esta temática, se puede analizar el siguiente ejemplo: Juan le presta un libro a Pedro, y este último se compromete a devolverlo en dos semanas. De esta situación podemos identificar los siguientes aspectos:

- Se tienen dos sujetos: Juan y Pedro.
- Pedro tiene un **deber** con Juan: entregar el libro en el **plazo** establecido.

3 Diccionario UNESCOde Ciencias Sociales, TOMO III, Editorial Planeta-Agostini, España 1988, p. 1534.

4 *Ibid.*, p. 1535.

5 Larroumet, Teoría General del Contrato Volumen I, Editorial Temis, Colombia 1990, p.17

Supongamos que pasan dos semanas y un día y Pedro no ha entregado el libro a Juan. Del primero se observa un incumplimiento de la acción que le correspondía, es decir, su deber. En lo que respecta a Juan, él se encuentra entonces en toda su facultad de solicitar a Pedro el cumplimiento de lo acordado que en este caso es la entrega del libro.

A pesar del plazo vencido, el deber no se ha extinguido hasta que se realiza la entrega de lo pactado. Si aún después de la solicitud de la devolución, Pedro sigue sin efectuar el cumplimiento de su deber; Juan deberá acudir entonces a un tercero, que sería una autoridad, para poder **exigir** la entrega de la prestación y una respuesta a los daños causados.

Claro que este tendrá que demostrar el incumplimiento del deber por parte de Pedro y la autoridad analizará el vínculo que existe entre ambos sujetos, para poder determinar una sanción. En el momento en que la autoridad emite la sentencia, nace la obligación de Pedro de cumplir con su deber y con la sanción determinada.

Con este ejemplo, se identifica que la acción que se espera de Pedro es la entrega del libro dentro del plazo acordado, ese es su deber. Al no cumplir con él y tampoco atender a la solicitud de devolución, es decir, en términos más propios el requerimiento que le hace Juan.

Entonces Pedro, entra **en mora**, que es el nombre que recibe el retraso del cumplimiento por parte de la persona que debe, *“cuando la ley lo toma en consideración para demostrar su responsabilidad”*.⁶ Como punto importante respecto a la mora, esta solo se existe cuando se le exige la prestación al deudor, sin tomar en cuenta el tiempo transcurrido desde el vencimiento del plazo o término acordado; ya que el deber no se extingue hasta que se realiza la entrega de la cosa o el cumplimiento de la conducta.

Si después de esto, Pedro se niega a cumplir con su deber, entonces Juan deberá acudir a las autoridades y deberán existir consecuencias para este incumplimiento.

La ley concede al acreedor el derecho y los medios de exigir el cumplimiento; en defecto de una ejecución voluntaria, el acreedor puede acudir a los tribunales demostrando su derecho, después de lo cual, el Estado pondrá a su disposición la fuerza social... Esta es la ejecución

6 Planiol y Ripert, Tratado elemental de derecho civil- Las Obligaciones TOMO IV, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991, p. 125

forzosa.⁷

Esta etapa le corresponde a la autoridad, en la cual Juan tendrá que demostrar el requerimiento que le hizo a Pedro (que es cuando este último entra en mora), y proceder con la demanda. La autoridad que con su poder y fuerza determina una sanción y exige su cumplimiento.

En el momento que existe la consecuencia para Pedro, entonces este adquiere una obligación, es decir, queda "atado", limitado en su libertad de actuar, con relación al cumplimiento de la misma. Esta es la distinción que se debe hacer entre un término y otro, de esta manera, es posible identificar que no se pueden utilizar como sinónimos.

A partir de esta explicación se puede identificar la composición del deber; sobre la cual existe una diversidad de perspectivas en las que los autores agregan conceptos o manejan distintos términos para nombrarlos. No obstante, siempre se encuentran presentes de manera constante, tres elementos que tomaré para su análisis: **sujetos, objeto y relación jurídica**.

Empezando por las partes que intervienen, es decir, los sujetos, pueden ser personas físicas o morales, pero siempre se denominarán **acreedor y deudor**. El acreedor se considera el sujeto activo y desde su perspectiva es aquel que le exige al deudor, quien es el **sujeto pasivo**, y está obligado a cumplir al acreedor. Si aplicamos esto al ejemplo anterior, Pedro sería el sujeto pasivo o deudor; y Juan el sujeto activo o acreedor.

Por otro lado, existen en la práctica relaciones jurídicas recíprocas en las que el acreedor es al mismo tiempo deudor y este también es acreedor. Bejarano Sánchez menciona que un ejemplo de esta relación es la compraventa que: *"hace al comprador, deudor del precio de la cosa comprada y acreedor de esta, y paralelamente constituye al vendedor en deudor de la cosa vendida y acreedor del precio de ella"*.⁸

Como se puede observar, ambos sujetos al participar en la compraventa, actúan como deudor y acreedor al mismo tiempo, creando una doble interdependencia de deberes.

Ahora bien, con relación al **objeto**, presento las siguientes perspectivas de dos autores que lo definen como un elemento de las obligaciones; cuestión en la que están equivocados, ya que el objeto es un elemento del deber.

7 *Idem.*

8 Bejarano Sánchez, Obligaciones Civiles, Ed. Oxford, México 1999, p.7.

*Los derechos personales u obligaciones tienen por objeto el servicio o la prestación a cargo del deudor... lo que este debe dar, hacer o no hacer, la clase de servicio que debe prestar a su acreedor.*⁹

Esta primera definición pertenece a Bejarano Sánchez, quien considera que el objeto es meramente la acción que realiza o no el deudor, respecto al acreedor.

Por otra parte, para Sanromán Aranda: *“El objeto de la obligación es la intención de crear una relación jurídica entre acreedor y deudor”*.¹⁰ Y él llama **contenido** a lo que Bejarano entiende por objeto de la obligación: dar, hacer y no hacer.

Respecto a ambas perspectivas considero que si se analizan en conjunto, engloban perfectamente el elemento que se está analizando, planteándolo como objeto del deber. En efecto, el propósito de este es el crear una relación jurídica entre los sujetos: deudor y acreedor, a través del acuerdo de voluntades con relación a la prestación (dar o hacer) o abstención (no hacer), del primero respecto al segundo.

En este punto, también se debe identificar que existen dos tipos de objeto: el **objeto directo**, que propiamente es la acción de dar, hacer o no hacer (prestación-abstención); y el objeto indirecto, que es: *“lo que se da, lo que se hace o lo que deja de hacerse”*¹¹. Para que quede más claro, volviendo al ejemplo de Juan y Pedro, el objeto directo sería la entrega del libro, y el **objeto indirecto** corresponde al libro.

Por otra parte, con relación al objeto se debe tomar en cuenta la **patrimonialidad** y **extrapatrimonialidad**, que son elementos importantes al momento de determinar las consecuencias del incumplimiento.

Cuando se habla de la **patrimonialidad**, se involucra el valor económico, de acuerdo con lo que representa monetariamente el objeto indirecto, es decir, la cosa que se da o lo que se hace o deja de hacer.

Mientras que la **extrapatrimonialidad** es un poco más compleja, pues no es cuantificable en una cantidad monetaria, ya que va relacionada a los daños a los bienes personales, morales, psicológicos, familiares; de salud o libertad que el incumplimiento del deudor llega a causar.

Sin embargo, el que estos daños no causen un perjuicio económico como tal, las autoridades determinan una indemnización o compensación para este aspec-

9 *Ibid.*, p. 11.

10 Sanromán Aranda, Derecho de las obligaciones, McGraw-Hill, México 2002, p. 4.

11 Martínez Alarcón, Teoría General de las obligaciones, Editorial Oxford, México 2000, p.3

to, que en si es la obligación originada de la sanción que corresponde cumplir al deudor.

Se debe puntualizar entonces, que el deber surge a partir del acuerdo de voluntades, (los sujetos) en el que se establece la prestación que tiene uno con el otro (objeto); lo cual al mismo tiempo da origen a una relación jurídica. Por lo tanto, el contraer un deber, se convierte en un acto jurídico que la perspectiva legal, toma en cuenta para asignarle consecuencias.

En este sentido, se debe entender que existe un vínculo entre los sujetos participantes, el cual radica en el compromiso y cumplimiento del objeto en un plazo o término, por parte del deudor, no en la facultad que tiene el acreedor de exigirle.

Es decir, la **relación jurídica** reconoce la subordinación que existe por parte del deudor con el acreedor, incluyendo las consecuencias por el incumplimiento.

Por lo que si este último llega a suscitarse, el acreedor puede hacer uso de su facultad de exigir al deudor que no cumple con su deber; *“el acreedor tendrá derecho de obligarlo a ello apelando a la fuerza pública, o cuando la ejecución natural ya no es posible, obtener el pago de daños y perjuicios, modo de satisfacción que puede ser llamado: ejecución por medio equivalente”*.¹²

Cuando esto sucede, se procede a la demanda y la autoridad deberá determinar una sentencia, para que se ejecute el deber por la fuerza y además el deudor tendrá cumplir por la fuerza con la obligación de responder por los daños y perjuicios moratorios que implicó el retraso en la ejecución de su deber.

De esta manera, se puede entender entonces el contraste que hay entre obligación y deber, puesto que el deber da origen a la obligación que nace a partir del incumplimiento del deudor y da como consecuencia el uso de la facultad de exigencia por parte del acreedor.

3. Fuentes generales

El ser humano vive creyendo que tiene un sinnúmero de obligaciones, respecto a su familia, en su trabajo y con la sociedad misma, pues tiene que cumplir con las expectativas de conducta y acción que los demás esperan de él, además de lo que las buenas costumbres dictan. Sin embargo, de nuevo el término obligación no encaja en esta afirmación. Los seres humanos tenemos y cumplimos deberes diariamente.

12 Colin y Capitant, Derecho Civil-Obligaciones Volumen 1, Editorial Jurídica Universitaria, México 2002, p.2.

Una vez que se es consciente de esto, es probable que lleve a pensar ¿de dónde provienen estos deberes? ¿Cómo se adquieren y originan? Antes de responder a estas preguntas, es necesario aterrizar en lo siguiente: El Derecho sería inconcebible, sin derechos, deberes y obligaciones, puesto que estos son la base para la regulación y donde las disposiciones legales encuentran su fundamento.

Una vez claro este punto, se puede abordar de donde se desprenden los deberes, es decir, sus fuentes. Respecto a este tema, aclaro que toda la doctrina existente lo denomina: "Fuentes de las obligaciones", y estas se pueden abordar de dos formas: de manera general y específica.

Partiendo de lo general: "*Los hechos y actos jurídicos dan origen al nacimiento, modificación y extinción de derechos y obligaciones*¹³." De acuerdo con esta afirmación, agregaría la palabra deberes, conforme a lo que se ha abordado previamente en el artículo y puntualizo que se debe realizar un análisis de la distinción entre hechos y actos jurídicos; la cual es abordada por la **teoría francesa**, la **teoría italiana** y la **teoría alemana**. Las dos últimas se pueden unificar para facilitar su estudio, pues comparten puntos muy similares.

3.1 Teoría francesa o bipartita

Como punto de partida conviene analizar esta teoría, iniciando con la siguiente definición del término **hecho jurídico** que pertenece a Julien Bonnetcase:

*Es un acontecimiento engendrado por la actividad humana o puramente material, tomado en consideración por el Derecho para derivar de él, en contra o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente o por el contrario, un efecto jurídico limitado.*¹⁴

Entonces, el hecho jurídico en un **sentido amplio "latu sensu"** abarca tanto los hechos realizados por el hombre de manera voluntaria o involuntaria, denominados **hechos humanos**; así como los hechos en los que intervienen las fuerzas de la naturaleza, es decir, los hechos naturales.

Cuando ya se habla en un **sentido más estricto "strictu sensu"**, sigue comprendiendo tanto los hechos humanos voluntarios e involuntarios, como los

13 Tapia Ramírez, Introducción al Derecho Civil, Editorial McGraw-Hill, México 2002, p.281.

14 Baqueiro y Buenrostro, Derecho Civil-Introducción y Personas, Editorial Oxford, México 2000, p.45.

hechos naturales. Pero con la siguiente característica principal que los distingue: la intención de la acción no tiene como objetivo generar consecuencias de derecho. Es decir, que la consecución de estos hechos no busca efectos de la norma. Conforme a esto, los hechos jurídicos en sentido estricto, se pueden analizar de la siguiente forma:

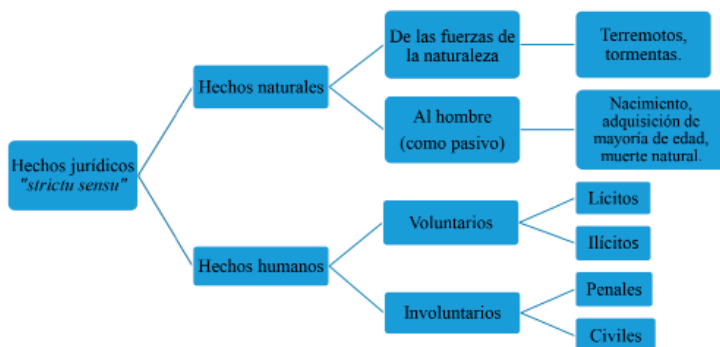


Fig. 1. Hechos jurídicos "strictu sensu". Elaboración propia.

Un ejemplo de un **hecho natural en el que intervienen las fuerzas de la naturaleza**, sería una tormenta que ocasiona inundaciones y destrucción, muertes y pérdidas patrimoniales; lo cual genera implicaciones jurídicas. Cabe destacar que este tipo de hechos solamente se toman en cuenta cuando dan como resultado consecuencias de derecho.

En cambio, un **hecho natural en el que el hombre actúa de manera pasiva** "se produce de manera natural pero afecta su esfera jurídica"¹⁵. Como sucede con el nacimiento, la adquisición de la mayoría de edad y la muerte natural, hechos que el hombre no puede evitar que sucedan y dan origen a implicaciones de derecho.

Los **hechos voluntarios del hombre**, son aquellas acciones en las que el hombre es plenamente consciente de lo que hace, pero sin la intención de generar consecuencias jurídicas. Pueden ser lícitos, es decir, acciones que van conforme a la ley y buenas costumbres; e ilícitos, que consisten en "*conductas humanas*

*que contravienen una ley de orden público o las buenas costumbres...*¹⁶

Mientras que los **hechos involuntarios del hombre**, son accidentales o imprudenciales. En otras palabras, son acciones que el hombre no quiere que ocurran, pero al realizarse tienen implicaciones de derecho. Por ejemplo, el atropellar a un peatón o dañar propiedad ajena debido a un accidente automovilístico. Los hechos involuntarios pueden clasificarse de acuerdo con las consecuencias que originan: civiles o penales.

Ahora bien, el **acto jurídico** según la teoría francesa es definido de la siguiente manera, también por Julien Bonnecase:

Manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar. Fundado en una regla de derecho o en una institución jurídica, en contra de o en favor de varias personas. Un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general o por el contrario un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de Derecho.¹⁷

Es aquí donde se puede observar el punto de contraste que la doctrina francesa utiliza para diferenciar el hecho y el acto jurídico; el cual es que en el último, la voluntad del hombre se manifiesta de manera activa con el propósito de crear un vínculo en el que intervenga el derecho para que existan consecuencias jurídicas.

Además, siempre serán “voluntarios, lícitos e intencionales.”¹⁸ Estos actos se pueden clasificar de acuerdo con el número de voluntades que intervienen para la formación de los mismos: **unilaterales** (una sola voluntad), **bilaterales** (dos voluntades) y **plurilaterales o colectivos** (más de 2 voluntades).

El ejemplo más común del **acto jurídico unilateral**, es el testamento porque una sola voluntad es la que genera las consecuencias de derecho. Mientras que por excelencia el **acto jurídico bilateral** es el contrato, en el que forzosa-mente se requieren dos partes para su realización y a partir de esta, ambas partes adquieren derechos y deberes.

Y en cuanto a los **actos jurídicos plurilaterales o colectivos**, su principal característica es la manifestación de la voluntad para obtener un beneficio común para todos los participantes, por ejemplo: el contrato de asociación. Esta categoría también incluye los actos unión, como el acto jurídico del matrimonio.

De esta manera, el siguiente gráfico resume lo referente al hecho y acto jurídi-

16 *Idem.*

17 Baqueiro y Buenrostro, *Op. cit.*, p 47.

18 *Ibid.*, p.56.

co, desde la perspectiva de la teoría francesa o bipartita, pudiendo destacar sus aspectos principales y la explicación en dos partes que la caracteriza.

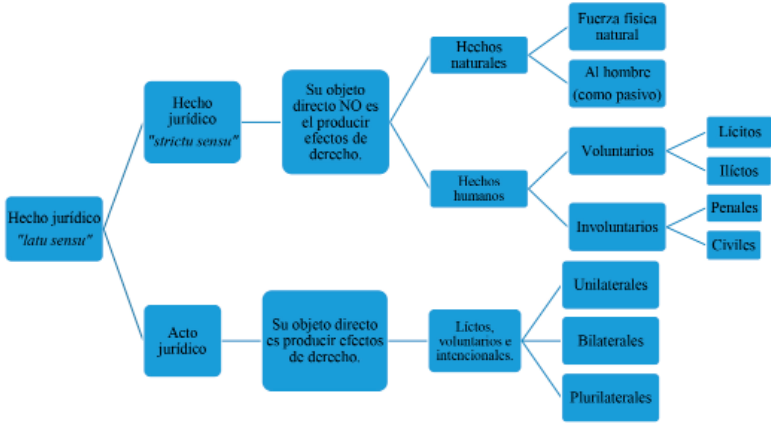


Fig. 2. Teoría francesa sobre el hecho y acto jurídico. Elaboración propia.

3.2 Teoría ítalo-germana o tripartita

Esta teoría se distingue de la anterior al estar conformada por dos posturas muy parecidas, la alemana y la italiana; además, porque maneja una clasificación en tres partes: **hecho jurídico, acto jurídico y negocio jurídico**.

El primer concepto, en sentido amplio *“es entendido por los alemanes como cualquier acontecimiento natural o humano que produce consecuencias de derecho”*¹⁹. Por consiguiente, se considera que todos los hechos sean voluntarios o involuntarios tienen efectos jurídicos.

En relación con esto, existe un punto importante que esta teoría aborda y es la constitución del hecho jurídico, que incluye: la acción ya sea natural o humana y *“la calificación proveniente del ordenamiento jurídico (elemento formal)”*.²⁰ Dicho de otra manera, esto implica la interpretación que la ley aborda para cada conducta o acción realizada y el procedimiento que conlleva para determinar las consecuencias de la misma. De esta forma, se ligan los conceptos: hecho y ley como generadores de deberes.

Si bien, en sentido estricto, se maneja que el hecho jurídico es un *“suceso*

19 Tapia Ramírez, *Op. cit.*, p.293.

20 *Idem.*

natural, o bien sea un hecho de la naturaleza o del hombre, pero sin la intervención de su voluntad".²¹ Entonces, esta clasificación incluye los hechos naturales y los hechos humanos involuntarios; y en ellos no se quiere que se produzca la acción y tampoco los efectos normativos.

Mientras que con relación al acto jurídico, esta teoría lo delimita en pocas palabras como los actos humanos voluntarios que aborda la teoría francesa, cuyo objeto principal no es generar consecuencias de derecho. Es decir, la voluntad del hombre es la generadora del acto, y el acto produce consecuencias con o en contra de la voluntad del actor. Dicho de otra manera, en el acto jurídico "*se manifiesta la voluntad de que se produzca el hecho pero no se quieren las consecuencias de derecho*".²²

Sobre esto, los italianos clasifican el acto jurídico en dos partes: los **voluntarios** y de **voluntad**. Los primeros, toman en cuenta la acción que resulta de la voluntad del sujeto, esta última queda implícita, mientras que la actividad es la que genera los efectos de derecho.

Lo que importa es la acción y no la voluntad. En tanto a los segundos, lo principal es la voluntad del sujeto "que toma en consideración el derecho como el antecedente inmediato del cual la norma hace surgir consecuencias jurídicas".²³ Dicho de otra manera, en estos vale más la intención de realizar la acción.

En resumen, los aspectos principales del acto jurídico de acuerdo con la teoría italogermana son:

- En ellos debe existir la voluntad del sujeto.
- Toman en cuenta tanto la intención como la acción del sujeto.
- No buscan generar consecuencias que interpreta y regula el derecho.

Ahora bien, la última clasificación que es el **negocio jurídico**, esta teoría lo aborda como "*la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos*".²⁴ Por lo que entonces, se convierte en una acción totalmente voluntaria e intencional.

Además, cabe agregar que el negocio jurídico tiene dos propósitos encaminados a su función:

21 Baqueiro y Buenrostro, *Op. cit.*, p.56

22 Tapia Ramírez, *Op cit.*, p.292.

23 *Ibid.*, p. 290.

24 Ospina Fernández y Ospina Acosta, Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, Editorial Temis, Colombia 1987, p. 18.

- a) La de título de una serie de derechos, facultades, obligaciones y cargas, o expresados de otro modo, de fundamento de una relación jurídica; de creador de una nueva realidad jurídica;
- b) La de establecer una regla, con la que se mide la conducta de autorizados y obligados (lo permitido, lo debido, el incumplimiento)...²⁵

Ambas cuestiones, se relacionan directamente con el vínculo que existe entre los sujetos que intervienen en el acuerdo de voluntades, en donde se establecen todos los términos referidos como: facultades y compromisos que existen entre ellos, lo cual da origen a un deber.

En este sentido “se reconoce a los sujetos de derecho la posibilidad de reglamentar por sí mismos sus relaciones²⁶”. A esta facultad, también se le conoce como autonomía privada, lo cual significa que los negocios jurídicos pueden crear y modificar derechos y deberes entre sujetos, más nunca normas de derecho objetivo; siendo esta una característica de suma importancia del concepto de **negocio jurídico**.

En resumen, el siguiente grafico aborda las características principales de la teoría italogermana.



Fig. 3. Teoría italogermana o tripartita. Elaboración propia.

4. Fuentes específicas

25 Castro y Bravo, El negocio jurídico, Editorial Civitas, Madrid 1985, p. 32.

26 Von Tuhr, Tratado de las obligaciones Tomo I, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2003, p.101.

Ahora se puede profundizar y ser más estricto en las fuentes de los deberes una vez que se partió de lo general, ya que se pueden relacionar los conceptos y ubicarlos en una clasificación, conforme a las teorías.

Ya de manera más particular, la doctrina francesa aborda las fuentes de la siguiente forma, iniciando con Robert Joseph Pothier quien sentó las bases para esta clasificación en el Código Civil francés:

*Las causas de las obligaciones son los contratos, los cuasi contratos, los delitos, los cuasi delitos, algunas veces la ley o la simple equidad.*²⁷

De esta enumeración, surgen otras perspectivas de otros autores que abordan este tema. Por ejemplo, una de las clasificaciones más específicas, es la de Colin y Capitant, quienes retoman e interpretan las disposiciones que maneja el Código Civil francés, concluyendo que las fuentes son: “*los contratos, las declaraciones unilaterales de voluntad, los delitos y cuasidelitos y la ley*”.²⁸

Destacando que ellos argumentan que existe cierta imprecisión con respecto a los cuasi contratos, pues la noción de este no se encuentra bien formulada. Además, que en los códigos y doctrina modernos, ya no se encuentra esta categoría; que incluye solo dos operaciones: “la gestión de negocios y el pago de lo indebido”.²⁹

Ahora bien, conviene analizar lo que la legislación mexicana aborda como fuentes, ya que propiamente no maneja de manera directa lo que se debe considerar como fuente de obligaciones. Sin embargo, se puede observar en nuestro Código Civil una orientación hacia la doctrina francesa, al interpretar por separado los siguientes elementos que se considera que dan origen a obligaciones, que en realidad son fuente de deberes:

- *El contrato.*
- *La declaración unilateral de la voluntad.*
- *El enriquecimiento ilegítimo.*
- *La gestión de negocios.*
- *Los hechos ilícitos.*
- *El riesgo creado.*³⁰

27 Pothier, *Op. cit.*, p. 11.

28 Colin y Capitant, *Op. cit.*, p. 83.

29 *Ibid.*, p.82.

30 Bejarano Sánchez, *Op. cit.*, p.26.

A partir de esta enumeración, se puede realizar una comparación con las teorías previamente analizadas que abordan las fuentes de forma general, de la siguiente manera:

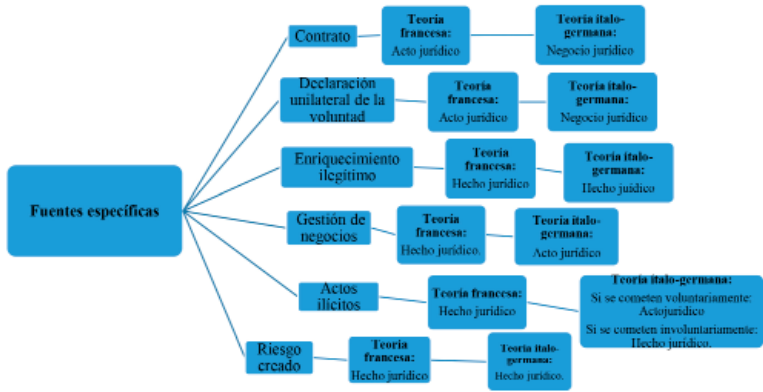


Fig. 4. Fuentes específicas de acuerdo a las fuentes generales. Elaboración propia.

4.1 El contrato

En términos más técnicos el Código Civil Federal en el artículo 1792 menciona:

Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Así mismo el artículo sucesivo, el 1793 dispone que:

Los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de **contratos**.

Respecto a este punto puede existir cierta confusión, pero en realidad la utilización de los términos es bastante sencilla si se comprende la diferencia entre uno y otro, de la siguiente manera: Al contrato le corresponden funciones positivas, mientras que el convenio específicamente, tiene la función modificadora y de extinción.

Por otra parte, el contrato se puede definir así: *“Es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y*

*que produce ciertas consecuencias jurídicas...*³¹

Por lo que, visto desde la perspectiva francesa, es considerado como el **acto jurídico** por excelencia; mientras que para la alemana, es el ejemplo más claro y común del **negocio jurídico**.

Recordando como característica principal de ambos términos, que el propósito de estos es generar consecuencias de derecho. Por lo tanto, en la doctrina actual el contrato se toma por el **acto jurídico típico**, debido a su constante utilización cotidiana e incluso la principal y más importante fuente de obligaciones.

Sin embargo, lo que realmente genera un contrato, no son obligaciones; sino derechos y deberes entre las partes, quienes de manera voluntaria se comprometen a entregar una cosa o realizar alguna conducta en un plazo determinado. Así mismo el hecho de que el contrato genere derechos y deberes, sirve como una garantía del cumplimiento de lo acordado.

Algunos ejemplos de contratos son: de compraventa (bilateral), testamento (unilateral), asociación (plurilateral), matrimonio (de unión).

Además, tal es la importancia de la figura contractual, que el Código Civil Federal en el artículo 1859 dispone lo siguiente:

Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

4.2 La declaración unilateral de la voluntad

Partiendo desde la definición que proporciona la doctrina: *“la declaración unilateral de la voluntad consiste precisamente, en la posibilidad que tienen de auto limitarse en su esfera jurídica, con la creación a su cargo de un débito y la constitución de un crédito”*.³²

En este sentido se habla de una autonomía que tiene la persona que manifiesta su voluntad, orientada a una exigencia y regulación de su propia parte.

Profundizando un poco más, conviene analizar el contexto que existe en relación con esta figura muy controversial en el área jurídica, que *“surge en el derecho alemán moderno, que reconoce la emisión de títulos al portador,*

31 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano Tomo A-CH, Ed. Porrúa, México 1992, p. 691.

32 Martínez Alarcón, *Op. cit.*, p. 84

la promesa de recompensa y, como actos que constituyen derechos en favor de un tercero, la estipulación de beneficio".³³ Pero el antecedente más antiguo es el derecho religioso: romano, alemán y canónico.

En el primero se habló del *votum*: una promesa que se hacía frente a un dios, misma tendencia religiosa fue tomada por el derecho canónico; en la que se observa la implicación de una figura divina con quien las personas establecían compromisos y deberes y se autoexigían a cumplirlos.

Otro antecedente es la "*pollicitatio*", perteneciente también al derecho romano, la cual era un deber de una persona en favor de la ciudad. De manera parecida los alemanes utilizaron la *promesa a Salman*, que consistía en adquirir un deber en favor de una persona que no se incluye en la oferta; y para poder completar la relación jurídica, los alemanes recurrieron a la creación de una divinidad.

Esta figura ha causado bastante controversia, debido a que la esencia de la misma consiste en una forma de autoexigencia, pues en un principio no existe un acreedor o no está determinado; situación que podría considerarse inválida para la creación de una relación y consecuencias jurídicas. Pues de manera inicial, únicamente participa el deudor que manifiesta su voluntad de entregar, hacer o dejar de hacer una cosa; cuestión que algunos autores no consideran suficiente para generar consecuencias de derecho.

Uno de los principales defensores de esta figura como fuente, es Rojina Villegas que argumenta que el fundamento de la declaración unilateral de la voluntad, radica "*en diferenciar pulcramente el nacimiento del derecho, del ejercicio del mismo*"³⁴, ya que una cosa es que el deudor se imponga a sí mismo deberes y el cumplimiento de los mismos (nacimiento de la relación jurídica), y otra es la facultad del acreedor que decide ejercitarlos o no (ejercicio de la relación jurídica). En otras palabras, se requiere del acreedor para el ejercicio no para el nacimiento de la relación jurídica.

De forma más específica, el deudor tiene un compromiso frente al acreedor quien en cierto punto está indeterminado o es inexistente; y una vez que este exista podrá exigir el cumplimiento del deber en todos los términos. Por lo tanto, la relación no queda incompleta, aunque inicie de esta manera.

Y es que se requiere que exista intervención y regulación de este tipo de relaciones, en donde falta el acreedor, que se encuentran muy presentes en la cotidianidad. Por lo que en el año 1928, el Código Civil Federal dispone a partir de

33 *Idem.*

34 Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano Tomo V, Volumen I, Ed. Porrúa, México 1992, p. 426.

su artículo 1860, lo relativo a las siguientes especies de declaración unilateral de la voluntad:

Ofertas al público

En esta categoría entran tres acciones: **la oferta de venta, la oferta o promesa de recompensa y el concurso con promesa de recompensa**; las cuales están muy presentes en los medios de comunicación, siendo posible encontrarlas en catálogos, folletos, volantes, internet, radio, televisión, revistas y periódicos.

La **oferta de venta**, según el artículo 1860 del Código Civil Federal consiste en:

El hecho de ofrecer al público, objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento.

En otras palabras, este artículo actúa como una garantía de cumplimiento del deber de respetar el precio u oferta de algún artículo o servicio, por parte de quien anuncia o publica, frente al futuro acreedor con quien se creará la relación jurídica.

Tanto la **oferta de recompensa** como el **concurso con promesa de recompensa**, siguen una vía muy similar y el Código Civil Federal dispone lo siguiente sobre estos términos:

Artículo 1861.- El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido.

Artículo 1866.- En los concursos en que haya promesa de recompensa para los que llenaren ciertas condiciones, es requisito esencial que se fije un plazo.

En ambos casos, es necesario recalcar que el deber que tiene la persona quien publica o anuncia la promesa, es decir, el promitente o declarante, solo es exigible hasta que aparezca el acreedor, quien deberá cumplir con las condiciones solicitadas.

Por lo que en este caso es importante ser sumamente riguroso y específico en las condiciones, plazos, criterios de selección y demás términos que se incluyen en la convocatoria. Esto será funcional tanto para el deudor como para el acree-

dor, pues fungirá como garantía de los derechos y deberes que pueden exigir ambos sujetos.

Así pues, se puede identificar que en los tres casos la relación comienza incompleta y únicamente se está manifestando una sola voluntad que adquiere un compromiso que debe cumplir a otra indeterminada.

Estipulación en favor de terceros

*“Se trata de una cláusula contractual en la que se concede un derecho para alguien que no ha intervenido ni ha sido representado en el acto”.*³⁵ Lo que quiere decir que las partes contractuales convienen en brindar un beneficio a un tercero que desconoce tal acción. Por lo que es posible observar que el acreedor a la prestación, es decir, el beneficiario, ignora el nacimiento de sus derechos, que fueron conferidos por los contratantes quienes dan origen a la relación jurídica.

De forma más puntual, participan en la estipulación en favor de terceros los siguientes sujetos:

- a) El promitente, que lleva a cabo el acto con el estipulante en favor del tercero.*
- b) El estipulante, que acuerda con el promitente la realización del acto.*
- c) El tercero, que recibe el beneficio como consecuencia de la estipulación.*³⁶

Un caso cotidiano que ejemplifica esta figura, es el que propone Sanromán Aranda:

*Pedro (promitente) firma un contrato de seguro con una compañía aseguradora (estipulante), y pone como beneficiario a su hijo Carlos (tercero)...*³⁷

En tal ejemplo, se identifica que el tercero es beneficiado a través de un contrato, sin que este intervenga directamente. Por lo tanto, se considera como una

35 Bejarano Sánchez, *Op. cit.*, p. 144.

36 Sanromán Aranda, *Las fuentes de las obligaciones*, Editorial McGraw-Hill, México 1998, p. 62

37 Sanromán Aranda, *Op. cit.*, p.86.

manifestación o declaración unilateral de la voluntad, debido a la ausencia del beneficiario al momento de generarse el vínculo de derecho; y se encuentra contemplada en los artículos 1868-1870 del Código Civil Federal.

Títulos civiles a la orden y al portador

El artículo 1873 del Código Civil Federal aborda lo siguiente respecto a los títulos a la orden y al portador: Puede el deudor obligarse otorgando documentos civiles pagaderos a la orden o al portador. De manera general, son documentos en los que se contiene la promesa del deudor de cumplir con un deber en favor de quien posea el documento, es decir, el acreedor.

Dichos títulos pueden emitirse en nombre de una persona determinada y se conocen como nominativos a la orden, y podrán ser transmitidos por endoso.

El endoso contendrá los siguientes elementos: lugar y fecha en que se hace, concepto en que se recibe el valor del documento, el nombre de la persona cuya orden se entregó el endoso y la firma del endosante.³⁸

Mientras que cuando el título está *al portador*, el simple hecho de tener físicamente el documento lo vuelve acreedor de los derechos del mismo. En tanto al promitente, quien es el deudor en esta relación, debe comprometerse al cumplimiento del contenido del documento. Observando de nuevo una manifestación única de la voluntad de un sujeto, que en cierto punto tendrá un deber con otro indeterminado o inexistente.

De tal manera que, la **declaración unilateral de la voluntad** entra en la clasificación de **acto jurídico** de acuerdo con la teoría francesa, puesto que es una acción intencional, lícita y voluntaria que busca generar derechos y deberes, es decir, consecuencias jurídicas.

Mientras que corresponde a la clasificación de **negocio jurídico** conforme a la perspectiva alemana, puesto que el sujeto declarante hace uso de su facultad de autonomía privada para auto exigirse un cumplimiento. Estableciéndose reglas y condiciones para sí mismo y en algunos casos para el acreedor de la declaración, como sucede en las ofertas de recompensa o en los concursos con promesa de recompensa.

Además, citando al autor Castro y Bravo, los negocios jurídicos pueden clasificarse de la siguiente manera:

38 Azúa Reyes, Teoría General de las Obligaciones, Ed. Porrúa, México 2000, p. 162.

*Negocios que vienen a crear una situación de cierta trascendencia general; negocios de intercambio; y negocios en los que preponderantemente se atiende al poder dispositivo del declarante.*³⁹

En la primera clasificación, el autor incluye los títulos de crédito endosables o al portador, que son una declaración unilateral de la voluntad. Así como en la tercera, destaca como característica principal el poder dispositivo del declarante, incluyendo la donación, la *pollicitatio*, que son también manifestaciones de una voluntad única.

4.3 Enriquecimiento ilegítimo

Esta figura también se denomina enriquecimiento sin causa, para evitar que la palabra ilegítimo indique que es una acción contraria a la ley, pues en realidad es un hecho lícito. Se compone de la relación que se crea entre un sujeto que aumenta su patrimonio (enriquecimiento), como consecuencia de la disminución del patrimonio de otro (empobrecimiento), siempre y cuando la relación no sea originada por una causa prevista. He aquí el fundamento de llamarlo sin causa, “pues nadie se empobrece sin motivo en beneficio ajeno”.⁴⁰

Por lo tanto, el derecho debe surgir como interventor en esta situación para que el beneficiado en la relación de enriquecimiento restituya el mismo a quien resultó empobrecido. En esta parte, se observa el principio de equidad que aborda Pothier, que en cierta manera influye en las disposiciones del Código Civil Federal en relación con la figura del enriquecimiento ilegítimo:

Artículo 1882.- El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido.

Así pues, existen ciertos elementos a tomar en cuenta para que un acto se denomine enriquecimiento sin causa y son los siguientes:

- *El enriquecimiento de un sujeto.*
- *El empobrecimiento de un segundo sujeto.*
- *Que no exista causa o motivo legal que justifique o explique el enriquecimiento y empobrecimiento.*

39 Castro y Bravo, *Op. cit.*, p.50-51.

40 Bejarano Sánchez, *Op. cit.*, p. 153.

- *Que exista una relación directa entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.*⁴¹

Tratando de ejemplificar esta relación, se puede plantear que un arquitecto pidió a una distribuidora de materiales de construcción, cincuenta costales de cemento que tenían que entregarse en la obra. La entrega llega y el arquitecto firma de recibido.

Sin embargo, al momento de descargar el pedido se da cuenta de que solo recibió cuarenta y cinco. Disminuyendo entonces el patrimonio de la distribuidora solo a cuarenta y cinco costales menos, cuando deberían de ser cincuenta. El error en la entrega al arquitecto generó que su patrimonio se viera aumentado, a costa de que el del arquitecto disminuyera.

De este ejemplo, se puede observar un desequilibrio entre los patrimonios del arquitecto y la distribuidora; esta última tendría el deber de reponer los costales debidos al arquitecto.

Cabe mencionar que no es tarea sencilla el ejemplificar la figura del enriquecimiento sin causa, pues es difícil plantear situaciones de este tipo cuyo origen sea injustificado.

Así pues la legislación mexicana considera al **pago de lo indebido** una especie de enriquecimiento sin causa o ilegítimo, lo cual se aborda en los siguientes artículos del Código Civil Federal:

Artículo 1883.- Cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla. Si lo indebido consiste en una prestación cumplida, cuando el que la recibe procede de mala fe, debe pagar el precio corriente de esa prestación; si procede de buena fe, solo debe pagar lo equivalente al enriquecimiento recibido.

Artículo 1884.- El que acepte un pago indebido, si hubiere procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos y los dejados de percibir, de las cosas que los produjeran.

En este sentido, explico que existe el pago de lo indebido, cuando por error una persona cree que es deudora de otra y le otorga una prestación en su favor. Por lo cual *“se establece un vínculo jurídico entre el que recibe, que no te-*

41 Martínez Alarcón, *Op. cit.*, p.117.

*nía derecho a recibir y el que paga por error*⁴², surgiendo entonces el deber de la persona que recibió de restituir lo indebido.

Es decir, que el enriquecimiento recibido por error, debe ser recobrado por la parte que se empobreció de tal acción.

Por otra parte, hay que destacar que cuando existe mala fe y toda la intención tanto de enriquecerse ilegítimamente, como de aceptar un pago indebido; ambos actos carecen de licitud y tendrán otras consecuencias.

Por lo tanto, sobre el enriquecimiento sin causa, se concluye que el deber lo tiene el enriquecido frente al empobrecido de la relación voluntaria o involuntaria que se dio entre ambos. Y este aspecto lo clasifica como un **hecho jurídico** conforme a la teoría francesa; y como un **hecho jurídico** en lo que respecta a la teoría alemana. Puesto que en esta figura no se busca intencionalmente el enriquecimiento a costa de otro, ni el aceptar un pago indebido; rechazando estos supuestos, tampoco se quieren los efectos de derecho.

4.4 Gestión de negocios

La figura de la gestión de negocios se desprende de la noción del **cuasicontrato**, que es definida de manera general por Pothier de la siguiente forma:

*Se llama cuasicontrato el hecho de una persona, permitido por la ley que le obliga para con otra u obliga a otra persona para con ella, sin que entre ambas intervenga convención alguna.*⁴³

Esta definición genera una categoría en la que se incluyen acciones y hechos que generan deberes, que no son originadas por contratos ni actos ilícitos. Sin embargo, ya no es muy utilizada en el derecho moderno.

De manera más precisa, la gestión de negocios equivale a la figura del derecho romano "*Negotiorum gestio*", definida así:

Situación jurídica que se produce cuando una persona cuida o administra bienes o realiza cualquier gestión a favor de otra, con la idea de beneficiarla o evitarle perjuicio, sin haber recibido de ella mandato

42 Soto Álvarez, Introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil, Editorial Limusa, México 1994, p.118.

43 Pothier, *Op. cit.*, p.71.

*alguno ni ostentar cargo que le obligue o faculte a ello.*⁴⁴

En otras palabras, la gestión de negocios se trata de una intromisión totalmente voluntaria por parte de un sujeto, con la intención de beneficiar a otro sin que este se los solicite, o si bien sin su mandato; por lo cual se considera que se da de manera espontánea. Así mismo, se puede identificar que se basa en el principio de altruismo y solidaridad orientado hacia un tercero.

De esto, se puede deducir los componentes de la relación que genera la gestión de negocios. Empezando por los sujetos que intervienen, se tiene al **gestor**, quien se considera el sujeto activo, porque es quien lleva el negocio y con la realización de este, busca generar efectos para el **dueño del negocio**, quien es el sujeto pasivo.

De esta manera, se generan consecuencias de derecho para esta relación, porque tanto el gestor como el dueño del negocio, tienen derechos y deberes, que suelen ser recíprocos. En lo que respecta a la legislación del Código Civil Federal, dichos aspectos se pueden clasificar de la siguiente manera:

Deberes del gestor:

- Debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio (art. 1896).
- Debe desempeñar su encargo con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios, e indemnizará los daños y perjuicios que por su culpa o negligencias se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione (art. 1897).
- Tan pronto como sea posible, debe avisar de su gestión al dueño y esperar su decisión, a menos que haya peligro en la demora. Así como: debe continuar su gestión hasta que concluya el asunto (art. 1902).
- Como un deber natural, se espera que el gestor rinda cuentas al dueño del negocio sobre la gestión realizada.

Deberes del dueño del negocio:

- *“Deberá pagar los gastos necesarios realizados por el gestor, y los intereses legales hasta la concurrencia de las ventajas”*⁴⁵ (arts. 1903, 1904 y 1907).
- Debe cumplir las obligaciones que el gestor haya contraído a nombre de él (art. 1903).
- La ratificación pura y simple del dueño del negocio, produce todos los efectos de un mandato. La ratificación tiene efecto retroactivo al día en que la gestión

44 Martínez Alarcón, *Op. cit.*, p.102.

45 Bejarano Sánchez, *Op. cit.*, p. 166.

principió (art. 1906). *“Por tanto deberá pagar todos los gastos, aunque no hubiere sido útil la gestión”*.⁴⁶

El entendimiento de esta figura se puede dar a través de un ejemplo: Juan se encuentra en una tienda de electrónicos, en la cual las bocinas están a mitad de precio. Juan recuerda que su amigo Pedro tenía interés en adquirir una. Por lo tanto, Juan decide aprovechar la oferta y compra una bocina para su amigo.

Este ejemplo claramente trata de una gestión de negocios, realizada de manera útil. Pues se observa que Juan le causó un beneficio a Pedro, quien tiene el deber de restituir lo erogado a su amigo. En este caso la relación se da de manera recíproca.

Así pues, cuando el gestor no cumple correctamente con su deber y la gestión no se lleva a cabo de manera adecuada, este incurre en responsabilidades que reglamenta el Código Civil, y van de mínima, media a máxima.⁴⁷

Ahora bien, la gestión de negocios es un hecho humano voluntario y lícito, que genera consecuencias de derecho; de tal manera para la doctrina francesa es un **hecho jurídico**. Mientras que para la teoría italogermana es un **acto jurídico**, porque aunque la gestión se realiza de manera intencional, no se quieren los efectos de normatividad, que normalmente se involucran cuando la gestión no fue satisfactoria para el acreedor (dueño del negocio).

4.5 Actos ilícitos

Los delitos, son aquellos actos voluntarios que realiza el hombre que se contraponen a la ley, destacando que el hombre tiene toda la intención de cometer un acto que cause perjuicios y que va en contra de las buenas costumbres, como el asesinato o el robo.

Mientras que el cuasi delito, es un acto involuntario en el que accidentalmente se comete un delito, por ejemplo: daño a propiedad ajena debido a un accidente automovilístico. Para ambos actos hay consecuencias jurídicas, porque se observa una contrariedad con el deber hacia la persona dañada y al mismo tiempo con la sociedad por el incumplimiento de la ley, ya sea de manera voluntaria o involuntaria. De esta manera, se observa una relación entre el deber y la ley.

Colin y Capitant argumentan que *“hay obligaciones que tienen un origen*

46 *Idem.*

47 Cfr. Arts. 1897-1900 del Código Civil Federal.

inmediato en la ley".⁴⁸ Sin embargo, puntualizo que en este aspecto la ley no genera obligaciones sino deberes, como los que tienen los tutores frente a sus hijos.

Solo existirá la obligación al momento de incumplir con el deber y cuando la autoridad utilice su poder para exigir el cumplimiento de la ley y determine una sanción por la omisión de la misma. A lo cual, las verdaderas fuentes de las obligaciones son las sentencias, resoluciones administrativas y cualquier acción emitida por la autoridad que condicione y limite la libertad de acción de un sujeto.

De tal manera que los actos ilícitos, se clasifican como hechos jurídicos en la teoría francesa; y en la alemana, de acuerdo con la intención de la acción: si es voluntaria serán actos jurídicos y si es involuntaria serán hechos jurídicos.

4.6 Riesgo creado

También se denomina riesgo profesional o riesgo de trabajo; se refiere a la exposición a accidentes o situaciones peligrosas para la salud o integridad física a la que están expuestos los trabajadores en su área laboral. La legislación mexicana en el Código Civil Federal reglamenta esta figura en los siguientes artículos:

Artículo 1935.- Los patrones son responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores sufridas con motivo o en el ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por tanto, los patrones deben pagar la indemnización correspondiente, según que hayan traído como consecuencia la muerte o simplemente la incapacidad temporal o permanente para trabajar. Esta responsabilidad subsistirá aun en el caso de que el patrón contrate el trabajo por intermediario.

Artículo 1936.- Incumbe a los patrones el pago de la responsabilidad que nace de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, independientemente de toda idea de culpa o negligencia de su parte.

Artículo 1937.- El patrón no responderá de los accidentes del trabajo, cuando el trabajador voluntariamente (no por imprudencia) los haya producido.

Cabe aclarar que este Código lo reglamenta como una fuente de deberes que tienen los patrones para con sus trabajadores. Puesto que en materia ya más específica existen otros ordenamientos que el Derecho Laboral, aborda sobre esta

48 Colin y Capitant, *Op. cit.*, p.83.

figura y la regla de manera más exigente las situaciones de riesgo profesional.

Así pues, se trata de un **hecho jurídico** en la perspectiva francesa, ya que el riesgo no es una situación que se busque de manera voluntaria, más bien surge de manera accidental o incidental, pero tiene efectos de derecho. Es decir, el deber del patrón de responder al trabajador que sufre los daños o perjuicios. Tales características, clasifican al riesgo profesional en la teoría alemana como un **hecho jurídico**.

5. Conclusiones

1. El aspecto que marca la diferencia entre el deber y la obligación, es la fuerza que limita la libertad de acción, cuando se da el incumplimiento por parte del deudor en la relación jurídica acreedor-deudor y se acude a la autoridad para la ejecución. Mientras que el deber es el compromiso, que da origen a dicha relación; la cual en la mayoría de los casos es recíproca, es decir, se realiza un intercambio de prestaciones. Aunque existirán otros casos en donde se genere un desequilibrio patrimonial o extrapatrimonial.
2. En este sentido, es importante reconocer el objeto tanto directo (dar, hacer, no hacer), como indirecto (lo que se da, lo que se hace y deja de hacerse). Este elemento se debe tener siempre presente al momento de celebrar cualquier acto o negocio jurídico como el contrato, para que el abogado utilice correctamente las herramientas de derecho en favor de las peticiones del cliente.
3. Del mismo modo, el tener claro que los conceptos de deber y obligación no son sinónimos, equivale también a reconocer que existen diferencias entre hecho y acto jurídico, en la teoría francesa; y en la alemana el contraste entre hecho, acto y negocio jurídico.

Para los franceses, el hecho jurídico es una acción en la que puede intervenir la naturaleza o el hombre de manera voluntaria o involuntaria, que produce efectos de derecho. Mientras que el acto jurídico, es una acción que proviene de la voluntad del hombre y tiene toda la intención de generar efectos de derecho.

En lo que respecta a los alemanes, el hecho jurídico es una acción que no se quiere que sea producida, y mucho menos los efectos jurídicos que esta implica. El acto jurídico, es voluntario y se tiene toda la intención de ejecutar la acción, pero no se quieren consecuencias.

Por último, el negocio jurídico va más allá, implicando la autonomía de los sujetos de regular sus relaciones e intereses a través de un vínculo de derecho,

y en este lo que tiene mayor importancia es la utilidad o ganancia que genera la realización del negocio.

4. Una vez que estos conceptos fueron entendidos, es posible aplicarlos en las figuras específicas que generan deberes. De tal manera que se identifica en cada una de ellas, de manera práctica, los sujetos que participan, como se origina el vínculo jurídico y las consecuencias que produce.

Bibliografía



Libros:

- Arce Gargollo, Javier: *Contratos Mercantiles Atípicos*, Ed. Porrúa, México 2001.
- Arce Gargollo, Javier: *El contrato de Franquicia*, Themis, México 1994.
- Azúa Reyes, Sergio: *Teoría General de las Obligaciones*, Ed. Porrúa, México 2000.
- Baqueiro, Edgard y Buenrostro, Rosalía: *Derecho Civil-Introducción y Personas*, Editorial Oxford, México 2000.
- Barrera Graf, Jorge: *Derecho Mercantil*, UNAM, 1° Edición, 1991.
- Bauche, Garciadiego, Mario: *La Empresa*, Editorial Porrúa, México 1977.
- Bejarano Sánchez, Manuel: *Obligaciones Civiles*, Ed. Oxford, México 1999.
- Brunetti, Antonio: “*Tratado de las sociedades*” Tomo I, Orlando Cárdenas Editor, México, 1994.
- Brunetti, Antonio: “*Tratado de las sociedades*” Tomo II, Orlando Cárdenas Editor, México, 1994.
- Castro y Bravo, Federico: *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid 1985.
- Chiavenato, Idalberto: *Iniciación a la Organización y Técnica Comercial*, Editorial McGraw-Hill, 1993.
- Colin, Ambroise y Capitant, Henry: *Derecho Civil-Obligaciones* Volumen 1, Editorial Jurídica Universitaria, México 2002.
- Costanzo Zaragoza, Juan: *Desarrollo de sistemas de franquicias*, McGraw-Hill, México, 1997.
- Dávalos, Torres, María Susana: *Manual de Introducción al Derecho Mercantil.*, Nostra Ediciones, México 2010.
- Enrigue Zuloaga, Carlos: *Agrupaciones de Empresas*, 1era ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2006.
- Krallinger, Joseph: *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, Ed. McGrawHill, México D.F., 1999.
- Laris Casillas, Francisco Javier: *Estrategias para la planeación y el control empresarial*, Editorial Trillas, México 1978.

- Larroumet, Christian: *Teoría General del Contrato* Volumen I, Editorial Temis, Colombia 1990.
- Mantilla Molina, Roberto: *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México 1990.
- Martínez Alarcón, Javier: *Teoría General de las obligaciones*, Editorial Oxford, México 2000.
- Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo: *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*, Editorial Temis, Colombia 1987.
- Planiol, Marcel y Ripert, Georges: *Tratado elemental de derecho civil- Las Obligaciones* TOMO IV, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991.
- Pothier, Robert Joseph: *Tratado de las Obligaciones*, Tribunal Superior de Justicia, México 2003.
- Rocco, Alfredo: *Principios de Derecho Mercantil*, Tribunal Superior de Justicia, México 2006.
- Rodríguez, Rodríguez, Joaquín: *Derecho Mercantil* Tomo 1, Editorial Porrúa, México 1966.
- Rojina Villegas, Rafael: *Derecho Civil Mexicano* Tomo V, Volumen I, Ed. Porrúa, México 1992.
- Sanromán Aranda, Roberto: *Derecho de las obligaciones*, McGraw-Hill, México 2002.
- Sanromán Aranda, Roberto: *Las fuentes de las obligaciones*, Editorial McGraw-Hill, México 1998.
- Soto Álvarez, Clemente: *Introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil*, Editorial Limusa, México 1994.
- Tapia Ramírez, Javier: *Introducción al Derecho Civil*, Editorial McGraw-Hill, México 2002.
- Vivante César: *Derecho Mercantil*, Tribunal Superior de Justicia, 2003.
- Von Tuhr, Andreas: *Tratado de las obligaciones* Tomo I, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2003.
- Zarkín Cortés, Sergio Salomón: *Derecho Corporativo*, 4ª ed., Ed. Porrúa, México 2012.

Legislación:

- Código Civil Federal.
- Código de Comercio.
- Código Fiscal de la Federación.
- Ley Federal del Trabajo.
- Ley General de Sociedades Cooperativas.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Diccionarios:

Diccionario Enciclopédico: *McGRAW-HILL*: Primera Edición, 2001.

Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales, TOMO II, Editorial Planeta-Agostini, España 1988.

Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales, TOMO III, Editorial Planeta-Agostini, España 1988.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano* Tomo A-CH, Ed. Porrúa, México 1992.

Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Diccionario Jurídico Mexicano* Tomo D-H, Editorial Porrúa, México 1992.

Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Diccionario Jurídico Mexicano* Tomo P-Z, Editorial Porrúa, México 1992.

Consultas Web:

Álamo Vera, García Soto, Suárez Ortega: “*Estrategias de crecimiento horizontal y vertical: ¿unas a expensas de las otras?*” Revista Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa Vol. 8, N° 2, 2002. Visto en abril-2017 de: [Dialnet-EstrategiasDeCrecimientoHorizontalY-Vertical-306047.pdf](http://dialnet-estrategiasdecrecimientohorizontalyvertical-306047.pdf)

América Móvil: “*Nuestra Empresa*”. Visto 25-03-2017 de: <http://www.americamovil.com/es/acerca-de-nosotros/nuestra-empresa>

Carlos Slim Helú: (2015) “*Actividad Empresarial*”. Visto 25-03-2017 de: http://www.carlosslim.com/act_empresarial.html#opera

Corporativo FEMSA: Nuestros Negocios: “*Coca-Cola-FEMSA*”. Visto 25-03-2017 de: <http://www.femsa.com/es/negocios-femsa/empresas/coca-cola-FEMSA>

Diccionario RAE: Real Academia Española (2017) Visto 20-03-2017 de <http://dle.rae.es/?id=YCB6UHV>

INEGI Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2009): “*Micro, Pequeña, Mediana y Gran Empresa*.” Visto 24-03-2017 de http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/espanol/proyectos/censos/ce2009/pdf/M_PYMES.pdf

Labariega Villanueva, Pedro Alfonso: *Licencia de Uso de marca*, recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho.privado/articulo/view/9055/11104>, el día 25 del mes de Junio del año 2017.

Magaña Hernández, Diana Margarita y Figueroa Díaz, Luis: *Revista Alegatos*,

Sección Doctrina “La regulación jurídica de la empresa global”, México 2011, Núm. 78, Mayo/Agosto. Visto en marzo-2017 de <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/71/78-01.pdf>

Portal Unesco, recuperado de www.unesco.org, el día 27 del mes Junio del año 2017.

Revista Forbes México (marzo 2015): *“Las 13 empresas mexicanas globales más grandes”*. Visto 25-03-2017 de <https://www.forbes.com.mx/las-13-empresas-mexicanas-globales-mas-grandes/#gs.Xwp9Fvk>

Otras fuentes:

Artículo 11, *Convenio de UNEDITROIT*, 1995.

Bermúdez González, Guillermo: *La Franquicia: elementos, relaciones y estrategias*, ESIC, Madrid 2002.

Enrique Alcázar: *“Franquicias”*, Revista Entrepreneur. FEBRERO 21, 2011.

Hermida, Jorge Alfredo: *“Marketing de concepto + franchising: Claves para armar un proyecto que le permita competir y crecer en su mercado”*, Macchi, 1993.

Nambo Amezcua, Armando: *Agencias y Sucursales*, Colección Publicaciones del Departamento de Contabilidad XXVII, 2005.