

DERECHO CORPORATIVO

Octavio García Maldonado



GARCIA MALDONADO, LEDEZMA SAAVEDRA

Abogados de Empresa

Cerramos tratos. Abrimos negocios

DERECHO CORPORATIVO

OCTAVIO GARCÍA MALDONADO

Autor: Octavio García Maldonado

Primera Edición 2022

ISBN: 978-607-98040-8-4

D. R. © 2022, Editorial Abogados García Maldonado, S. C.

Gastón Leroux 745, Col. Paseos Universidad. C.P. 45016

Zapopan, Jalisco.

Sitio web: <http://www.gmls.com.mx>

Tels. (33) 31-65-26-60 y 36-58-24-98

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 sin permiso por escrito del editor.

Índice

Acerca del autor.....	2
Presentación.....	4
I. El derecho aplicado a los negocios.....	8
II. El derecho y la empresa.....	41
III. Constitución de sociedades mercantiles y civiles.....	66
IV. Franquicias.....	104
V. El deber vs. La obligación.....	133
VI. La empresa y el comercio.....	183
VII. Gobierno corporativo.....	230
VIII. Sociedad Anónima Promotora de Inversión.....	283
IX. Sociedad Financiera de Objeto Múltiple.....	323
X. El fideicomiso.....	386

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 1989. 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 de las Fuerzas Armadas Mexicanas”
- Coordinador del libro: “Hacienda, la seguridad social y el municipio”
- Coordinador del libro: “Impuesto a los depósitos en Efectivo IDE”
- “El Derecho Aplicado a los Negocios”
- “Sociedad Anónima Promotora de Inversión, Gobierno Corporativo, el IMSS y la Reforma Laboral”
- Coordinador y autor en: “Retos de la administración pública en el Estado contemporáneo”
- Coautor en “El fideicomiso, el municipio mexicano y los servicios públicos”
- Coordinador y autor en: “El derecho y la ciencia jurídica: extinción de dominio, gabinete sombra y financiamiento de la empresa”
- Coordinador y autor en: “El derecho y la ciencia jurídica”

Presentación

Los siguientes capítulos buscan abarcar el programa general del Derecho Corporativo: un tema de interés para emprendedores, micro, pequeños y grandes empresarios, así como estudiantes, docentes, profesionales del derecho y todo aquel que esté interesado en conocer el tema.

El contenido se compone de diez capítulos temáticos, los cuales son: el derecho aplicado a los negocios, el derecho y la empresa, constitución de sociedades mercantiles y civiles, franquicias, el deber vs. la obligación, la empresa y el comercio, gobierno corporativo, Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión (S.A.P.I), Sociedad Financiera de Objeto Múltiple (S.O.F.O.M.) y el fideicomiso.

De modo que, “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 cambio, “El derecho y la empresa” plantea la problemática de la inexistente definición uniforme del término “empresa” en la legislación mexicana. Explicando que dicho termino es un concepto dinámico presente en distintos ámbitos y cuya interpretación

dependerá del contexto en el que se esté analizando o participando. Así mismo, presenta 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.

El tercer capítulo “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.

Por su parte, “Franquicias” contiene un abordaje 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 titulada “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.

“La empresa y el comercio” contiene un enfoque de derecho mercantil en el que se definen los conceptos generales sobre el comercio, el comerciante y auxiliares de comercio desde la perspectiva del derecho y el marco legal mexicano.

Mientras que, el capítulo “Gobierno Corporativo” versa sobre los antecedentes, principios, estructura y consideraciones legales sobre el gobierno corporativo; buscando aportar desde la óptica nacional como internacional. Se trata de un tema que suele no ser muy abordado desde la doctrina del derecho, ya que suele aplicar para empresas de gran tamaño e impacto. Sin embargo, cada vez cobra mayor

relevancia y es importante tenerlo en cuenta en la práctica del derecho.

Luego, se plantea a las “Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión” como una opción más para financiar una idea de negocios. De manera que, se incluye una explicación de los antecedentes, estructura y marco legal de esta figura, así como una propuesta de aplicación con base en un caso.

“Sociedades Financieras de Objeto Múltiple” trata una figura poco conocida, que no ha sido abordada a profundidad por la doctrina y que la mayoría de la información existente respecto a ella es muy básica. Sin embargo, resulta importante conocerla bajo las siguientes perspectivas: como un mecanismo de financiamiento para empresas y como una alternativa de conformación de grupos financieros

Por su parte, el capítulo sobre “El Fideicomiso” proporciona un acercamiento a dicha figura jurídica que se caracteriza por su versatilidad y flexibilidad, ya que puede adaptarse a cualquier situación y atender a los intereses tanto de personas físicas como morales.

Añado que cada capítulo incluye un apartado respectivo de conclusiones y la bibliografía y referencias consultadas, así como ejemplos, organizadores y tablas que sintetizan y aterrizan la información presentada con el objetivo de que las explicaciones sean accesibles, didácticas y aterrizadas en la realidad.

I

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. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción

El derecho aplicado a los negocios es importante divulgarlo a los micro 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 aborda como el derecho se vuelve un medio indispensable 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 una gran importancia para la economía y empleo a nivel nacional. 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):

Tabla. 1 sector Industria y Servicios

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

Fuente: Elaboración propia con datos de INEGI Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2009).

Tabla 2. Sector Comercio

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

Fuente: 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 al artículo 75 del Código de Comercio. Así pues, las personas que realizan estos actos de acuerdo a los artículos 3ro y

4to 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 diversa¹*”, porque realiza actos de carácter mercantil y civil, 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. 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 a 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 mercado²*”. Mientras que, para

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

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

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

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

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 individuales llevan siempre las de perder frente a los medios inagotables, la organización eficientísima y perfecta de las grandes empresas colectivas”*. 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 entre más grande sea la empresa, obtendrá mayores beneficios, esto lleva a explicar el gigantesco fenómeno económico de las **corporaciones**.

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

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 transnacionales**, que son “*empresas de grandes dimensiones por lo general de naturaleza corporativa, con sede en países de alto desarrollo, pero*

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

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 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 2000*⁷:

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

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

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/#qs.Xwp9Fvk>

de unidades de TV de paga. En América Latina, América Móvil opera bajo las marcas: Telmex, Telcel y Claro⁸”.

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 de 373 millones de consumidores a través de 2.8 millones de puntos

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

de venta, con un portafolio de más de 100 marcas de refrescos y bebidas no carbonatadas que ofrecen⁹.

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.

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

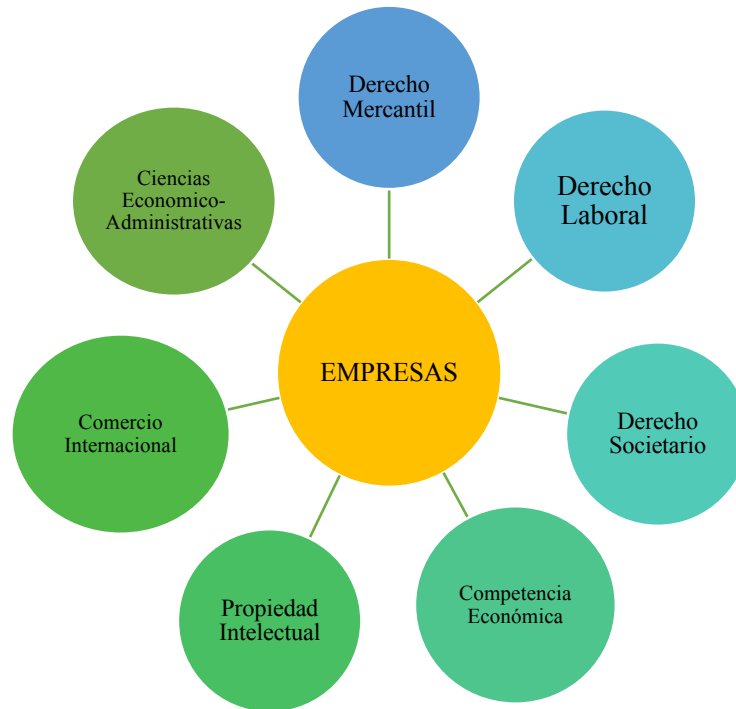
3. Las empresas desde de la perspectiva legal

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.

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. 1. Panorama global de la empresa.



Fuente: 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 a lo que éstas demuestren, 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

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

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 protegida¹²”*. 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

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.

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 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.

¹³ Laris Casillas, *Estrategias para la planeación y el control empresarial*, Editorial Trillas, México 1978, p. 61-62.

En otras palabras, “*cuando se habla de crecimiento, desarrollo o expansión de la empresa, resultado de las decisiones que ésta 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 éstas 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 a 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 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

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, Nº 2, 2002 Visto en abril 2017 de: Dialnet-EstrategiasDeCrecimientoHorizontalYVertical-306047.pdf, p.183.

suministro, por ejemplo: *“la extracción de minerales, si un negocio solo los transforma en productos más refinados¹⁵”*. 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 producción¹⁶”*, 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

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

¹⁶ Zarkín Cortés, *Op. cit.*, p.110.

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

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: *“En Alemania y Norteamérica comenzaron a existir una serie de complicaciones con 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

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

decisión, sea para efectos puramente administrativos o para la consecuencia de un fin socioeconómico o únicamente económico¹⁹”.

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 Enrigue Zuloaga:

- **Concentración:** *“Hace referencia a un proceso de modificación sustancial del poder de decisión económica de las sociedades concentradas²⁰”*. 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 unen²¹”*. 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

¹⁹ *Ibid.*, p.562.

²⁰ Enrigue Zuloaga, *Op cit.*, p.74.

²¹ *Idem.*

continuación, presento los puntos que relata el autor de forma resumida:

- “**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 jurídico²²”.

La **fusión de sociedades** en México es aludida por la Ley General de Sociedades Mercantiles de las siguientes 2 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 a 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

²² Rodríguez, *Op. cit.*, p. 215.

²³ *Ibid.*, p.216.

involucradas. Porque lo que se logra a través de este proceso es sustituir un cumulo 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 única²⁴”*.

Existen otros casos en los que las empresas buscan diversificar sus productos y servicios e incursionar en nuevos mercados, por lo que implementan 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 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 previo a la adquisición o fusión, que permita hacer una proyección a futuro y

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

garantizar que sea un negocio exitoso. En relación con la planeación, explico en breves palabras las recomendaciones 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:

Tabla 3. Vínculos Empresariales

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 conniventes. 	<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

<ul style="list-style-type: none"> • Nexo efectivo para asegurar colaboraciones, eliminar competencias y coordinar planes de producción. • Generalmente acompañado de un vínculo comercial o real. 		<p>son grupos por subordinación y jerarquía.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tienen una sociedad dominante conocida como “holding”.
--	--	---

Fuente: Elaboración propia con datos de la obra citada de Carlos Enrique 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: licencias, tecnología, patentes, 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 co-participar de una o más operaciones aisladas... con un fin preponderante de lucro²⁵”*.
- **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

²⁵ Zarkín Cortés, *Op cit.* p.313-314.

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 éste 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 favor 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 utilidad. 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.

6. Bibliografía

- 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
- América Móvil: “*Nuestra Empresa*”. Visto 25-03-2017 de: <http://www.americamovil.com/es/acerca-de-nosotros/nuestra-empresa>
- Bauche, Garciadiego, Mario: *La Empresa*, Editorial Porrúa, México 1977.
- Carlos Slim Helú: (2015) “*Actividad Empresarial*”. Visto 25-03-2017 de: http://www.carlosslim.com/act_empresarial.html#opera
- Chiavenato, Idalberto: *Iniciación a la Organización y Técnica Comercial*, Editorial McGraw-Hill, 1993.
- Corporativo FEMSA: *Nuestros Negocios: “Coca-Cola-FEMSA”*. Visto 25-03- 2017 de: <http://www.femsa.com/es/negocios-femsa/empresas/coca-cola-FEMSA>
- Enrique Zuloaga, Carlos: *Agrupaciones de Empresas*, 1era ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2006.

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

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

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

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.

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>

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>

Rodríguez, Rodríguez, Joaquín: *Derecho Mercantil Tomo 1*, Editorial Porrúa, México 1966.

Zarkín Cortés, Sergio Salomón: *Derecho Corporativo*, 4^a ed., Ed. Porrúa, México 2012.

II

EL DERECHO Y LA EMPRESA

Sumario: 1. Introducción. 2. Definiendo a la empresa. 3. Elementos de la empresa. 4. La fórmula de la empresa. 5. El papel del empresario. 6. Conclusiones. 7. Fuentes Bibliográficas.

1. 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 como 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.

2. 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 ésta 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 menciona 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 trasportes 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 este 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 3º 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)*²⁶”. 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*

²⁶ Bauche, Garciadiego, *La Empresa*, Editorial Porrúa, México 1977, p. 15.

*actividad del empresario*²⁷”. 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 diversa²⁸”.

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. 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

²⁷ *Ibid.*, p.25.

²⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo D-H*, Editorial Porrúa, México, 1992.

corresponde al derecho en relación con 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 esta y garantizar la competencia justa entre compañías.

3. 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 otros²⁹”*. 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 empresa³⁰”*. 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.

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Op. cit.*, p.1263.

Por otra parte, Mantilla Molina, menciona que: “*los elementos de la empresa suelen dividirse en: incorporales y corporales*³¹”, 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:

“**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)³²”.

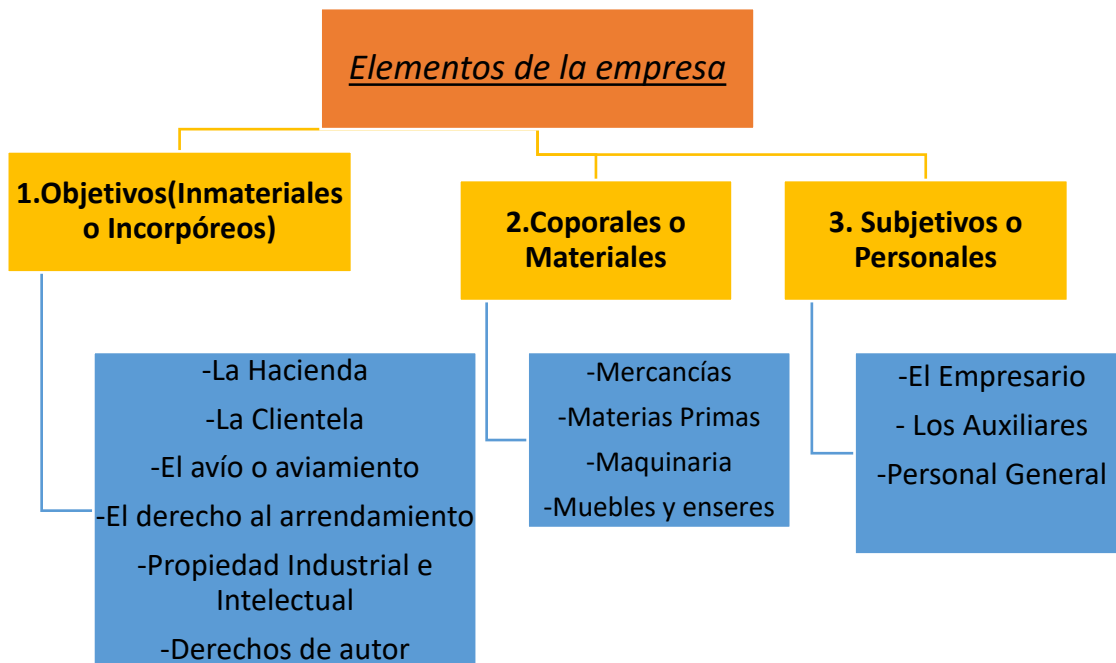
A partir de lo que menciona este autor se amplía mucho más la perspectiva sobre los elementos de la empresa. Sin embargo,

³¹ Bauche Garciadiego, *Op. cit.*, p. 30-31.

³² Rodríguez, *Derecho Mercantil Tomo I*, Editorial Porrúa, México 1966, p.414.

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. 2. Elementos de la empresa



Fuente: Elaboración propia con base al esquema de la obra citada de Bauche Garciadiego, 1977, pág. 33

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*³³”, 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*³⁴”. 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 esta, 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.

- ***Clientela***

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

³³ Dávalos, *Manual de Introducción al Derecho Mercantil.*, Nostra Ediciones, México 2010, p.106

³⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Op. cit.*,p.

atribuyéndole pues un valor pecuniario³⁵”. 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 al 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 traducido en la habitualidad y confianza del público³⁶”*.

³⁵ Bauche Garciadiego, *Op. cit.*, p.32.

³⁶ Rocco, *Principios de Derecho Mercantil*, Tribunal Superior de Justicia, México 2006, p.238.

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...”*³⁷. 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 que 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*

³⁷ Bauche Garciadiego, *Op. cit.*, p. 32.

*a los contratos de habilitación o avío*³⁸” (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*³⁹” 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***

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,*

³⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo A-CH*, Editorial Porrúa, México 1992, p.300.

³⁹ *Idem.*

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 mismos⁴⁰”. 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 literaria⁴¹”*. 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.

⁴⁰ Rodríguez, *Op. cit.*, p.416.

⁴¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo D-H*, Editorial Porrúa, México 1992, p.2606-2607.

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.

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 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 sentidos⁴²”*. 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

⁴² Rocco, *Op. cit.*, p. 245.

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 preguntarán: *¿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 sea 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 instalación. 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 a 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.

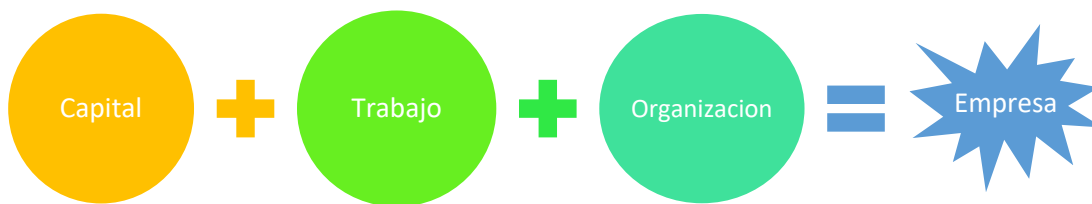
Elementos subjetivos o personales

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.

4. 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. 3. Formula de la empresa.



Fuente: 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*⁴³”.

En síntesis, no debe existir confusión en 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.

⁴³ *Ibid.*, p. 237-238.

5. 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 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...⁴⁴*”, 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.

6. 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

⁴⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Op. cit.*, p.1262.

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 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 en relación con 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.

7. Fuentes Bibliográficas

Bauche, Garciadiego, Mario: *La Empresa*, Editorial Porrúa, México 1977.

Dávalos, Torres, María Susana: *Manual de Introducción al Derecho Mercantil.*, Nostra Ediciones, México 2010.

Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo A-CH*, Editorial 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.

Rocco, Alfredo: *Principios de Derecho Mercantil*, Tribunal Superior de Justicia, México 2006.

Rodríguez, Rodríguez, Joaquín: *Derecho Mercantil Tomo 1*, Editorial Porrúa, México 1966.

III

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, implementando 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 sea 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 a 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 encuentra 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, marketing, 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 a la Real Academia Española, esta es:

“Una agrupación natural o pactada de personas, organizada para cooperar en la consecución de determinados fines”⁴⁵.

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 naturaleza...pero en todo caso se exige la existencia de la sociedad, que se dé el consentimiento de alcanzar entre todos los socios ese fin”⁴⁶.

⁴⁵ Real Academia Española, *Diccionario esencial de la lengua española*, Espasa Calpe, 2006, p. 1376.

⁴⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano* Tomo P-Z, Ed. Porrúa, México, 1992, p. 2940

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 graficamente en que consisten las sociedades.

Fig. 4. Fórmula de la a sociedad.



Fuente: 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 persona jurídica porque tiene derechos y obligaciones patrimoniales, y un fin especial al cual tiende con sus fuerzas económicas*”⁴⁷. 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*”⁴⁸. De modo que se debe

⁴⁷ Vivante, *Derecho Mercantil*, Tribunal Superior de Justicia, 2003, p.95

⁴⁸ Mantilla Molina, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, 1990, p. 186

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 sólo obtener un beneficio monetario. Aunque en efecto, “*la mayoría de los casos el fin social consiste en realizar negocios lucrativos*”⁴⁹, 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 a sus posibilidades. Por consiguiente, de acuerdo a Joaquín Rodríguez Rodríguez, los socios pueden elegir si aportar “*recursos o esfuerzos*”⁵⁰, 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,

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Rodríguez, *Derecho Mercantil: Tomo 1*, 6ta Edición, Editorial Porrúa, 1966, p. 46

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 reportarán las pérdidas. Pues en este sentido, los socios industriales, al momento de quebrar la sociedad pierden su fuente de 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.”*⁵¹ 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”*⁵². En contraste, la sociedad necesita tomar en

⁵¹ Brunetti, *“Tratado de las sociedades” Tomo I*, Orlando Cárdenas Editor, México, 1994, p. 3

⁵² *Op. cit.*, pág. 5

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 voluntades⁵³”*. 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*

⁵³ *Ibid.*, pág. 12

inmuebles, cuyo fin primordial es el obtener un lucro, bien sea por reventa o por la explotación⁵⁴”.

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 a la legislación no podría considerarse mercantil, pero tiene contenido económico⁵⁵”.* 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 al artículo 2695 del Código Civil Federal, existe la posibilidad de que las sociedades de naturaleza civil tomen la forma de las 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 al primer párrafo del artículo 4: *Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo 1º de esta ley.* De acuerdo con esto, se coincide pues que la manera

⁵⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano* Tomo D-H, Ed. Porrúa, México, 1992, p. 1312.

⁵⁵ Mantilla Molina, *Op. cit.*, p. 187.

de distinguir las sociedades civiles de las mercantiles “*es de carácter exclusivamente formal*”⁵⁶”.

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 1º: 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 simplificada.

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:

⁵⁶ Rodríguez, *Op. cit.*, p. 44.

La responsabilidad de los socios en nombre colectivo es **subsidiaria** porque están obligados a realizar el pago de las obligaciones de la sociedad cuando ésta 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*”⁵⁷.”

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 las deudas en su totalidad, además “*responden con todo su patrimonio por cualquiera cuantía de las obligaciones sociales*”⁵⁸.” 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 ésta responde ante terceros, y queda sujeta a la responsabilidad

⁵⁷ Mantilla Molina, *Op.cit.*, p.262

⁵⁸ Rodríguez, *Op. cit.*, p. 64

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 al 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 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 con relación a 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 éste 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 participación en las pérdidas⁵⁹”, 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

⁵⁹ Brunetti, *Op. cit.*, p.713

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 ésta 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 a esto, “la prohibición del comanditario a administrar no le impide formar parte de la junta de socios y en ella votar⁶⁰”, 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

⁶⁰ Mantilla Molina, *Op. cit.*, p.281

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 crédito⁶¹”. 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 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 capitales⁶²”. 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

⁶¹ Brunetti, *Op. cit.*, p.717

⁶² *Idem.*

negociables, a la orden o al portador, pues sólo 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 sociales⁶³”*; 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 70⁶⁴”*, 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 ésta 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

⁶³ Barrera Graf, *Derecho Mercantil*, UNAM, 1º Edición, 1991, p. 85

⁶⁴ Mantilla Molina, *Op. cit.*, p.287

demás sociedades la razón social puede establecerse a partir del nombre de uno o más socios, y agregar las palabras “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 de este 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)⁶⁵”; 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 fantasía⁶⁶”. 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 las S.A., se limita únicamente al pago de sus acciones. Este aspecto, podría decirse que lo comparte con la sociedad de responsabilidad limitada. 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

⁶⁵ Barrera Graf, *Derecho Mercantil*, UNAM, 1º Edición, 1991, p.86.

⁶⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Op. cit.*, p. 2942.

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 incursionar 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...⁶⁷”*. 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

⁶⁷ Mantilla Molina, *Op. cit.*, p. 342

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 constituirlos, 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 desembolsada⁶⁸”. 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.

⁶⁸ Rodríguez, *Op. cit.*, p. 79

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 parte 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 mucho mayor estabilidad en este aspecto y se aprovecha mejor 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 social⁶⁹”*. 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

⁶⁹ Brunetti, *Tratado del Derecho de las Sociedades TOMO II*, p. 339

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 a que sin éste, 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 solidaria;

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, en 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 miembros⁷⁰”*, puesto que tal como lo expresa la legislación, su objeto es la adquisición de bienes para consumo de los socios. Y de acuerdo al 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 sea 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 al 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.

⁷⁰ Mantilla Molina, *Op. cit.*, p.310

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 asocien 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 local, 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 Secretaría 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 al 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 común⁷¹”*. 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 tipo⁷²”*, pues si bien de acuerdo a la forma de las 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 en relación a estos, que me parece adecuada para explicarlos de manera más sencilla:

⁷¹ Rodríguez, *Op. cit.*, p.44

⁷² Brunetti, *Op. cit.*, p. 240.

- **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 esta. 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 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 social⁷³”* 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 ultimo las bases para la liquidación de la misma.

6. Conclusiones

A lo largo del capítulo, se ha enfatizado la relevancia que las sociedades tienen para el mundo empresarial actual, analizándolas

⁷³ Rodríguez, *Op. cit.*, p. 50

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 embarcan 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 conlleve 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. Debido a 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.

7. Bibliografía

Barrera Graf, Jorge: *Derecho Mercantil*, UNAM, 1º Edición, 1991.

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.

Diccionario RAE: Real Academia Española (2017) Visto 20-03-2017 de <http://dle.rae.es/?id=YCB6UHV>

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

Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo P-Z*, Editorial Porrúa, México, 1992.

Mantilla Molina, Roberto: *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, 1990.

Rodríguez, Joaquín: *Derecho Mercantil Tomo I*, Editorial Porrúa, México, 1966.

Vivante César: *Derecho Mercantil*, Tribunal Superior de Justicia, 2003

IV

FRANQUICIAS

Sumario: 1. Introducción. 2. Un modelo de negocios exitoso. 3. Elementos básicos que determinan una franquicia. 4. Conceptos. 5. Ventajas y desventajas. 6. Quien adquiere una franquicia. 7. Franquicia en un marco jurídico. 8. Características de una franquicia. 9. Franquicia vs distribución. 10. Franquicia vs sucursal. 11. Franquicia vs licencia de uso de marca. 12. Contraprestaciones de una franquicia. 13. Conclusiones. 14. Bibliografía general.

1. 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.

2. Un modelo de negocios exitoso

“**Franquicia**”, según la revista “ENTREPRENEUR” es el modelo de negocios con un esquema que permite que el 95% de éstos 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 // Beneficio⁷⁴”.

“**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 responsabilidad⁷⁵”.

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.

⁷⁴ Diccionario Enciclopédico, *McGRAW-HILL*: Primera Edición, pág. 1258.

⁷⁵ *Ibid.*, pág. 678

3. 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.

2.- Know how transmissible

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 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 contrato 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, éste, 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 financiero 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 sólo 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 franquicia⁷⁶.

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,

⁷⁶ Arce Gargollo, *El contrato de Franquicia*, Ed. Themis, México 1994, pág. 61.

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 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 años⁷⁷”.

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.

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.

⁷⁷ Bermúdez González, *La Franquicia: elementos, relaciones y estrategias*, ESIC, Madrid 2002, pág. 215.

4. 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 licencia⁷⁸”.

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 a nivel mundial en los últimos años, esto debido a ciertos factores que

⁷⁸ Diccionario Enciclopédico, *McGRAW-HILL*: Primera Edición, pág. 824.

permiten su crecimiento y aceptación, sin embargo; es importante visualizar las ventajas y desventajas que una franquicia conlleva.

5. 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 personales⁷⁹.

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 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:

⁷⁹ Alcázar Enrique, (*franquicias*) Revista Entrepreneur, febrero 21, 2011., pp. 01-03.

6. 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 alta⁸⁰”.

“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 participa 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 gestión⁸¹”.

“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 de tipo publicitario. El conocimiento por parte del

⁸⁰ Costanzo Zaragoza, *Desarrollo de sistemas de franquicias México*: McGraw-Hill, 1997. Pág. 456.

⁸¹ *Idem*.

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 franquiciantes⁸²”.

“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 de carácter 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 surge por la prohibición de algunas franquicias a sus franquiciantes para

⁸² *Op.cit.*, pág. 457.

que inviertan en más centros franquiciantes. Esta situación le exige buscar inversiones fuera de estas marcas. Los factores de diversificación también son importantes⁸³”.

“El masterfranquiciante:

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 master franquicia.

El masterfranquiciatario, 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 necesarios⁸⁴”.

⁸³ *Ibid.*, pág. 458.

⁸⁴ *Idem.*

7. 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 negocio⁸⁵”.

Para lo cual, UNIDROIT; una organización intergubernamental independiente con sede en la Aldobrandini en Roma, “tiene como objetivo estudiar las necesidades y los métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado, particularmente el Derecho Comercial, entre Estados y grupos de Estados⁸⁶”.

Los principios de UNIDROIT, establecen que: “Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido⁸⁷”.

“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

⁸⁵ Hermida, *Marketing de concepto + franchising: Claves para armar un proyecto que le permita competir y crecer en su mercado*. Macchi, 1993, pág. 224.

⁸⁶ www.unesco.org. (Recuperado el día 27 del mes Junio del año 2017).

⁸⁷ Artículo 11 *Convenio de UNIDITROIT 1995*.

regulados por el ordenamiento legal del que se deriven, o que sean contratos en los que las partes determinen libremente su contenido⁸⁸”.

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 normativa⁸⁹”.

“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 contratan⁹⁰”.

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 qué, 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 que el

⁸⁸ Arce Gargollo, *Contratos Mercantiles Atípicos*. Ed. Porrúa, México 2001, pág. 127.

⁸⁹ *Op. cit.*, pág. 128.

⁹⁰ *Ibid.*, pág. 129.

modelo de franquicia puede confundirse con otros totalmente distintos.

8. Características de un contrato de franquicia

- 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 negocios⁹¹”.

9. 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

⁹¹ Arce Gargollo, *Op. cit.*, pág. 355.

plaza determinada y, como característica 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 plazas⁹²”*.

10. 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.

⁹² *Ibid.*, pág. 325.

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 casa principal⁹³”.

11. 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

⁹³ Nambo Amezcua, *Agencias y Sucursales*, Colección Publicaciones del Departamento de Contabilidad XXVII, 2005, pág. 13.

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 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 éstas, representan no sólo 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 logotipos 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 ésta 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 licenciario a ejercitar todos o algunos de los derechos que se deriven de la marca⁹⁴”.

Para concluir y como último dato referente a las franquicias y a su crecimiento, la Asociación Mexicana de Franquicias determina que una Franquicia es formato de negocio dirigido a la comercialización de bienes y servicios, según el cual, una persona física o moral (franquiciante), concede a otra (franquiciario), 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.

⁹⁴ Labariega Villanueva, “*Licencia de Uso de marca*”, recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/9055/11104>

12. 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, etc.

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, mientras 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, etc.
- 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.

13. Conclusiones

Como ya se ha mencionado con anterioridad, el éxito de un negocio de franquicia depende de un sinnúmero 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 que también se debe 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.

14. Bibliografía

Arce Gargollo, Javier: *El contrato de Franquicia*, Themis, México, 1994.

Arce Gargollo, Javier: *Contratos Mercantiles Atípicos*, Porrúa, México, 2001.

Bermúdez González, Guillermo J. *La Franquicia: elementos, relaciones y estrategias*, ESIC, Madrid 2002.

Costanzo Zaragoza, Juan: *Desarrollo de sistemas de franquicias*, McGraw-Hill, México, 1997.

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.

Diccionario Enciclopédico, *McGRAW-HILL*: Primera Edición, 2001.

Labariega Villanueva, Pedro Alfonso, *Licencia de Uso de marca*, recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho.privado/article/view/9055/11104>, el día 25 del mes de Junio del año 2017.

Portal Unesco, Recuperado de www.unesco.org, el día 27 del mes Junio del año 2017.

Artículo 11, *Convenio de UNEDITROIT*, 1995.

V

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 capítulo de nombre “El deber vs. La obligación”, encierra la problemática 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 ítalo-germana, 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 ítalo-germana 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 ítalo-germana); 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*⁹⁵.” 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.

⁹⁵ Pothier, *Tratado de las Obligaciones*, Tribunal Superior de Justicia, México 2003, p.7.

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, status u ocupación o por el hecho de ser miembros de ciertos grupos. La expectativa de conformidad con las costumbres⁹⁶”.

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

⁹⁶ *Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales, TOMO II*, Editorial Planeta-Agostini, España 1988, p. 626.

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: “*ob-ligatio*” que significa “*acción de atar*”⁹⁷. 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”⁹⁸.

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 él 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,

⁹⁷ *Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales, TOMO III*, Editorial Planeta-Agostini, España 1988, p. 1534.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 1535.

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**⁹⁹”.

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 a 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.

Supongamos que pasan dos semanas y un día y Pedro no ha entregado el libro a Juan. Del primero se observa un incumplimiento

⁹⁹ Larroumet, *Teoría General del Contrato Volumen I*, Editorial Temis, Colombia 1990, p.17

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*¹⁰⁰”. 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 forzosa¹⁰¹”.

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, en relación al cumplimiento de la misma. Esta es la distinción que se debe hacer entre un término y

¹⁰⁰ Planiol y Ripert, *Tratado elemental de derecho civil- Las Obligaciones TOMO IV*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991, p. 125.

¹⁰¹ *Idem*.

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 éste 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 ésta, y paralelamente constituye al vendedor en deudor de la cosa vendida y acreedor del*

*precio de ella*¹⁰²”. 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.

“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 acreedor¹⁰³”.

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*¹⁰⁴”. 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

¹⁰² Bejarano Sánchez, *Obligaciones Civiles*, Ed. Oxford, México 1999, p.7.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰⁴ Sanromán Aranda, *Derecho de las obligaciones*, McGraw-Hill, México 2002, p. 4.

el crear una relación jurídica entre los sujetos: deudor y acreedor, a través del acuerdo de voluntades en relación a la prestación (dar o hacer) u 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*¹⁰⁵”. 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 de tipo moral, psicológico, familiar, 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

¹⁰⁵ Martínez Alarcón, *Teoría General de las obligaciones*, Editorial Oxford, México 2000, p.3

determinan una indemnización o compensación para este aspecto, 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*¹⁰⁶”. Cuando esto sucede,

¹⁰⁶ Colin y Capitant, *Derecho Civil-Obligaciones Volumen 1*, Editorial Jurídica Universitaria, México 2002, p.2.

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 sinfín 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.

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*¹⁰⁷.” De acuerdo a 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 Bonnecase:

¹⁰⁷ Tapia Ramírez, *Introducción al Derecho Civil*, Editorial McGraw-Hill, México 2002, p.281.

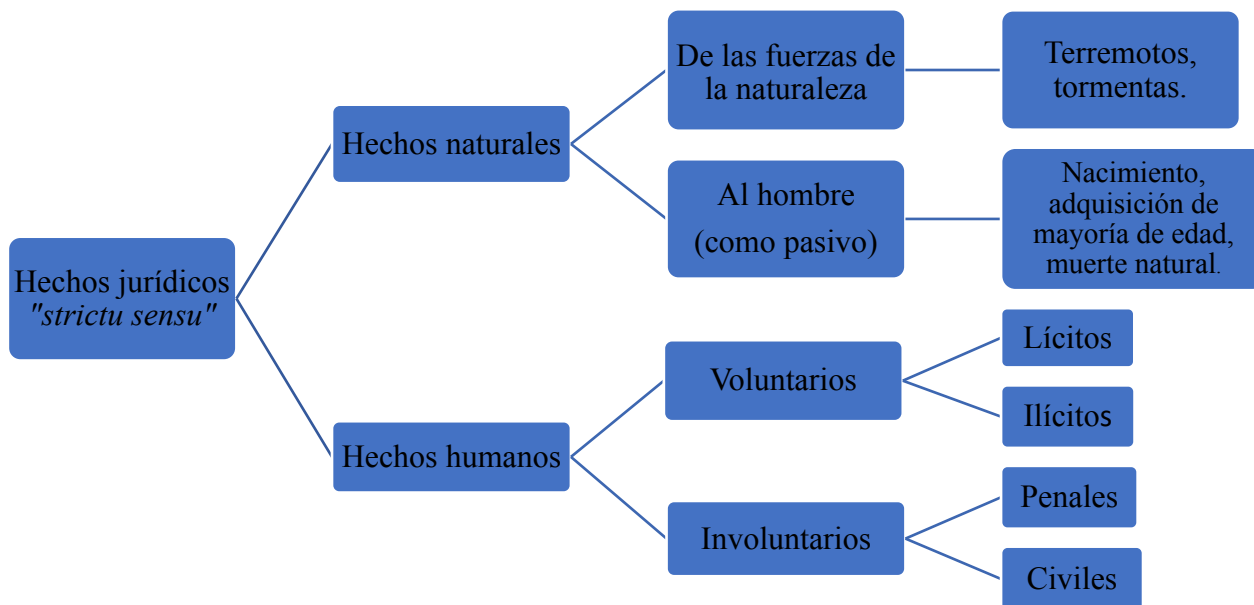
“Es un acontecimiento engendrado por la actividad humana o puramente material, tomado en consideración por el Derecho para derivar de él, en contra o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir una situación jurídica general y permanente o por el contrario, un efecto jurídico limitado¹⁰⁸.”

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 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:

¹⁰⁸ Baqueiro y Buenrostro, *Derecho Civil-Introducción y Personas*, Editorial Oxford, México 2000, p.45.

Fig. 5. Hechos jurídicos “strictu sensu”



Fuente: 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*¹⁰⁹”. Como sucede con el nacimiento, la adquisición de la mayoría de edad y la muerte natural, hechos que el

¹⁰⁹ Tapia Ramírez, *Op. cit.*, p.284.

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...¹¹⁰*”. 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

¹¹⁰ *Idem.*

contrario un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de Derecho¹¹¹”.

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*¹¹². Estos actos se pueden clasificar de acuerdo al 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 forzosamente 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

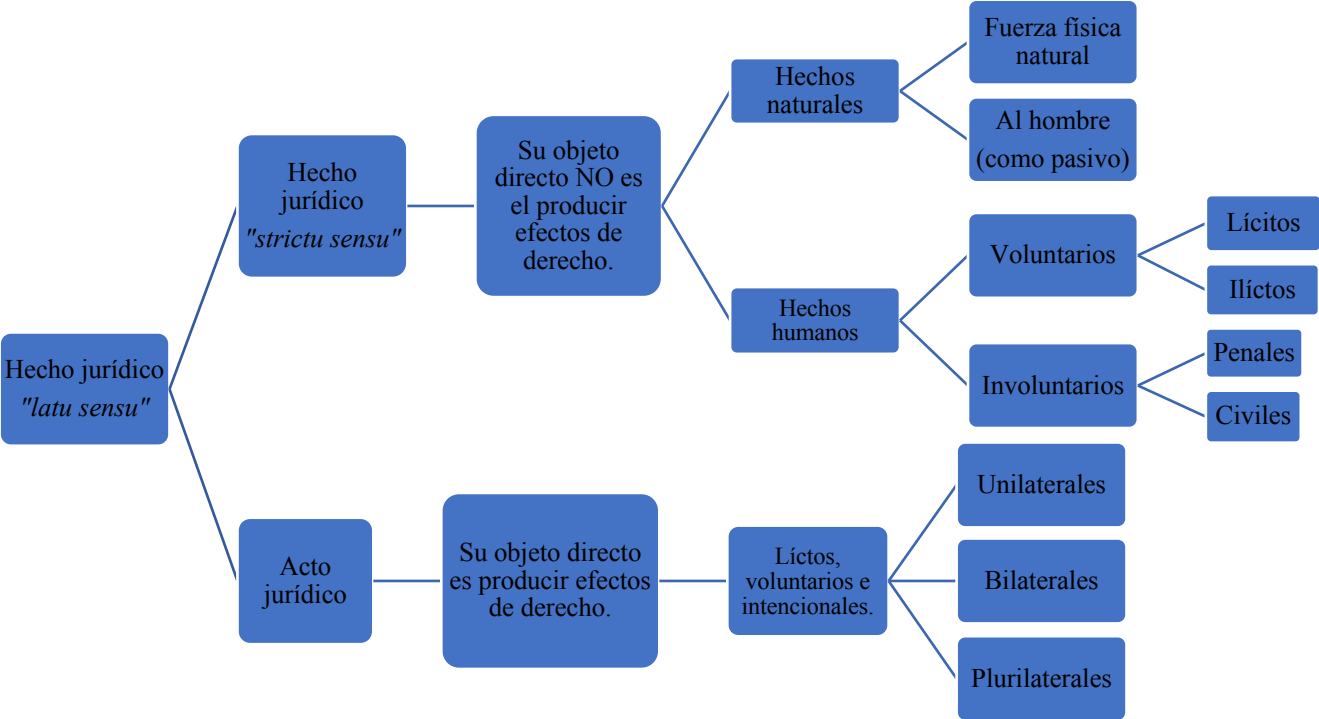
¹¹¹ Baqueiro y Buenrostro, *Op. cit.*, p 47.

¹¹² *Ibid.*, p.56.

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

Fig. 6. Teoría francesa sobre el hecho y acto jurídico.



Fuente: 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 y**

negocio jurídicos. El primer concepto, en sentido amplio “*es entendido por los alemanes como cualquier acontecimiento natural o humano que produce consecuencias de derecho*¹¹³”. Por consiguiente, se considera que todos los hechos sean voluntarios o involuntarios tienen efectos jurídicos.

Con relación a 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)*¹¹⁴”. 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 esta. 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 natural, o bien sea un hecho de la naturaleza o del hombre, pero sin la intervención de su voluntad*¹¹⁵”. 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.

¹¹³ Tapia Ramírez, *Op. cit.*, p.293.

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ Baqueiro y Buenrostro, *Op. cit.*, p.56

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 derecho¹¹⁶”*.

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 jurídicas¹¹⁷”*. 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 ítalo-germana son:

- En ellos debe existir la voluntad del sujeto.
- Toman en cuenta tanto la intención como la acción del sujeto.

¹¹⁶ Tapia Ramírez, *Op cit.*, p.292.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 290.

- 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*¹¹⁸”. 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:

- “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) ...¹¹⁹”.

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*

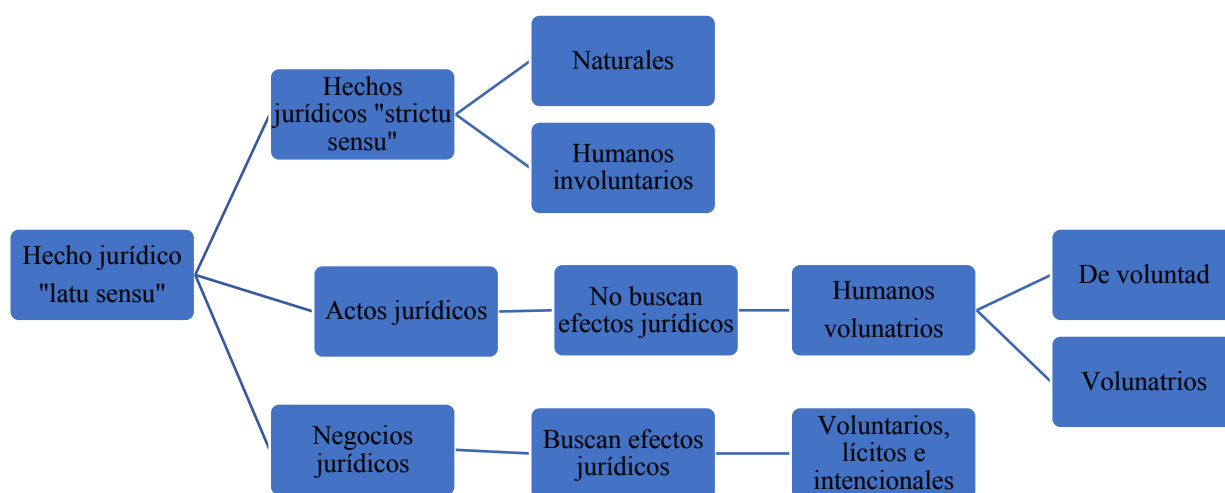
¹¹⁸ Ospina Fernández y Ospina Acosta, *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*, Editorial Temis, Colombia 1987, p. 18.

¹¹⁹ Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid 1985, p. 32.

*de reglamentar por sí mismos sus relaciones*¹²⁰”. 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 gráfico aborda las características principales de la teoría ítalo-germana.

Fig. 7. Teoría ítalo-germana o tripartita



Fuente: Elaboración propia.

¹²⁰ Von Tuhr, *Tratado de las obligaciones Tomo I*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2003, p.101.

4. Fuentes específicas

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 equidad¹²¹”.

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*¹²²”. 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

¹²¹ Pothier, *Op. cit.*, p. 11.

¹²² Colin y Capitant, *Op.cit.*, p. 83.

esta categoría; que incluye solo dos operaciones: “*la gestión de negocios y el pago de lo indebido*¹²³”.

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:

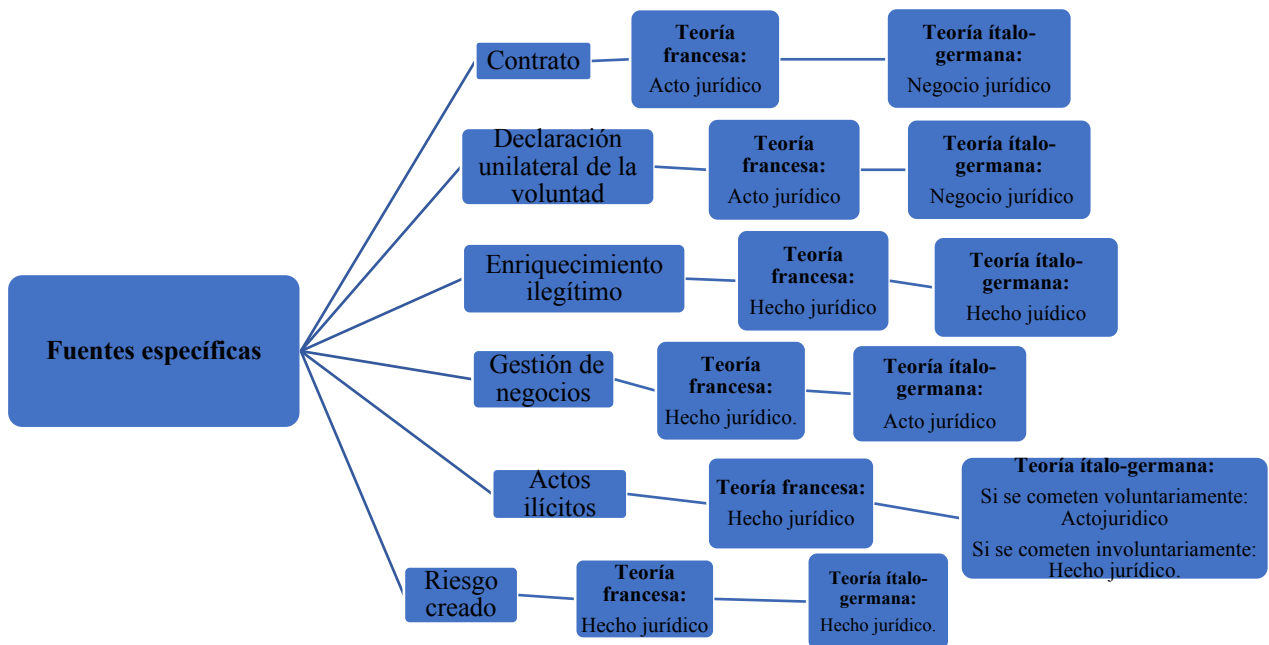
- “El contrato
- La declaración unilateral de la voluntad
- El enriquecimiento ilegítimo
- La gestión de negocios
- Los hechos ilícitos
- El riesgo creado¹²⁴”

¹²³ *Ibid.*, p.82.

¹²⁴ 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. 8. Fuentes específicas de acuerdo con las fuentes generales



Fuente: 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...¹²⁵”*.

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

¹²⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano* Tomo A-CH, Ed. Porrúa, México 1992, p. 691.

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 éstos 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 crédito¹²⁶”. En este sentido se habla de una autonomía que tiene la persona que

¹²⁶ Martínez Alarcón, *Op. cit.*, p. 84

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 a esta figura tan controversial en el área jurídica, que “surge en el derecho alemán moderno, que reconoce la emisión de títulos al portador, la promesa de recompensa y, como actos que constituyen derechos en favor de un tercero, la estipulación de beneficio¹²⁷”. 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 auto-exigían 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 auto-exigencia, pues en un principio no existe un acreedor o no está determinado; situación

¹²⁷ *Idem.*

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 mismo¹²⁸”, 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

¹²⁸ Rojina Villegas, *Derecho Civil Mexicano Tomo V, Volumen I*, Ed. Porrúa, México 1992, p. 426.

presentes en la cotidianidad. Por lo que, en el año 1928, el Código Civil Federal dispone a partir de su artículo 1860, lo relativo a las siguientes especies de declaración unilateral de la voluntad:

- ***Ofertas al público***

En esta categoría entran 3 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 desempeño 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 acreedor, 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 acto¹²⁹”. Lo que quiere decir que las partes contractuales convienen

¹²⁹ Bejarano Sánchez, *Op. cit.*, p. 144.

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 estipulación¹³⁰”.

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)...¹³¹”

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 manifestación o declaración unilateral de la voluntad, debido a la ausencia del beneficiario al momento de

¹³⁰ Sanromán Aranda, *Las fuentes de las obligaciones*, Editorial McGraw-Hill, México 1998, p. 62.

¹³¹ Sanromán Aranda, *Op cit.*, p.86.

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 endosante¹³²”*. 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.

¹³² Azúa Reyes, *Teoría General de las Obligaciones*, Ed. Porrúa, México 2000, p. 162.

De tal manera que, la **declaración unilateral de la voluntad** entra en la clasificación de **acto jurídico** de acuerdo a 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:

“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 declarante¹³³”.

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,

¹³³ Castro y Bravo, *Op. cit.*, p.50-51.

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*¹³⁴”, 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 con relación a 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.

¹³⁴ Bejarano Sánchez, *Op. cit.*, p. 153.

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.
- Que exista una relación directa entre el enriquecimiento y el empobrecimiento¹³⁵”.

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 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.

¹³⁵ Martínez Alarcón, *Op. cit.*, p.117.

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, sólo 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 produjeren.

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 tenía derecho a recibir y el que paga por error*¹³⁶”, surgiendo entonces el deber de la persona que recibió de

¹³⁶ Soto Álvarez, *Introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil*, Editorial Limusa, México 1994, p.118.

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 cuasi-contrato 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 alguna¹³⁷”.

¹³⁷ Pothier, *Op. cit.*, p.71.

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 alguno ni ostentar cargo que le obligue o faculte a ello¹³⁸”.

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.

¹³⁸ Martínez Alarcón, *Op. cit.*, p.102.

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 negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione (art. 1897).
- Tan pronto como sea posible, debe dar aviso 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 ventajas¹³⁹”* (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 principió (art. 1906). *“Por tanto deberá pagar todos los gastos, aunque no hubiere sido útil la gestión¹⁴⁰”*.

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.

¹³⁹ Bejarano Sánchez, *Op. cit.*, p. 166.

¹⁴⁰ *Idem.*

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 máxima¹⁴¹.

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 ítalo-germana 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

¹⁴¹ Cfr. Arts. 1897-1900 del Código Civil Federal.

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 inmediato en la ley*¹⁴²”. 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

¹⁴² Colin y Capitant, *Op. cit.*, p.83.

laboral. La legislación mexicana en el Código Civil Federal reglamenta esta figura en los siguientes artículos:

Artículo 1935.- Los patronos 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 patronos 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 patronos 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 patronos para con sus trabajadores. Puesto que en materia ya más específica existen otros ordenamientos que el Derecho Laboral, aborda sobre esta figura y la regula 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

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.

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.

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.

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.

6. Bibliografía

- 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.
- Bejarano Sánchez, Manuel: *Obligaciones Civiles*, Ed. Oxford, México 1999.
- Castro y Bravo, Federico: *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid 1985.
- Colin, Ambroise y Capitant, Henry: *Derecho Civil-Obligaciones Volumen I*, Editorial Jurídica Universitaria, México 2002.
- 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.
- Larroumet, Christian: *Teoría General del Contrato Volumen I*, Editorial Temis, Colombia 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.
- 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.
- Von Tuhr, Andreas: *Tratado de las obligaciones Tomo I*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2003.

VI

LA EMPRESA Y EL COMERCIO

Sumario: 1. Introducción. 2. El comercio. 3. Derecho Mercantil. 3.1. Actos de comercio. 3.2. El comerciante. 3.2.1. El comerciante individual. 3.2.2. El comerciante social. 3.3. Deberes del comerciante. 3.4. Auxiliares mercantiles. 3.4.1. Auxiliares dependientes o del comerciante. 3.4.2. Auxiliares independientes o del comercio. 4. Conclusión. 5. Bibliografía consultada.

1. Introducción

La principal misión de este capítulo es servir como una guía para los micro, pequeños, medianos y grandes empresarios; para que conozcan cómo su actividad profesional que es el comercio de servicios y productos, es interpretada por el área jurídica, a través del derecho mercantil.

En este sentido, se debe aclarar que tanto la empresa como el comercio son conceptos económicos que el derecho aborda, porque su desempeño tiene implicaciones sociales, políticas e incluso morales, no solo económicas. Por consecuencia, las empresas y el comercio son conceptos complejos y dinámicos, que abarcan una gran

amplitud de actividades y son abordados por diversas perspectivas, que no siempre coincidirán.

La legislación se dedica a regular ambos conceptos, más no definirlos. Esta difícil tarea le corresponde a la doctrina, que no siempre encontrara criterios uniformes para explicar las actividades comerciales y empresariales.

La empresa y el comercio están estrechamente relacionados, puesto que la primera realiza y explota al segundo. Es decir, la empresa es la actividad de organización de elementos de distinta índole; mientras que el comercio es la actividad que le permite generar ganancias, como efecto de dicha actividad de organización.

La empresa entonces, al componerse por factores y elementos diversos, por consiguiente, tendrá que auxiliarse, interpretarse y regularse por el derecho. De tal manera que, este artículo aborda el derecho mercantil, enfocándose en la empresa, el comercio, los comerciantes y sus deberes, y los auxiliares de comercio.

El primer apartado titulado: “El comercio”, tiene como objetivo que el lector identifique y conozca el concepto en el que se centra la mayor parte de la actividad empresarial y económica; que es el comercio. De tal manera que, pueda comprender y relacionar porque es una figura que toma el derecho para su regulación e interpretación.

Dicha cuestión se profundiza más en el apartado “Derecho Mercantil”, en el cual se contextualiza la evolución de esta rama del derecho a través de la historia. Se realiza un análisis de tres definiciones de derecho mercantil, para poder formular un concepto aterrizado a la práctica comercial actual, buscando abarcar todas las dimensiones de esta rama del derecho; identificando las principales figuras que aborda, las cuales son: el acto de comercio y los comerciantes.

Por lo que en el apartado “Actos de comercio”, se explica cómo esta figura es esencial para la legislación mercantil, y podría decirse que se considera la base de la misma; a pesar de que no existe una definición, concepto o criterio uniforme para distinguir a este tipo de actos. Así pues, nuestro Código de Comercio enumera como acto de comercio en el artículo 75, más no lo limita de acuerdo a la fracción XXV, que deja una apertura a la interpretación del legislador sobre estos actos. En este sentido, presento un breve y sencillo análisis de las fracciones de dicho artículo.

“El comerciante”, es un apartado que a su vez se divide en dos partes dedicadas a explicar jurídicamente al sujeto que practica el comercio, es decir el comerciante individual. Así como también, al comerciante social que es considerado sujeto de derecho mercantil por el simple hecho de constituirse de esta manera. Agregando también en este punto la temática de las sociedades extranjeras que

buscan practicar el comercio en nuestro país. Y además se puntualizan los requisitos y características que se requieren para adquirir la calidad de comerciante.

Por otra parte, la temática que se aborda en el apartado “Deberes del comerciante”, va encaminada a que el hecho de ser comerciante no implica solamente el comercio como profesión, sino que, al mismo tiempo dicha actividad implica deberes y cuestiones que cumplir, de acuerdo a las disposiciones de derecho mercantil.

En el apartado “Auxiliares mercantiles” se presenta un análisis de los aspectos que caracterizan a los auxiliares, tanto dependientes como independientes; sumando una explicación sencilla de cada uno de las figuras profesionales que incluye cada categoría.

En la parte final del presente capítulo, se añade un apartado de conclusión general, además de la bibliografía consultada; con la finalidad de dar crédito a los autores citados, el método aplicado es el deductivo y exegético en la investigación para la realización de este artículo.

2. El comercio

Como punto de partida, se requiere conocer la definición de comercio. Destacando en primer lugar que tiene varias acepciones y además puede ser analizado por diversos ámbitos. Así pues, la interpretación del mismo dependerá de la perspectiva empleada para ello.

Primeramente, presento la definición tomada del Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales, desde el punto de vista económico:

1. Aplicado a las relaciones económicas, el término comercio se refiere a las transacciones de cambio o trueque.
2. Cambio de mercancías o dinero equivalente; transacciones económicas dentro de un país (comercio interior) o con otros países (comercio exterior o internacional).¹⁴³

Las definiciones anteriores presentan una acepción muy general del comercio, y es que si se aborda de manera más específica no es suficiente hablar del **intercambio**, aunque si bien es un aspecto esencial del mismo. Profundizando más, se debe tomar por comercio cualquier **intermediación** que se da entre el productor y consumidor de bienes y servicios, que se orienta a la obtención de resultados con valor lucrativo. De esta manera, se pueden identificar los aspectos que caracterizan al comercio:

- a) Ser intermediación entre productores y consumidores;
- b) Ser intermediación a través del cambio (operación sinalagmática);
- c) El cambio debe ser habitual para que se asuma la función de profesionalidad, y
- d) Debe haber un fin de lucro.¹⁴⁴

En lo que respecta al inciso a), se está hablando de acercar al sujeto que produce un producto o servicio, es decir la industria; con

¹⁴³ *Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales, TOMO II*, Editorial Planeta-Agostini, España 1988, p. 444.

¹⁴⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo A-CH*, Ed. Porrúa, México 1992, p. 512.

el público al que están destinados. Hablando entonces del proceso de producción, distribución y venta. En tanto al inciso b), hace referencia a todas las operaciones en las que el aspecto monetario se encuentra involucrado. A eso se refiere la palabra “cambio”, al movimiento (podría decirse “de mano en mano”) que el dinero realiza a través de estas operaciones. En este sentido, el inciso c) menciona que dicho cambio debe darse de manera formal y repetida. Mientras que el inciso d), destaca y reafirma que el aspecto lucrativo es fundamental para el comercio.

Una vez entendido económicamente el comercio, es más sencillo aterrizarlo en el área jurídica de manera general:

En términos jurídicos el comercio no es sólo una intermediación lucrativa, sino también la actividad de las empresas, de la industria, de los títulos de crédito...¹⁴⁵

En esta afirmación se observa como ya se está involucrando las palabras industria y empresa, relacionadas con el comercio. Pues actualmente la empresa es el motor del comercio, y esto se ve reflejado en las economías nacionales. De ahí que la manera en como interviene el comercio generado por la actividad empresarial en la economía nacional, es lo que le corresponde interpretar al **derecho económico**.

¹⁴⁵ *Op. cit.*, p. 513.

Por otra parte, está el **derecho mercantil** que toma el concepto de comercio, perteneciente al mundo económico, que se encuentra relacionado con la circulación de riqueza; para vincularlo con la ciencia jurídica, puesto que indudablemente el comercio necesita de una relación social que lo ponga en marcha. Dicha relación se traduce a su vez en operaciones monetarias (que involucran a los títulos de crédito) y actividades comerciales; el objeto de regulación del derecho mercantil.

Y es que el concepto de comercio como tal en el derecho, se limita a lo que el legislador interpreta como tal. Entrando pues en una cuestión controversial con relación a lo que le compete a la rama del derecho mercantil.

3. Derecho Mercantil

Esta rama del derecho privado, ha tenido una evolución histórica bastante importante, originándose en Italia durante la Edad Media, con el motivo de solucionar la problemática que existía en relación a las transacciones de los entonces mercaderes, quienes no encontraban lugar en la rígida regulación del derecho romano. Inició restringiendo su aplicación al comerciante y su clientela; los primeros se inscribían a través de una matriculación en gremios y corporaciones; en este sentido se implicó una exclusividad o clasismo comercial, haciendo distinción entre quien practicaba el comercio, de quien no lo hacía.

Tales hechos, dan origen a los tribunales comerciales para la resolución de conflictos que surgían en la relación comerciante-cliente. Siendo pues como surgen los antecedentes de la creación de un nuevo derecho, orientado al comercio. A partir de entonces estuvo en constante evolución. Una vez desarrollado y consolidado, se independiza del derecho civil, surgiendo como una rama autónoma del derecho. Y es que se distingue de las demás ramas, debido a que las actividades que regula, relacionadas con la especulación comercial y la circulación de riqueza, no encajan en las demás áreas del derecho.

De modo que hoy en día, existe un sinnúmero de definiciones para el derecho mercantil, formuladas por diversos tratadistas. Además de cierta polémica respecto a las diversas interpretaciones que ha tenido a través de los años. Comenzando por una de las definiciones más clásicas que la doctrina aborda, la cual pertenece a Alfredo Rocco:

Conjunto de normas jurídicas reguladoras de relaciones entre particulares, nacidas de la industria comercial o relacionadas a esta, en cuanto a su disciplina jurídica y ejecución judicial.¹⁴⁶

Sobre la definición de Rocco, existe cierta controversia ya que los tratadistas de derecho critican que se expresa con vaguedad. Uno de ellos es Mantilla Molina quien profundiza más y se orienta a la interpretación de la legislación en materia mercantil, formulando la siguiente definición:

¹⁴⁶ Rocco, *Principios de Derecho Mercantil*, Tribunal Superior de Justicia, México 2006, p. 5.

Derecho Mercantil es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dadas a ciertos actos y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos.¹⁴⁷

Esta definición es mucho más específica, y aterriza en que más bien el concepto del derecho mercantil se enfoca en una descripción de los elementos que interpreta y regula. Ya que su contenido se reconoce de acuerdo a lo que la legislación mercantil establece, sobre las operaciones, sujetos e instituciones que intervienen en el comercio.

Sin embargo, considero que le falta algo a la definición de Mantilla Molina, puesto que el derecho mercantil no solo se reduce a los que ejercen la profesión del comercio, es decir, personas que realizan actos comerciales de manera repetida y formal; sino que está destinado a cualquiera que realice estos actos ocasionalmente, con o sin la calidad de profesionales del comercio. A lo cual propongo la definición de Soto Pérez:

El Derecho Mercantil es el sistema de normas jurídicas que rige las actividades profesionales de los comerciantes, los actos de comercio y la actuación de las personas que los realizan, aunque carezcan de la calidad mercantil.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Mantilla Molina, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México 1990, p.23.

¹⁴⁸ Soto Pérez, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, Editorial Esfinge, México 2006, p. 160.

En este sentido, se abre más el panorama de acción y aplicación del derecho mercantil que se refleja en nuestra legislación, como se verá más adelante.

Después del análisis de los antecedentes, así como de las definiciones, se puede establecer un concepto de derecho mercantil de la siguiente manera: el derecho mercantil es una rama que pertenece al derecho privado cuyo objetivo es la regulación de los actos relacionados con el comercio; los cuales se encuentran establecidos por la legislación. Identificando pues a los actos de comercio como punto de partida, se enfoca también en los sujetos que los realizan, que son los comerciantes, o las personas que intervienen en negocios comerciales. Estos últimos llevan a cabo ciertas actividades y operaciones económicas, que la legislación comercial aborda y regula. Tomando en cuenta que dichos actos, siempre tendrán una implicación pecuniaria, así como una relación con las actividades de intercambio, producción, industria, servicios e intermediación.

Sin embargo, también dichos actos mercantiles tienen implicaciones de otras áreas del derecho. Lo cual significa que en la práctica jurídica el derecho mercantil se auxilia del derecho civil, laboral, penal, internacional, entre otras. Es decir, existe una relación de interdependencia y auxilio entre estas áreas; dicho conocimiento es esencial al momento de buscar la solución a problemas, y también para prevenirlos.

De tal manera que se pueden identificar los principales componentes del derecho mercantil: los **actos de comercio** y los sujetos que intervienen en el comercio, es decir **los comerciantes**.

Así pues, la legislación mexicana en materia de comercio consiste en el Código de Comercio, así como otras disposiciones que lo derogan y complementan, entre ellas: “*la Ley General de Títulos de Crédito, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley General de Sociedades Cooperativas, la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, la Ley General de Instituciones de Fianzas, Ley General de Instituciones de Seguros, la Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos*”.¹⁴⁹

3.1. Actos de comercio

Propiamente no existe una definición para el acto de comercio, más bien la legislación solo se dedicó a establecer una enumeración, que ha llevado a la doctrina a realizar un análisis complejo de lo que se debe considerar como actos de comercio. Dicha tarea no ha sido sencilla, pues la enumeración mencionada no presenta un criterio específico que permita generar certidumbre o un criterio base para poder reconocer lo que es o no es un acto de comercio.

Esta situación se generó porque el comprender toda la dimensión del comercio en un concepto sintetizado y absoluto. Por

¹⁴⁹ Soto Pérez, *Op. cit.*, p. 160.

consecuencia, las disposiciones legales no buscaron hacer una sistematización uniforme, sino que optaron por la practicidad y de acuerdo a Vivante se enfocaron en reunir *“bajo el imperio de las leyes mercantiles, las instituciones que requieren formas sencillas, ejecuciones rigurosas, procedimientos rápidos y la publicidad que desde el principio habían dado los comerciantes a su industria”*.¹⁵⁰

Esta tendencia se refleja claramente en el artículo 75 del Código de Comercio mexicano, sobre el cual el tratadista Felipe de Jesús Tena opina lo siguiente:

El artículo 75 del Código de Comercio. He ahí la piedra angular de todo el edificio.¹⁵¹

Con toda razón, ya que el acto de comercio es el eje sobre el cual gira el objeto de regulación del derecho mercantil. De manera que, cito a continuación las 25 fracciones del artículo 75 del Código de Comercio, el cual reputa lo siguiente como acto de comercio, como una enumeración que describe y enuncia, más no limita dichos actos:

I.- Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;

II.- Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;

¹⁵⁰ Vivante, *Derecho Mercantil*, Tribunal Superior de Justicia, México 2003, p. 42.

¹⁵¹ Tena, *Derecho Mercantil Mexicano*, Ed. Porrúa, México 1974, p. 49.

- III.- Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;
- IV.- Los contratos relativos y obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio;
- 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 trasportes 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;
- XII.- Las operaciones de comisión mercantil;
- XIII.- Las operaciones de mediación de negocios mercantiles;
- XIV.- Las operaciones de bancos;
- XV.- Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior;
- XVI.- Los contratos de seguros de toda especie;
- XVII.- Los depósitos por causa de comercio;
- XVIII.- Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos;
- XIX.- Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;
- XX.- Los vales u otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;

XXI.- Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;

XXII.- Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;

XXIII.- La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo;

XXIV. Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;

XXV.- Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código. En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial.

Como primer punto de análisis referente a este artículo, aclaro que si bien se presenta una lista práctica de las actividades y operaciones que son consideradas como actos de comercio; esto no quiere decir que no se puedan presentar en la práctica ciertos actos que no se incluyen en esta disposición. A lo cual, toma efecto la fracción XXV, dejando cierta apertura que va más allá de la interpretación que hace el Código en relación a los actos de comercio.

En otro orden de ideas, conforme el derecho mercantil ha evolucionado, algunos tratadistas han realizado una variedad de clasificaciones de las fracciones del artículo 75, buscando encontrar un criterio de distinción y relación por grupos. Sin embargo, por fines prácticos, en este artículo se realizará un análisis de manera general de los actos de comercio.

Como primer punto, trataré la relación de **intercambio o compra-venta**; cuestión que puede causar confusión puesto que también es una figura que aborda el derecho civil. En este sentido, se deben tomar en cuenta dos aspectos básicos para distinguir si la naturaleza del acto es **civil** o **mercantil**, o incluso **mixto**. Los aspectos a tomar en cuenta son los siguientes:

- Los sujetos que intervienen en la compra-venta.
- La finalidad de la operación.

En relación a **los sujetos**, es necesario identificar si la relación se da entre personas que se dedican al comercio, es decir entre dos comerciantes; o en dado caso si la relación se da entre un comerciante y una persona civil, que sería el consumidor. *Si la compra-venta se da entre comerciantes, la naturaleza del acto es puramente comercial.* Por ejemplo, cuando una empresa compra maquinaria a otra.

Por otra parte, *si la compra-venta es entre un comerciante y un consumidor*, se toma en cuenta que la operación fue un **acto de comercio para la empresa vendedora**, sin embargo, si la **compra realizada por el consumidor** tiene intenciones personales (alimentación, necesidad, recreación, uso), se trata de un **acto civil** para ese sujeto. En este sentido, se está hablando de un **acto mixto**, en el que **para la parte vendedora el acto es comercial, pero para**

la parte compradora es civil. Atendiendo tanto a la **finalidad del acto**, como a los sujetos participantes.

Sin embargo, como se mencionaba anteriormente, existen criterios que la Suprema Corte de Justicia interpreta para la determinación de la naturaleza del acto, con el objetivo de conocer la materia de competencia del asunto, ya sea civil o mercantil. De tal manera que cito la siguiente tesis jurisprudencial atendiendo el mismo orden de ideas:

Décima Época Núm. de Registro: 2014073

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 41, abril de 2017, Tomo II Materia(s): Civil

Tesis: XXVII.3o. J/32 (10a.)

Página: 1488

JUICIO ORAL MERCANTIL. PROCEDE CUANDO SE RECLAMA LA ACCIÓN PERSONAL DE COBRO DERIVADA DE UN CONTRATO DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, AUN CUANDO AL DOCUMENTO BASE DE LA ACCIÓN SE ADJUNTA UN ESTADO DE CUENTA CERTIFICADO.

De la interpretación del artículo 1055 bis del Código de Comercio, se advierte que el titular de un crédito mercantil con garantía real puede optar por exigir el pago del adeudo a través de la vía ejecutiva mercantil, la especial, la ordinaria, la especial hipotecaria (civil) o la que corresponda de acuerdo con la legislación mercantil o civil. Así pues, cuando el documento base de la acción consista en un contrato de apertura de crédito simple con interés y que además goce de una garantía colateral hipotecaria, el hecho de que la parte actora ofrezca

adjunto al contrato base de la acción un estado de cuenta certificado por el contador público autorizado, los cuales, en su conjunto, pueden constituir un documento que tiene aparejada ejecución, no significa que no pueda reclamarse el pago del crédito en el juicio oral mercantil previsto en el artículo 1390 Bis del Código de Comercio, puesto que debe atenderse a la finalidad de la pretensión del accionante, esto es, si demanda prestaciones inherentes a la vía ejecutiva, como lo sería el embargo precautorio de bienes, ya que de no ser así, no es factible afirmar que se estará frente a un procedimiento especial y, por tanto, la vía oral mercantil resulta procedente.¹⁵²

De tal manera que se dará la interpretación correspondiente de acuerdo al criterio del legislador, basándose en la situación y las consecuencias que genera el acto y los actores que intervienen (quien demanda a quien).

Así pues, existen otras situaciones en las que el comprador, que podemos llamar **persona civil**, efectúa la compra de un producto con el fin de revenderlo; dicha cuestión deja de ser civil y **pasa a ser mercantil**, sin necesidad de que la lleve a cabo un comerciante. En otras palabras, en estos casos **se atiende a la intención de especular** o lucrar que conlleva el acto. De tal forma que, si se plantea en el ejemplo de las empresas, la intención de ambas es obtener un beneficio lucrativo a través de la operación de compra-venta. Una al adquirir la maquinaria a través del uso de la misma para su actividad

¹⁵² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 41, abril de 2017-Tomo II, Tesis: XXVII.3o. J/32 (10a.) Página: 1488.

empresarial, y la otra debido a la remuneración que obtiene de la venta.

La fracción II trata de la **compra-venta de inmuebles**, cuestión que antiguamente no se consideraba mercantil debido a la falta de circulación de este tipo de bienes. Sin embargo, de nuevo se atiende a la interpretación de la compra-venta como un acto mercantil, si se tiene la intención de realizar una especulación lucrativa con el bien comprado. Por ejemplo, si se adquiere una propiedad para uso habitacional el acto es civil. Pero si se adquiere para establecer un negocio, entonces el acto es mercantil; y deberá regirse bajo las disposiciones de esa materia.

Ahora bien, se observa en las fracciones V-XI que se consideran las diversas clases de **actividad empresarial** como acto de comercio, así como en la XII y XIII, se incluyen las **operaciones de comisión mercantil** y de **mediación de negocios mercantiles**. En dichas fracciones, si se puede identificar un criterio común que es que todas estas actividades tienen la misión de intermediación. En primer lugar, las empresas participan en los mercados para fungir como un medio entre el productor y consumidor, haciendo pues de esta su actividad generadora tanto de ingresos como de empleo.

Por lo tanto, aunque las **actividades que dichas empresas realizan**, no tengan un tinte mercantil, por ejemplo, las de construcción, lo que toma en cuenta el derecho es la intención final

de las mismas. La cual siempre está orientada al ofrecimiento de un producto o servicio al público, a cambio de una compensación lucrativa.

Sobre la **comisión mercantil**, el comisionista realiza una tarea encomendada por mandato del comitente, el cual le retribuirá una cantidad después de efectuada correctamente dicha actividad; misma que tendrá que ver con la gestión de algún negocio o encargo de naturaleza mercantil.

En la **mediación de negocios**, se trata de una intervención por parte de una persona o institución, entre dos o más comerciantes con el fin de realizar alguna operación que les convenga a todas las partes.

Por otra parte, en la fracción XIV, se hace mención de las **operaciones bancarias** como un acto de comercio. En este sentido, la legislación toma en cuenta a las instituciones bancarias como un sujeto relacionado con el comercio. Es decir que cualquier operación, en la que intervenga el banco, ya sea depósitos de ahorro, cuenta de cheques, de dinero o incluso títulos, se considera un acto de comercio.

Con relación a los **títulos de crédito**, en lo que respecta a su uso también los encontramos comprendidos entre las fracciones XXII y XXIII (**depósitos**), XIX (**cheques, letras de cambio**), XX (**títulos a al orden o al portador**) del artículo 75. El uso de estos, se considera un acto de comercio sin importar si la persona que realiza la operación de los mismos sea o no comerciante o banquero. De tal manera que la

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC), es la norma que rige de manera específica y rigurosa todo lo relacionado a los títulos de crédito. Además, se puede observar como de manera general en la fracción XXIV del artículo 75, **cualquier operación que dicha ley contiene** se considera un acto de comercio. En este sentido, la LGTOC complementa al Código de Comercio, en relación a los títulos de crédito.

Como **acto de comercio**, también se consideran todas las transacciones relacionadas al establecimiento comercial, **los seguros, mercancías, títulos sociales y los buques**; puesto que se denominan **cosas mercantiles**. De la misma manera, cualquier acción lícita que realiza el comerciante, como **la contratación de personal** (fr. XXII), y **las obligaciones** que estos tienen (fr. XXI) también son actos de comercio.

Igualmente conviene revisar el artículo 76 del Código de Comercio que establece lo siguiente:

Artículo 76.- No son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes: ni las reventas hechas por obreros, cuando ellas fueren consecuencia natural de la práctica de su oficio.

Por consiguiente, no se debe tomar en sentido estricto la afirmación de que todas las acciones de los comerciantes son actos de comercio. Ya que tal como lo menciona la disposición anterior, y como se puntualizó anteriormente sobre la compra-venta; la intención de la transacción debe tener un fin comercial o especulativo para considerarse de naturaleza mercantil.

3.2. El comerciante

Primeramente, es necesario aclarar que el comerciante no es el único sujeto del derecho mercantil. Cualquier persona que realice un acto de comercio es sujeto de derecho mercantil. De tal manera que es necesario hacer una distinción ente quien tiene la calidad de comerciante de quien no la tiene.

Cabe mencionar que la figura del comerciante, ha tenido una evolución histórica a través del desarrollo del derecho mercantil. Anteriormente, solo las personas que se dedicaban a comprar para vender (reventa), así como a transportar mercancías eran considerados comerciantes. Los artesanos, agricultores, pescadores y ganaderos; obtenían ganancias como consecuencia de su oficio y no se consideraban comerciantes. Más bien, quienes fungían como sus intermediarios, es decir las personas que compraban sus productos para ofrecerlos al público en los mercados se reconocían como comerciantes.

Conforme la sociedad, la economía y el derecho comercial fueron avanzando, se fueron añadiendo más actividades hasta consolidar lo que la legislación aborda en la actualidad. El tratadista Joaquín Rodríguez, comenta sobre este aspecto: *“hoy son comerciantes muchas personas que realizan actividades que nada tienen que ver con el concepto tradicional del comercio, como sucede con las*

actividades agrícolas, industriales o mineras...”¹⁵³ De la misma manera, hoy también se reconocen actos mercantiles que antiguamente su realización era exclusiva para el comerciante, pero que en la actualidad no siempre atribuyen la calidad de comerciante a la persona que los realiza.

A partir de esta contextualización, es posible aterrizar el concepto de comerciante desde la perspectiva de nuestro derecho. El Código de Comercio, es sumamente específico en la delimitación de esta figura, en el artículo 3°:

Artículo 3o.- Se reputan en derecho comerciantes:

- I.- Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;
- II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;
- III.- Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

De esta definición, se observa que la legislación reconoce a dos tipos de comerciantes: el **individual** y el **social**. Los primeros reciben esta clasificación debido a un **criterio material** que radica en que la realización de actos de comercio sea su actividad profesional. Mientras que, en tanto a los segundos, se atiende para su clasificación a un **criterio meramente formal**. Es decir, basta que una sociedad se constituya como mercantil, para ser considerado comerciante, sin poner especial atención a si el objeto social es el comercio o no.

¹⁵³ Rodríguez, *Op. cit.*, p. 35.

3.2.1. El comerciante individual

Existen ciertos requisitos y características, que una persona debe cumplir y tener para poder ser considerado comerciante por el derecho. El artículo 3 del Código de Comercio en la fracción I los establece, y son: **la capacidad legal** y **la ocupación ordinaria**. Ambos aspectos, tienen por objeto el generar certidumbre en la práctica comercial.

Sobre la **capacidad legal**, el artículo 5 del Código de Comercio establece: Toda persona que, según las leyes comunes, es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo.

En este sentido se está implicando la **capacidad de ejercicio**, que consiste en la facultad o aptitud del individuo para adquirir deberes y hacer ejercer sus derechos por su propia voluntad y nombre. Distinguiéndose de la **capacidad de goce**, que es la aptitud de poseer derechos y obligaciones que todo individuo tiene por el simple hecho de ser persona; adquirida desde la concepción y se extingue con la muerte.

En contraste, el derecho establece que esta capacidad de obrar o ejercer tiene limitaciones, las cuales se encuentran estipuladas por el derecho civil. A lo cual cito la siguiente afirmación de Vivante:

“Pueden ser física o jurídicamente incapaces, como un menor, un condenado a la interdicción civil, un niño, un ausente, pueden ejercer el comercio por medio de su legítimo representante, como el padre, tutor, el curador”.¹⁵⁴

Para identificar mejor este aspecto se acude al artículo 450 del Código Civil Federal, el cual plantea que son personas incapaces: los menores de edad (no emancipados art. 643), y los mayores de edad que no se encuentren en pleno uso de sus facultades, ya sea por una cuestión de salud física o psicológica, o por la influencia o dependencia a sustancias tóxicas.

De esta forma, la legislación es preventiva en lo que respecta a la delimitación de la figura del comerciante; puesto que el comercio tiene implicaciones tanto económicas como sociales. Lo cual significa que se requiere certidumbre y veracidad en la práctica del mismo. Por otra parte el comercio implica riesgos, del tipo patrimonial o económico e inclusive jurídico. Pues cuando no se acatan las condiciones que el derecho establece para la realización de la actividad comercial, existirán consecuencias.

De tal manera que la ley considera que un menor de edad o una persona que se encuentra limitada en sus capacidades o bajo la influencia de ciertas sustancias, no podrán llevar a cabo de manera

¹⁵⁴ Vivante, *Op. cit.*, p. 54.

efectiva ni correcta el comercio por sí mismos; podrán decirlo a través de sus representantes o tutores legales de acuerdo a las disposiciones civiles. Es decir, estos sujetos no tienen capacidad de ejercer el comercio, pero sí de gozar del mismo.

Además de las personas que carecen de capacidad natural y jurídica, el Código de Comercio establece que los siguientes sujetos **no pueden dedicarse al comercio**:

Artículo 12.- No pueden ejercer el comercio:

I.- Los corredores;

II.- Los quebrados que no hayan sido rehabilitados;

III.- Los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión.

Los **corredores**, mencionados en la primera fracción son expertos de comercio, se dedican a realizar peritajes, evaluaciones y asesorías en materia mercantil y son considerados auxiliares de los comerciantes. Por lo que su actividad profesional, los limita a solo asesorar e intervenir como mediador en la realización de actos de comercio. Así pues, en tanto a las dos siguientes fracciones, se vuelve a acudir a la garantía de certidumbre y veracidad que debe existir en la práctica comercial; ya que un **quebrado** no tiene los medios económicos necesarios para efectuar negocios comerciales, limitando su capacidad de adquirir obligaciones. De la misma manera, se establece que los sujetos de la tercera fracción, **los sentenciados o**

condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo la falsedad, el peculado el cohecho y la concusión: no pueden ejercer el comercio.

Por otra parte, la segunda característica para considerarse comerciante, puntualizada por el Código de Comercio en el artículo 3° fracción I, es la **ocupación ordinaria**. Dicho aspecto, implica lo siguiente: *“Significa realizar actos de comercio de un modo reiterado, repetido, convirtiendo la actividad mercantil en una actividad profesional”*.¹⁵⁵ Este punto es clave, para determinar la calidad de comerciante; pues la formalidad y habitualidad con la que se realiza la actividad comercial no solo genera certidumbre al consumidor, sino también al legislador. Por lo que, si una persona realiza actos de comercio ocasionalmente, **por ningún motivo se le reconocerá como comerciante**. Sin embargo, dichos actos conservan la naturaleza mercantil y se regirán por las disposiciones de la misma naturaleza. Al respecto, Rocco argumenta lo siguiente:

La persona natural que llega a ser sujeto de una relación jurídico-mercantil, queda sometida a este Derecho en todo lo referente al régimen jurídico de dicha relación”.¹⁵⁶

Esta cuestión también se encuentra establecida en el siguiente artículo del Código de Comercio:

¹⁵⁵ Rodríguez, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México 1966, p. 38.

¹⁵⁶ Rocco, *Op. cit.*, p. 220.

Artículo 4o.- Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles. Por tanto, los labradores y fabricantes, y en general todos los que tienen planteados almacén o tienda en alguna población para el expendio de los frutos de su finca, o de los productos ya elaborados de su industria, o trabajo, sin hacerles alteración al expenderlos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas.

Este artículo, delimita claramente la posibilidad que tiene una persona civil, sin ser comerciante puede realizar actos de naturaleza mercantil, puesto que la enumeración que realiza el artículo 75 incluye acciones y operaciones que anteriormente el derecho mercantil consideraba exclusivas para los comerciantes, pero que hoy en día su realización es necesaria también para los no comerciantes. Por ejemplo, las operaciones bancarias.

Así mismo, el artículo 4 establece que el simple hecho de contar con un almacén para mercancías, vuelve a su propietario un comerciante. Atendiendo lo que se mencionaba anteriormente sobre las cosas mercantiles, como lo son las mercancías.

3.2.2. El comerciante social

El artículo 3° del Código de Comercio, reconoce dos tipos de **comerciantes sociales** en las fracciones II y III: **las constituidas conforme a las leyes mercantiles, y las sociedades extranjeras o**

sus agencias y/o sucursales que ejerzan el comercio en territorio nacional.

Las leyes mercantiles referidas en la fracción II son: la Ley General de Sociedades Mercantiles y la Ley de Sociedades Cooperativas. La primera reconoce de carácter mercantil los siguientes siete tipos de sociedades:

- Sociedad en nombre colectivo.
- Sociedad en comandita simple.
- Sociedad de responsabilidad limitada.
- Sociedad anónima.
- Sociedad en comandita por acciones.
- Sociedad cooperativa.
- Sociedad por acciones simplificada.

Todas nacen a través de un contrato que es mayormente conocido como acta constitutiva, el cual da origen a una nueva personalidad jurídica (**persona moral**); que requiere ser regulada por el derecho de manera específica. Puesto que la sociedad consiste en la unión de varios sujetos, que aportan capital, recursos y esfuerzos, unificándolos en un solo patrimonio con el objetivo de la consecución de un fin común, que en la mayoría de los casos es comercial o especulativo. Este hecho, conlleva implicaciones de regulación

jurídica, en tanto a la constitución de la sociedad, su funcionamiento, patrimonio, administración, participación en utilidades y pérdidas; cuestiones que incluye la Ley General de Sociedades Mercantiles. El artículo 4° de dicha ley menciona lo siguiente: *Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo 1° de esta Ley*, implicando el **criterio formal**, el cual establece que el simple hecho de constituirse como alguna de las siete formas mencionadas previamente les da la cualidad de mercantiles, independientemente si su finalidad es o no es comercial.

Por otra parte, cabe destacar que el modelo de **comerciante social** es el que utilizan las grandes empresas, pues originan mayor crecimiento y desarrollo al contar con la participación de varios sujetos persiguiendo una misma finalidad; y además permite financiar ideas de negocio de los emprendedores.

De tal manera que la elección del tipo de sociedad dependerá de los objetivos que los socios busquen alcanzar, de la idea de negocio, productos o servicios a ofrecer, así como la situación económica de cada una de las partes sociales.

Con relación a las **sociedades extranjeras** mencionadas en la tercera fracción del artículo 3° del Código de Comercio, puntualizo que nuestro país permite que estas sociedades e incluso personas físicas extranjeras (art. 13 C. Co.) practiquen el comercio dentro del

territorio mexicano y por lo tanto considerarse comerciantes. Claro, quedando sujetos a las reglas establecidas por la legislación mexicana tal y como lo establecen los siguientes artículos también del Código de Comercio:

Artículo 14.- Los extranjeros comerciantes, en todos los actos de comercio en que intervengan, se sujetarán a este Código y demás leyes del país.

Artículo 15.- Las Sociedades legalmente constituidas en el extranjero que se establezcan en la República, o tengan en ella alguna agencia o sucursal, podrán ejercer el comercio, sujetándose a las prescripciones especiales de este Código en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio nacional, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la Nación. En lo que se refiera a su capacidad para contratar, se sujetarán a las disposiciones del artículo correspondiente del título de Sociedades extranjeras.

Además, el artículo 250 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, reconoce personalidad jurídica a las sociedades legalmente constituidas en su país de origen, lo cual les da la autorización de realizar actos comerciales y establecer ya sea una agencia o sucursal en nuestro país. Sin embargo, para efectuar el establecimiento en México, las sociedades extranjeras deberán cumplir con una serie de formalidades como: comprobar su constitución legal en el país del que provienen, ejercer el comercio de forma permanente y profesional, inscribirse en el Registro Público de Comercio (art. 24 C. Co.), obtener la autorización de la Secretaría de Economía y sujetarse a la legislación mexicana en materia comercial.

3.3 Deberes del comerciante

Tener la calidad de comerciante no solo implica el derecho a ejercer el comercio como actividad profesional, a la par se adquieren deberes que cumplir, los cuales están establecidos de manera general en el artículo 16 del Código de Comercio, en las siguientes fracciones:

- I.- A la publicación, por medio de la prensa, de la calidad mercantil con sus circunstancias esenciales, y, en su oportunidad, de las modificaciones que se adopten;
- II.- A la inscripción en el Registro público de comercio, de los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios;
- III.- A mantener un sistema de Contabilidad conforme al artículo 33.
- IV.- A la conservación de la correspondencia que tenga relación con el giro del comerciante.

La primera fracción, trata de **la calidad mercantil** que básicamente consiste en mantener pública cierta información de interés sobre el negocio con el fin de mantener al tanto a los demás sobre el manejo y cambios del mismo. Más específicamente, el artículo 17 del Código de Comercio establece que el comerciante debe **dar a conocer o comunicar a través de los diversos medios de comunicación o publicidad**, aspectos como: el nombre del negocio, su razón social o denominación, sus marcas, objeto y finalidad, los productos o servicios que maneja, el domicilio de su establecimiento, sucursales y cualquier cambio que se realice a dichos aspectos.

Conforme al deber del comerciante de publicitar la información sobre su negocio, Mantilla Molina comenta: *“La obligación legal de publicidad, característica del sistema mexicano, tiene gran interés para terceros”*,¹⁵⁷ refiriéndose a los consumidores e interesados en realizar negocios con la empresa, firma o comercio. *“A tal efecto, es insuficiente el Registro Público de Comercio, ya que no es posible estar consultándolo para conocer los cambios que en él se inscriban, y que podrían llegar al público a través de un adecuado sistema de publicidad”*,¹⁵⁸. En este sentido, concuerdo con el tratadista puesto que los medios de comunicación hacen mucho más efectivo y sencillo el proceso de publicidad e incluso permiten que sea más atractivo para el público interesado.

En cuanto a **la inscripción Registro Público de Comercio** del que se habla en la fracción II, se involucra mayor formalidad y veracidad en cuanto al objetivo de hacer de conocimiento público la situación jurídica, económica y comercial del negocio. Los artículos 18 al 32 del Código de Comercio, detallan lo referente a los requisitos de inscripción y todo su proceso.

También es un deber del comerciante el **llevar un sistema de contabilidad**, de acuerdo a la tercera fracción del artículo previamente citado. Por una parte, para que el comerciante pueda

¹⁵⁷ Mantilla Molina, *Op. cit.*, p. 136.

¹⁵⁸ *Idem.*

conocer la situación económica de su negocio (pagos, créditos, deudas, vencimientos, costos, utilidades, perdidas), y darse cuenta si existe una imposibilidad para continuar con su negocio. Este aspecto económico- administrativo lo toma el derecho para el auxilio en la garantía de certidumbre económica que requiere el comercio, así pues se toma en cuenta para la parte fiscal (impuestos) e incluso laboral (salarios y prestaciones), ya que la cuestión del flujo de dinero es ordenada por la ciencia contable. Este aspecto del sistema de contabilidad es abordado de manera más puntual, a partir del artículo 33 al 46.

Por último, la cuarta fracción establece que el comerciante deberá **guardar su correspondencia**. Cuestión sobre la cual Soto Pérez opina lo siguiente: *“El objeto de imponer a los comerciantes esta obligación es el de contar con un medio probatorio de existencia de los contratos mercantiles”*.¹⁵⁹ En otras palabras, se busca una manera de probar tanto la existencia como el funcionamiento del negocio, atendiendo a principios de veracidad y formalidad.

3.4. Auxiliares mercantiles

La actividad comercial implica distintas facetas y actividades, cuya realización a cargo de una sola persona es algo abrumador y prácticamente imposible. Por lo tanto, el comerciante requiere acudir

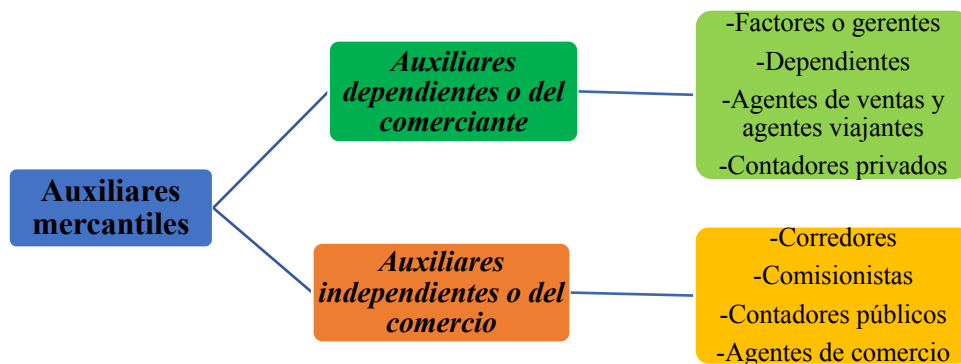
¹⁵⁹ Soto Pérez, *Op. cit.*, p. 163.

al auxilio de diversos sujetos para la comisión de estas tareas; por practicidad, eficacia, y mejor rendimiento no solo en tiempo, sino también en dinero. Dichos sujetos se conocen como **auxiliares mercantiles**, definiéndose de la siguiente manera:

Son auxiliares mercantiles las personas que ejercen una actividad con el propósito de realizar negocios comerciales ajenos o facilitar su conclusión.¹⁶⁰

Esta definición, presenta al auxiliar mercantil de manera general. Sin embargo, esta figura se subdivide en dos grupos, como se observa en el siguiente diagrama:

Fig. 9 Auxiliares Mercantiles



Fuente: Elaboración propia.

¹⁶⁰ Mantilla Molina, *Op. cit.*, p. 161.

En este sentido, se debe ser muy preciso y puntual al describir las características de ambas figuras auxiliares, ya que en la práctica comercial jurídica este conocimiento llega a ser muy útil, al momento de contratar auxiliares ya sea dependientes o independientes; y al momento de enfrentar demandas relacionadas con ellos.

Partiendo con los **auxiliares dependientes o auxiliares del comerciante**, son aquellas personas que tienen una relación permanente y exclusiva de subordinación y dependencia con un comerciante, a quien se le puede denominar principal o patrón. Es decir, su actividad profesional es realizar actividades del negocio de quien los contrata. La exclusividad y la subordinación, son las características principales de este tipo de auxiliares; y se encuentran traducidas en un contrato laboral que celebran con el patrón contratante.

Sin embargo, en este sentido se debe aclarar que el derecho mercantil no aborda el área laboral, si no que se limita a interpretar a los sujetos que fungen como auxiliares del comerciante y que realizan actos de comercio en su nombre, como su profesión ordinaria.

En tanto a los **auxiliares independientes o del comercio**, se deben precisar los aspectos fundamentales de la independencia y autonomía que los caracteriza. Siendo estos, personas cuyo trabajo es llevar a cabo asuntos, negocios, tareas o encomiendas de los comerciantes que los contraten para ello. Sin embargo, no se

encuentran subordinados a un patrón, y tampoco son exclusivos, lo cual significa dos cosas:

- Son libres para disponer de su tiempo.
- Pueden ser contratados por quien lo solicite, pudiendo manejar negocios de varios clientes.

Por consecuencia, deberán contar con recursos, instrumentos, establecimiento y personal propios; y los actos de comercio que realicen en nombre de la empresa o comerciante para quien laboran, deberán efectuarse en el establecimiento del auxiliar, con sus propios medios.

Los auxiliares independientes pueden ser contratados a través de una diversidad de contratos, como el de prestación de servicios, o el contrato de comisión mercantil. No obstante, independientemente de la forma del contrato, además de determinar rigurosamente la actividad que desempeñará en favor de la empresa que lo contrata; es de suma importancia establecer que el auxiliar debe probar su independencia. Es decir, demostrar que maneja asuntos de otras firmas; puesto que, si tiene solo un cliente, es entonces dependiente.

Esta cuestión, puede originar cuestiones negativas para la parte contratante. En primer lugar, porque la razón principal de las empresas para contratar auxiliares independientes, es evitar lidiar con asuntos y conflictos laborales y reducir los gastos que generan los

dependientes. En segundo lugar, el auxiliar podría actuar con dolo, y demandar a la empresa, alegando que es dependiente de la misma, porque es su único cliente; lo cual genera problemas legales a la firma.

Ahora bien, es posible describir en sentido estricto, las figuras que se consideran auxiliares mercantiles, dentro de ambas clasificaciones: dependientes e independientes.

3.4.1. Auxiliares dependientes o auxiliares del comerciante

Factores

Comúnmente se conocen como gerentes, administradores, directores generales, entre otros términos utilizados en la práctica comercial. Son aquellos que quedan encargados de la dirección y operación ya sea de manera general de algún negocio o empresa, de o incluso de alguna sucursal o territorio.

Por otra parte, son definidos en el artículo 309 del Código de Comercio en el primer párrafo: *Se reputarán factores los que tengan la dirección de alguna empresa o establecimiento fabril o comercial, o estén autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, por cuenta y en nombre de los propietarios de los mismos.*

Entre las características de los factores, además de la subordinación y exclusividad, se distingue una amplitud de poder. Es

decir que estas personas, gracias a la autorización del patrón tienen facultades de dirección, contratación y acción en nombre del patrón para los fines de su negocio. Por lo que entonces, el Código de Comercio establece en el artículo 310 que el patrón deberá otorgar por escrito una autorización para poder considerarse factor. Y este último, podrá actuar y quedar obligado por su propio nombre, así como también podrá hacerlo en nombre de su patrón (art. 311). Así pues, quedan regulado su desempeño, a partir del art. 311 al 320 del mismo Código.

Dependientes

En este sentido se habla de la figura del auxiliar dependiente en un sentido estricto, la cual es definida en el segundo párrafo del art. 309 del Código de Comercio: *Se reputarán dependientes los que desempeñen constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta del propietario de éste.*

Por lo tanto, podemos destacar que la legislación no es muy precisa al delimitar al dependiente. No obstante, el mismo Código de Comercio aborda dos tipos de dependiente: el de ventas (art.322) y el viajante (art.323).

Tanto el **agente de ventas**, como el **agente viajante** tienen como misión de gestionar el acercamiento los productos o servicios del comerciante con el consumidor o cliente, generando la operación de

intercambio que es característica del comercio, de la cual se obtienen los beneficios lucrativos. El primero dentro del establecimiento del negocio, y el segundo dentro de un área o territorio específico.

3.4.2. Auxiliares independientes o del comercio

Corredores

Anteriormente su función principal era la vinculación entre personas interesadas en celebrar un contrato. Buscaban pues, entre sus relaciones sujetos con oportunidad de realizar algún negocio.

Hoy en día, su campo de acción se ha ampliado, pues los corredores son personas empapadas en el comercio, contando con la capacidad para asesorar y perfeccionar negocios jurídicos. Es decir, fungen como mediadores, asesores, peritos, fedatarios y árbitros mercantiles. Pero para desempeñar dichas actividades, son necesarios ciertos requisitos estipulados por la Ley Federal de Correduría Pública (la cual tiene por objeto regular la función del corredor público, según el artículo 1° de dicha ley), entre ellos: ser mexicano, tener plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos, contar con la licenciatura en derecho, no haber sido condenado ni si quiera por delitos menores y aprobar un par de exámenes que evalúa la Secretaría de Economía (art. 8, Ley Federal de Correduría Pública). Esta última, también se dedica a reglamentar la actuación y vigilar el desempeño adecuado de los corredores, así como imponerles sanciones.

Comisionistas

El artículo 273 del Código de Comercio: El mandato aplicado a actos concretos de comercio, se reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere comisión mercantil y comisionista el que la desempeña. Entonces esta relación se origina entre dos sujetos: el patrón del negocio o comerciante, que es considerado el **comitente**; y el **comisionista** que se dedica profesionalmente a la realización de tareas o encomiendas en favor del comerciante que lo contrata.

En este sentido la comisión se distingue por el mandato realizado por el comitente que puede ser verbal o escrito, y libremente aceptado o rechazado por el comisionista, puesto que al ser un auxiliar independiente es autónomo y carece de exclusividad.

Agentes de comercio

El agente de comercio es: “la persona física o moral que de modo independiente, se encarga de fomentar los negocios de uno o varios comerciantes”.¹⁶¹ Esta definición, presenta al agente de comercio de manera muy general. Aunque es efectiva al no ser muy específica en tanto a la actividad que realiza, porque este tipo de auxiliar independiente es una figura que puede abarcar una infinidad de funciones, encaminadas a ciertas áreas que los empresarios y

¹⁶¹ Mantilla Molina, *Op. cit.*, p. 167.

comerciantes prefieren delegar a un externo. Por lo que, de manera más puntual, el agente de comercio “se encarga de manera permanente de promover, negociar, concentrar las operaciones en nombre y por cuenta de varias empresas, mediante una retribución y en una zona determinadas¹⁶²”.

Así pues, la actividad profesional de estos va encaminada a la representación y celebración de actos relacionados a una empresa o comerciante, siempre de acuerdo a los aspectos característicos del auxiliar del comerciante.

Contadores públicos

Es necesaria la intervención del contador en el comercio para conocer la situación financiera de la empresa, y además funge como auxilio en el cumplimiento del deber del comerciante de llevar la contabilidad de su negocio, de acuerdo con la tercera fracción del artículo 16 del Código de Comercio.

De tal manera que, el contador público es aquel sujeto que presta sus servicios profesionales a diversos comerciantes. Mientras que, el **contador privado** es exclusivo porque lleva la contabilidad de un

¹⁶² Consejo General de Colegios de Agentes de Comerciales de España (CGAC), *¿Qué es un agente comercial?*, visto de: <http://ventanillaunica.cgac.es/Paginas/Ficha.aspx?IdMenu=4cc2f6c2-2509-433f-8aa2-5646990dad7c>

solo cliente. Por lo tanto, es **dependiente** de la empresa o comerciante que lo contrata.

4. Conclusión

El comercio en la economía es concebido como generador de riqueza a través de actividades de intercambio e intermediación. Mientras que, en el derecho, existe un enfoque mayor hacia la regulación de las relaciones, operaciones y actividades que implica; con la intención de regular todo lo anterior, para incentivar que esta práctica se lleve a cabo de manera justa y ordenada.

De tal forma que el derecho mercantil, asume la tarea de abordar el comercio como objeto de intervención jurídica. A través de una legislación, que no se presenta de forma rígida ni limitante; más bien se ajusta y atiende a la practicidad y flexibilidad que implica el comercio. En este sentido, se implica el auxilio de otras ramas del derecho, como el laboral para los trabajadores dependientes; el civil para la determinación de la capacidad de ejercicio, entre muchas otras situaciones en las que se requiere recurrir a otras áreas para la solución o prevención de conflictos que tienen que ver con el comercio. Por lo tanto, se debe entender que la ciencia jurídica no es rígida ni limitante en este sentido, si no que se basa en una relación de interdependencia.

Por lo que, en este artículo, me limite a explicar los aspectos y criterios que considero son fundamentales del derecho mercantil.

Partiendo de la evolución que esta rama ha tenido a través de la historia, buscando interpretar y abordar la actividad del comerciante exclusivamente. Pero hoy en día, el derecho mercantil no es exclusivo de las personas que se dedican a la actividad comercial. Cualquiera que realice un acto que se encuentre considerado en las fracciones del artículo 75 del Código de Comercio, quedará sujeto a las disposiciones mercantiles, pero sin ser comerciante.

Por otra parte, es de vital importancia conocer los criterios para distinguir la naturaleza de los actos, si son civiles, mercantiles o mixtos; puesto que en la práctica cotidiana se pueden dar situaciones que llegan a generar cierto desconcierto en este aspecto. En este sentido, se debe atender a los sujetos que participan, es decir los actores que intervienen en el acto, además de acatar a la finalidad del acto. Como se veía en el ejemplo de la compra-venta, un acto de intercambio que a simple vista parece civil. Sin embargo, dicha interpretación puede cambiar si las partes que intervienen son comerciantes y si su finalidad es especulativa y encaminada a hacer negocios; adquiriendo pues la naturaleza mercantil. Además de estos criterios de distinción, nuestra legislación comercial deja cierta apertura a lo que el órgano o arbitro de justicia interprete en tanto a la naturaleza de los actos y la materia en la cual procederá.

Se habla que en la actualidad, la realización de actos de comercio no es exclusiva. Sin embargo, se sigue haciendo una distinción entre

los sujetos que son capaces legalmente para ejercer y que hacen del comercio su actividad profesional; aspectos que los califican como comerciantes. Concretamente nuestro Código de Comercio reconoce como comerciantes a las siguientes tres figuras: el individual, el social y al extranjero. El primero, se considera de esta manera porque practica actividades comerciales de manera ordinaria y formal. Mientras que tanto el comerciante social como el extranjero, reciben esta calidad por su forma de constitución legal.

En el mundo de los negocios, existe un sinfín de tareas que abordar para garantizar el buen funcionamiento de un establecimiento o empresa. Por lo que el empresario-comerciante requiere auxiliarse de otras personas profesionales, para desempeñar actividades de su negocio que no puede abarcar solo. Siendo entonces como surge la intervención del auxiliar mercantil; que se subdivide en dos clasificaciones: independiente o dependiente. El primero, interviene en los negocios ajenos por cuenta propia, es decir autónomamente, y puede trabajar para distintas empresas al mismo tiempo. En contraste, el segundo es exclusivo y subordinado a cumplir con las tareas que le asigne su patrón. Como se puede inferir, la contratación de los dependientes requiere la intervención del derecho laboral, ya que esta cuestión queda fuera del área mercantil. Mientras que para los independientes, se recurre a ciertos contratos como el de prestación de servicios civil o el de comisión mercantil. Un comerciante o

empresario decidirá de acuerdo a sus criterios si prefiere manejarse con agentes o auxiliares independientes, para no incurrir en gastos y tramites laborales, sujetándose a las condiciones de dicha profesión que carece de exclusividad; en un momento dado, elegir trabajar con dependientes por la exclusividad y subordinación que le permite tener un mayor control de las labores que realizan en beneficio de sus negocios.

Finalmente considero que es muy necesario e incluso vital que los empresarios, emprendedores y dueños de negocios, busquen acercarse al conocimiento de su profesión comercial, a través de la perspectiva jurídica tanto legislativa, como doctrinal y hasta jurisprudencial. Con el propósito de evitar situaciones que pueden generarles consecuencias negativas para sus negocios y firmas e inclusive entorpecer sus actividades. Como podría ser alguna sanción por el incumplimiento de sus deberes como comerciante, problemas con los auxiliares mercantiles, entre otras situaciones que gracias al conocimiento y asesoría legal podrían evitarse.

5. Bibliografía

Legislación:

Código de Comercio.

Ley Federal de Correduría Pública.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Diccionarios:

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

Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo A-CH*, Ed. Porrúa, México 1992.

Libros:

Mantilla Molina, Roberto: *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México 1990.

Rocco, Alfredo: *Principios de Derecho Mercantil*, Tribunal Superior de Justicia, México 2006.

Rodríguez, Rodríguez, Joaquín: *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México 1966.

Soto Pérez, Ricardo: *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, Editorial Esfinge, México 2006.

Tena, Felipe de J: *Derecho Mercantil Mexicano*, Ed. Porrúa, México 1974.

Vivante, César: *Derecho Mercantil*, Tribunal Superior de Justicia, México 2003.

Jurisprudencia:

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 41, Abril de 2017-Tomo II, Tesis: XXVII.3o. J/32 (10a.) Página: 1488. Visto de:

https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fd8f8fcfd&Apendice=1000000000000&Expresion=contrato%2520de%2520apertura%2520de%2520credito%2520con%2520garantia%2520hipotecaria&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=51&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2014073&Hit=1&IDs=2014073,2012627,2011828,2011520,2010525,2009041,2009074,2007026,2006834,2005309,170071,172283,172959,175934,175725,177056,178571,179944,180402,181248&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=

Consultas web:

Consejo General de Colegios de Agentes de Comerciales de España (CGAC), *¿Qué es un agente comercial?*, visto de:

<http://ventanillaunica.cgac.es/Paginas/Ficha.aspx?IdMenu=4cc2f6c2-2509-433f-8aa2-5646990dad7c>

VII

GOBIERNO CORPORATIVO

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes de Gobierno Corporativo en el mundo. 3. Antecedentes de Gobierno Corporativo en México. 4. Concepto de Gobierno Corporativo. 5. Estructura de Gobierno Corporativo. 6. Funciones de los órganos de gobierno. 6.1. Asamblea de accionistas. 6.2. Consejo Familiar. 6.3. Consejo de Administración. 6.4. Equipo directivo. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía consultada.

1. Introducción

La estructura interna de las empresas es un aspecto sumamente importante, no solo para garantizar un funcionamiento adecuado, sino también para generar la confianza de los terceros que se interesan en ella, es decir: los consumidores, la comunidad en la que se asientan y los potenciales inversionistas. Por lo tanto, cuando una compañía no cuenta con una organización adecuada: está poniendo en riesgo su imagen y reputación; además de su permanencia.

Si se analizan detalladamente los fracasos de las empresas, en la mayoría de ellos su principal causante es la falta de una organización eficiente y una delimitación de funciones insuficiente. De modo que,

una de las principales preocupaciones de un empresario o emprendedor, debe ser indagar sobre cómo puede prevenir problemas organizacionales en su compañía; y como resultado, tendrá que conocer el tema central del presente artículo: gobierno corporativo.

Por tal causa, el presente capítulo busca atraer la atención de los emprendedores y empresarios, hacia este tipo de temáticas; que pueden eficientar sus negocios, hacerlos crecer y lo más importante: prevenirles problemas. De tal manera que, este artículo a través de sus cinco apartados; pretende ser una guía práctica que describa los aspectos fundamentales de gobierno corporativo, para que el lector pueda identificar cómo aplicarlos en su propia compañía.

El primer apartado, inicia contextualizando las primeras apariciones de gobierno corporativo en el mundo; esto con la finalidad de que al conocer las razones que motivaron la creación de esta figura, sea posible comprender la importancia de su implementación en las empresas. Así mismo, presenta a los organismos internacionales especializados en gobierno corporativo y los lineamientos que proponen sobre esta materia. Ya que es de suma utilidad considerar las recomendaciones que estos establecen, puesto que vivimos en una era globalizada, en la que es posible que una empresa nacional capte la atención de inversionistas de cualquier parte del mundo; y dichos inversionistas revisarán que la empresa en la que quieren invertir, tome en cuenta lo que los lineamientos internacionales establecen.

De igual manera, en el segundo apartado, describo cómo México incursionó en esta temática y buscó adaptarla a las necesidades de las empresas nacionales, para así motivarlas a crecer y mejorar la economía. Todo esto reflejado tanto en la labor del sector empresarial con la creación del Código de Mejores Prácticas Corporativas (impulsado por el Consejo Coordinador Empresarial); como en los esfuerzos del Estado a través de modificaciones en la legislación, que flexibilizaron la participación en el mercado de valores y motivaron a las empresas a buscar inversiones.

En el tercer apartado, se entra de lleno en materia de gobierno corporativo, realizando un análisis a partir de la desmembración del término, luego de la definición internacionalmente aceptada, así como de dos definiciones de instituciones especializadas en el tema. De dicho análisis, resulta más sencillo comprender las dimensiones del gobierno corporativo; cuestión que es de mayor utilidad que conocer una definición de memoria.

El cuarto apartado, amplía la reflexión sobre la necesidad de una estructura institucional en la empresa y cómo adaptarla a las empresas familiares. Por otra parte, propone un organigrama de los niveles de gobierno corporativo, unificando la estructura requerida en la legislación y tomando en cuenta las recomendaciones de los documentos no obligatorios sobre la materia.

En el quinto apartado, se describen las funciones de cada uno de los órganos de gobierno, buscando que sea posible identificar el campo de acción de los mismos; para que la delegación de tareas pueda ser aplicada en las empresas a través de manuales que especifiquen los niveles de competencia de cada órgano y así eficientar su desempeño.

Por ultimo, el presente trabajo incluye una sección de conclusiones sobre las temáticas abordadas; además de la bibliografía que fue consultada para la elaboración de este artículo.

2. Antecedentes de Gobierno Corporativo en el mundo

Como punto de partida es conveniente analizar el desarrollo del gobierno corporativo desde sus primeras apariciones y concepciones, hasta llegar a la consolidación de dicho concepto y cómo es manejado en la actualidad.

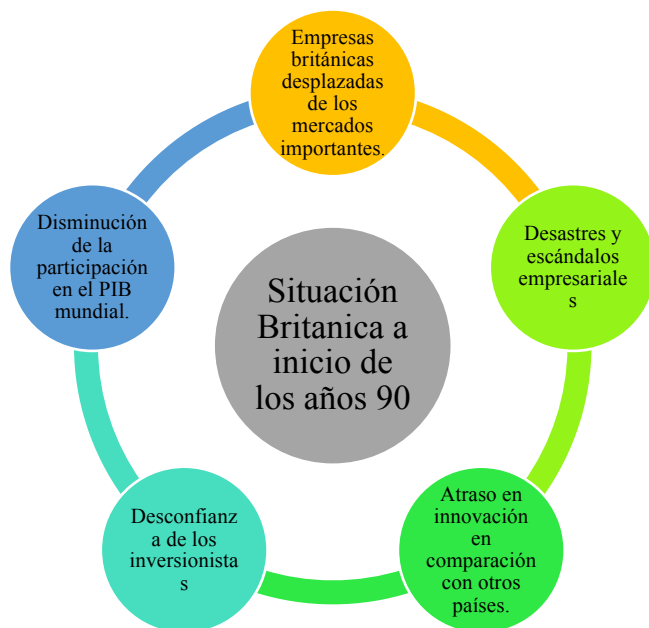
El primer antecedente informal de gobierno corporativo, es consecuencia de una serie de eventos sucedidos en Estados Unidos de América después de la crisis de 1929. En aquella época, el desempeño empresarial era inadecuado: pues los mismos empresarios, financieros y administradores manejaban la información de las compañías e inversiones de manera deshonesto, falsa y para su propio beneficio. Toda esta esfera de abusos y corrupción, se vuelve uno de los factores que ocasionaron la Gran Depresión.

En toda crisis hay una oportunidad, pero sobre todo una necesidad de cambio y de resurgimiento, que procure evitar caer en el mismo error. Para lo cual, fueron necesarias nuevas políticas de control y vigilancia financiera. Dicha cuestión, se incluyó en el “*New Deal*” el plan de rescate que propuso el Presidente Roosevelt.

El “*New Deal*”, contenía disposiciones nunca antes vistas en cuanto a la estructura de las empresas, entre ellas el “*Securities Exchange Act*”, el cual llevó a la creación de la “*Securities Exchange Commission*” en 1934. Dicha comisión tenía la función de supervisar que las empresas cumplieran con los requisitos del nuevo marco legal, en cuanto a la forma en que estas debían organizarse. Este hecho se considera informalmente como el primer antecedente de gobierno corporativo en el mundo.

Ahora bien, el nacimiento del concepto del gobierno corporativo es atribuido al “*Reporte de Cadbury*”, que elaboró Reino Unido. Esta nación, se encontraba en una situación similar a la de Estados Unidos, es decir, al borde de un colapso. Sin embargo, Reino Unido no permitió que la situación se le saliera de las manos.

Fig. 10. Situación británica a inicio de los años 90



Fuente: Elaboración propia.

Esta alarmante situación, fue la razón principal para la elaboración y publicación del “*Reporte de Cadbury*” en 1992. Fue elaborado por el Comité sobre Aspectos Financieros del Gobierno Corporativo (establecido en 1991 por la “*London Stock Exchange*”), y estaba presidido por Sir Adrian Cadbury; empresario experimentado y exitoso, quien se convirtió en el pionero de las buenas prácticas corporativas.

El “*Reporte de Cadbury*” al no ser de carácter obligatorio, se dedicó únicamente al establecimiento de recomendaciones relacionadas con la estructura de las empresas. En el Reporte se hizo hincapié en las funciones y responsabilidades de los directores y consejos de administración; se propuso que el desempeño de las

empresas sería mucho más eficiente, si esta contaba con órganos de gobierno responsables, además de un adecuado manejo de la información financiera y un sistema de auditoría confiable.

De las recomendaciones incluidas en este reporte, posteriormente se originó el *“Código de Mejores Prácticas”*, al cual deben sujetarse todas las empresas que cotizan en la Bolsa de Londres.

A partir del Reporte de Cadbury, surgieron otros más con el paso del tiempo, en diferentes partes del mundo, debido a la creciente preocupación por mejorar el desempeño empresarial y evitar crisis económicas.

El hecho de que se acrecentara el interés mundial por la implementación del gobierno corporativo, ocasionó que la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, fundada en 1961) publicara el documento *“Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE”* en el año 1999. De igual forma, estos principios no eran obligatorios y en ese entonces buscaron principalmente atender a la preocupación de los inversionistas, quienes buscaban certidumbre en los negocios que invertían. En el año 2002, se realizó una revisión a estos Principios y la última versión se publicó en el 2004.

Hoy en día, dichos principios sirven como base al momento de diseñar la estructura organizacional y de control de las empresas alrededor del mundo. Además, tienen como objetivo el proporcionar

políticas que puedan ser reconocidas internacionalmente, y que buscan beneficiar a las empresas; las cuales son el motor de la economía de varias naciones.

Otro antecedente que conviene tomar en cuenta es el “*White Paper*” de América Latina, una iniciativa también de la OCDE en conjunto con la IFC (Corporación Financiera Internacional) y el Banco Mundial; quienes propiciaron un foro de discusión llamado: “*Mesa Redonda para Gobierno Corporativo Latinoamericano*”, cuya primera reunión se llevó a cabo en Sao Paulo en el año 2000.

Como fruto de esta primera reunión, en la que participaron líderes empresariales, políticos y otras organizaciones interesadas e involucradas en el tema, se acordó desarrollar el “*White Paper*”: un documento que incluyera el resumen de los objetivos comunes de la región en materia de gobierno corporativo, que resultaban de la Mesa Redonda.

Después de un esfuerzo en conjunto, durante tres reuniones: Buenos Aires en 2001, México en 2002 y Chile en 2003; se obtuvo como resultado el “*White Paper*”. En el cual, se plasmaron las recomendaciones sobre gobierno corporativo aterrizadas en el panorama de la región latinoamericana, los retos de la implementación y desarrollo de mejores prácticas corporativas, con base en los Principios de la OCDE.

Todo esto con el propósito de incrementar la inversión en la región, buscar la eficiencia de los mercados, mejorar el desempeño de las compañías y a la par el bienestar social. Al igual que los demás documentos tratados anteriormente, el “*White Paper*” carece de carácter obligatorio, más es consultivo e inclusivo.

3. Antecedentes de Gobierno Corporativo en México

La implementación del gobierno corporativo en México, es una práctica relativamente reciente; resultada de la evolución del mercado de valores y de la fuerte influencia de las prácticas corporativas de otros países, y sobre todo de la región latinoamericana. Estos aspectos, se vieron reflejados en cambios en el área legislativa, y la participación activa del sector empresarial.

A partir de que nuestro país se abrió a la economía global, se hizo miembro de la OCDE en 1994. Por su parte, la publicación de los Principios sobre Gobierno Corporativo en 1999, de dicha organización; sirvió como punto de referencia para que el sector empresarial, pusiera especial atención en el tema de gobierno corporativo de la siguiente manera:

A iniciativa del Consejo Coordinador Empresarial (CCE) se constituyó el Comité de Mejores Prácticas Corporativas, el cual en 1999 emitió el Código de Mejores Prácticas Corporativas, en el cual se establecen

recomendaciones para un mejor gobierno corporativo de las sociedades en México.¹⁶³

El Consejo Coordinador Empresarial (CCE) fue fundado en 1976, por diversas organizaciones del sector empresarial y cámaras de industria; participó en las Mesas Redondas sobre Gobierno Corporativo y como resultado de ello, se comprometió a través del Comité de Mejores Prácticas Corporativas, a la actualización y difusión del Código homónimo.

El Código de Mejores Prácticas Corporativas impulsado por el Consejo Coordinador Empresarial, estaba dirigido a mejorar la organización y funcionamiento de las empresas que cotizaban en la bolsa. Sin embargo, después de dos revisiones en 2006 y 2010, hoy en día: “las recomendaciones del Código son aplicables a todas las sociedades mercantiles, civiles, asistenciales y no solamente sociedades anónimas bursátiles o emisoras del mercado de valores¹⁶⁴”.

Ahora bien, de la difusión de este Código, se desprendieron ciertos cambios en la legislación mexicana. Puntualmente, en el 2006 se realizó una Reforma a la Ley del Mercado de Valores con el propósito de atraer inversionistas, a través de los siguientes objetivos: flexibilizar el mercado, y motivar a las empresas medianas a participar

¹⁶³ Comité de Mejores Prácticas Corporativas del Consejo Coordinador Empresarial (CCE), *Código de Mejores Prácticas Corporativas*, México 2010, p.7.

¹⁶⁴ Larrea Martínez y Vargas García, “*Apuntes de Gobierno Corporativo*”, Ed. Porrúa, México 2013, p. 14.

del mismo. Dichos objetivos formaron parte del Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006.

A partir de entonces, uno de los cambios que se observaron en la Ley de Mercado de Valores fue la implementación de dos figuras: la Sociedad Anónima Promotora de Inversión (S.A.P. I.) y la Sociedad Anónima Bursátil (S.A.B.). La primera se estableció como el punto medio entre la sociedad anónima mercantil y la bursátil; y fue el mecanismo creado para incentivar la participación de las empresas medianas en el mercado de valores. La segunda, prácticamente fue una readaptación de la sociedad emisora de valores, manejada anteriormente.

De tal manera que, se buscó establecer una estructura para las empresas, que se adaptara a los parámetros aplicados en los mercados internacionales; para mantener a México en competencia y atraer la inversión externa.

Por lo tanto en nuestro país, existe un marco legal flexible que permite fácilmente la transición de un tipo de sociedad a otra, para incentivar la incursión y participación en el mercado de valores.

Otro cambio importante, que trajo consigo la Reforma del 2006; fue el establecimiento de responsabilidades y funciones del Consejo de Administración de las empresas. Para lo cual, se tomó en cuenta lo que mencionaba el Código de Mejores Prácticas Corporativas del Consejo Coordinador Empresarial.

En este sentido, puntualizo que los lineamientos internacionales sobre gobierno corporativo, no son obligatorios. Sin embargo, conviene adoptarlos (cumpliendo siempre con lo que establece la normativa legal), puesto que al momento de participar en mercados de valores tanto nacionales como internacionales, los futuros inversores buscan que la empresa en la cual quieren invertir, cumpla con los lineamientos que son manejados en todo el mundo.

4. Concepto de Gobierno Corporativo

Ahora bien, ya que se conoce el contexto en el que emergió el gobierno corporativo, conviene partir de la definición por separado, de los términos que componen al concepto. Permitiendo generar una primera idea del significado del mismo, en un sentido general.

Gobierno: (*Del latín “gubernationis”, de “gubernare”, gobernar*). En el lenguaje usual es sinónimo de dirigir, regir, administrar, mandar, conducir, guiar. Es el agrupamiento de personas que ejercen el poder¹⁶⁵.

Corporativo: (*adj.*) Perteneciente o relativo a una corporación¹⁶⁶.

La definición de corporativo, nos lleva entonces a consultar el significado de **corporación**.

Corporación: Organización compuesta por personas que como miembros de ella la gobiernan. // Empresa normalmente de grandes dimensiones, en especial si agrupa a otras menores¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo D-H*, Ed. Porrúa, México 1992, p. 1536.

¹⁶⁶ Real Academia Española, *Diccionario esencial de la lengua española*, Ed. Espasa Calpe, España 2006.

¹⁶⁷ *Idem*.

Por otra parte, corporación proviene del latín “*corpus*”, que significa: “cuerpo”. De modo que, es posible comparar a la corporación con el cuerpo humano.

El cuerpo está compuesto por diversas partes, cada una con su respectiva función; pero conformando un todo. Esta cuestión, se traduce en las diversas áreas de una gran empresa o corporación. A su vez, el cuerpo cuenta con un órgano encargado de dirigir, controlar y gestionar las funciones de las demás partes: el cerebro. De tal manera que, atendiendo a la definición de gobierno, se puede decir que el cerebro se encarga de gobernar al cuerpo.

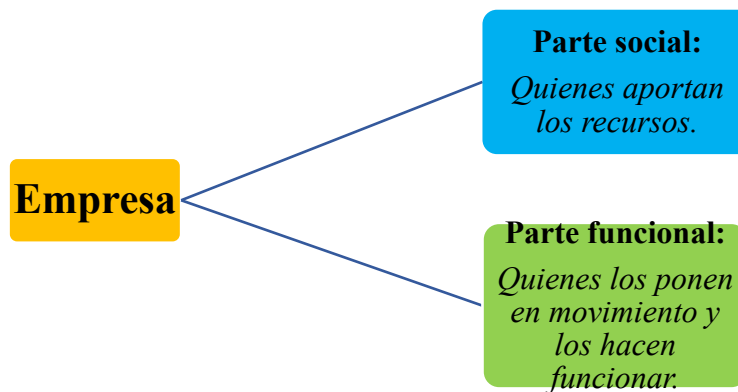
Siguiendo el hilo de esta comparación, entonces el **gobierno corporativo** puede considerarse el cerebro de las grandes empresas o corporaciones. Si bien, esto es únicamente un panorama que nos permite partir para el entendimiento de este concepto. No obstante, un aspecto que es imprescindible tomar en cuenta antes de analizar las dimensiones del gobierno corporativo, es entender cómo están conformadas las grandes empresas o corporaciones.

Jurídicamente, una empresa se constituye como algún tipo de sociedad, civil o mercantil; la última es la más común. Al constituirse de esta manera, las sociedades se sujetan a la legislación de la materia, la cual exige el cumplimiento de ciertos requisitos y que su desempeño se lleve a cabo bajo cierta estructura.

Sin embargo, la parte social no es el todo de la empresa; ya que, normalmente los socios solo aportan ciertos recursos, ideas o esfuerzos que permiten el funcionamiento de la misma. Aunque algunas veces, también se encargan de la tarea de hacerla funcionar, es decir, poner en movimiento esos recursos, ideas y esfuerzos para obtener beneficios lucrativos. Esta distinción, es básica para poder comprender no solo la misión del gobierno corporativo, sino también su importancia en las empresas hoy en día.

De modo que, partiendo de la apreciación anterior se puede dividir la estructura de la empresa en dos apartados, de manera muy general:

Fig. 11. Estructura General de la Empresa



Fuente: Elaboración propia.

Ya que se identificó este aspecto, entonces conviene analizar una serie de definiciones de gobierno corporativo. Comenzando por la que es internacionalmente aceptada, de acuerdo con el Consejo

Coordinador Empresarial (CCE): “Es el sistema bajo el cual las sociedades son dirigidas y controladas¹⁶⁸”.

En mi opinión, esta definición resulta demasiado simple e incluso insuficiente. En primer lugar, porque no aclara cómo ni quién controla a las empresas. Así mismo, considero que no es posible definir el concepto de gobierno corporativo en una oración; porque no permite abordar todas sus características.

Por lo que, creo que es necesario revisar otras definiciones proporcionadas por instituciones especializadas en la materia. Primeramente, cito la que proporciona el Comité Técnico Local Gobierno Corporativo del Instituto Mexicano de Ejecutivos de Finanzas (IMEF):

Es un conjunto de prácticas y controles, cuyo objetivo es llevar una administración transparente y equitativa; alineada con los intereses de los accionistas, teniendo como premisa prevenir conflictos de intereses y posibles abusos, así como el menoscabo en el patrimonio de sus inversionistas¹⁶⁹.

En esta definición se presenta al gobierno corporativo como un mecanismo de prevención de problemas financieros, administrativos y sobre todo conflictos de intereses entre la parte social de la empresa (quienes invierten su patrimonio y recursos, lo cual siempre implicará

¹⁶⁸ Larrea Martínez y Vargas García, *Op. cit.*, p. 21.

¹⁶⁹ Comité Técnico Local Gobierno Corporativo, *Boletín Ejecutivos de Finanzas No. 1*, Instituto Mexicano de Ejecutivos de Finanzas, México 2011, p.4. Visto de:

<http://www.imef.org.mx/grupos/guadalajara/descargas/gobcorporativo/GobCorporativo1.pdf>

riesgo); y la parte funcional (quienes deciden cómo utilizar dichos recursos a través de la planeación y ejecución de estrategias).

En segundo lugar, propongo la definición que proporciona el Centro de Excelencia en Gobierno Corporativo (CEGC), fundado en 2004 por la Universidad Anáhuac México y la empresa de consultoría Deloitte:

Gobierno Corporativo puede ser definido como un sistema por el cual las sociedades son gobernadas, dirigidas y monitoreadas, incluyendo la participación de los accionistas, consejos de administración, dirección, auditoría independiente y a todas las partes legítimamente interesadas en la organización¹⁷⁰.

De esta definición es posible describir a los sujetos que intervienen en el proceso empresarial, a través del siguiente organizador gráfico:

¹⁷⁰ Centro de Excelencia en Gobierno Corporativo, *Concepto, importancia, glosario, el Gobierno Corporativo en México y el mundo*. (s/f). Visto de Universidad Anáhuac Sur: <http://www.uas.mx/cegc/gc.asp#concepto>

Fig. 12. Sujetos que intervienen en el proceso empresarial



Fuente: Elaboración propia.

Los agentes que se encuentran fuera de los hexágonos, son los terceros interesados en la empresa que se mencionan en la definición anterior. Pues son personas externas a la empresa, pero se involucran en ella, a través de una relación indirecta con las compañías. Por ejemplo: el inversionista tiene el interés de invertir en los negocios de la empresa y busca pertenecer a ella. De modo que, le es útil conocer el funcionamiento, desempeño e información financiera de la empresa.

Por su parte, la relación entre el público consumidor y la empresa, se establece con la compra de productos o la contratación de servicios. De tal manera que, también al consumidor le interesa conocer cómo se elaboran los productos, así como las garantías que ofrecen sobre los mismos. Dicho de otra manera, buscan certidumbre y

conocimiento real de lo que están pagando, o en su caso manifestar cuando no están satisfechos con ello.

Mientras que, la comunidad y el Estado establecen un vínculo con la empresa, a través de la vigilancia del cumplimiento de sus responsabilidades sociales, ambientales, normativas e incluso morales. Tenemos un claro ejemplo de esto, cuando una empresa se asienta en un territorio cercano al océano, o cualquier otro cuerpo acuático; tanto la comunidad como el Estado, buscarán que esta no contamine ni cause daños ecológicos.

En relación con los sujetos dentro de los hexágonos, son aquellos que tienen una relación directa con la corporación. De manera específica, los socios invierten recursos en la empresa, el Consejo decide las estrategias y vigila la operación, auxiliándose de los auditores; los directivos y la fuerza de trabajo ejecutan dichas estrategias y se encargan de la labor diaria. Por último, están los familiares, quienes pueden intervenir de manera directa por el simple hecho de tener un vínculo con los socios fundadores de la empresa y les interesa que la empresa tenga un futuro pues es la fuente de su sustento. En algunos casos, también son dueños de acciones, pertenecen al Consejo o a los directivos e incluso a la fuerza laboral.

Por lo que entonces, se entiende que el gobierno corporativo es un sistema inclusivo que busca armonizar el desempeño de las

empresas, a la par de la satisfacción de los sujetos ya sea directos o indirectos que intervienen en ella.

Sin embargo, dicho concepto aún se queda corto, pues aún hay más que explicar sobre gobierno corporativo. Por ende, cito la siguiente definición del Grupo Bolsa Mexicana de Valores (BMV):

Mecanismo que sirve de guía a la administración del negocio, para asegurar niveles de eficiencia y garantizar la calidad, oportunidades y la adecuada generación de información sobre las condiciones financieras y operativas de la empresa.

Dichos mecanismos, también previenen o corrigen el posible conflicto de intereses entre directivos y accionistas, y otros participantes de la empresa.

Por lo tanto, son todas aquellas acciones directivas que sigue una organización, con el fin de lograr confianza, transparencia y reputación¹⁷¹.

El análisis de estas definiciones, sumado a lo que se abordó sobre el contexto en el que surge el gobierno corporativo; reflejan el dinamismo y amplitud de este concepto, de la siguiente manera. Los objetivos principales de gobierno corporativo son:

Propiciar una buena organización en la empresa, en todos los niveles: accionistas, directivos, consejo y empleados.

¹⁷¹ Bolsa Mexicana de Valores (BMV), *Guía Gobierno Corporativo*, s/f, p. 4. Visto de:

http://www.bmv.com.mx/work/models/Grupo_BMV/Resource/882/1/images/guia_gobierno_corporativo.pdf

Regular los comportamientos, actitudes y prácticas empresariales a través de la implementación de códigos y normativas.

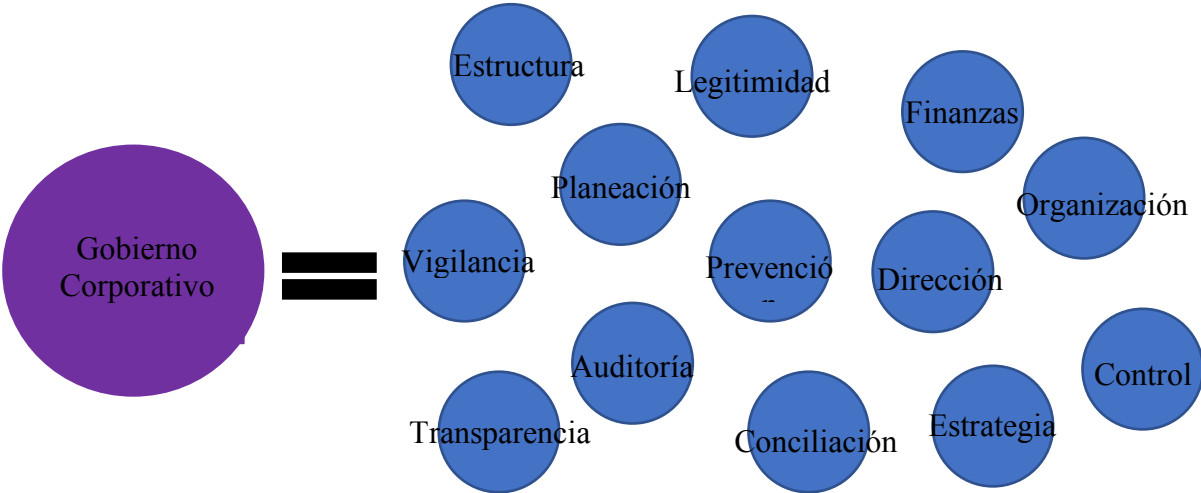
Proponer estrategias y soluciones que mejoren el desempeño de la compañía, en todos los aspectos: financiero, social, comercial, ambiental, jurídico, internacional.

- Prevenir riesgos, conflictos y situaciones desfavorables.
- Conciliar intereses de los agentes involucrados en el proceso empresarial.
- Supervisar y controlar el funcionamiento de cada aspecto de la empresa, de acuerdo con las normas internas y con las que corresponden al marco legal.
- Presentar información honesta y fidedigna al público.
- Generar certidumbre y confianza en la organización, tanto interna como externa.

De tal manera que son muchos los aspectos que le corresponden al gobierno corporativo; lo cual prueba que es una herramienta benéfica y sumamente necesaria en las empresas, para considerarse eficientes, transparentes y por ende confiables. Todo esto en vista de poder garantizar el éxito y permanencia de las compañías.

Por lo que a través del siguiente esquema, propongo una lluvia de ideas de los aspectos que abarca el concepto de gobierno corporativo.

Fig. 13. Implicaciones de Gobierno Corporativo



Fuente: Elaboración propia.

5. Estructura de Gobierno Corporativo

Dos de las implicaciones de gobierno corporativo son la estructura y la organización; las cuales son esenciales para el cumplimiento de los objetivos que este plantea en las empresas.

Sin embargo, el contar con una estructura, por sí sola, no garantiza un sistema de organización eficiente, y mucho menos un buen desempeño empresarial. Por lo que entonces, es necesario potenciar dicha estructura, a través de la delimitación rigurosa de funciones para cada órgano, la implementación de procesos de

evaluación, y la atención a los parámetros normativos que existen para esta materia: obligatorios y no obligatorios.

Para lograr identificar la necesidad e importancia que tiene el orden en la estructura de una empresa, es necesario acudir a los principales problemas que surgen cuando no existe una organización adecuada.

La primera problemática consiste en la tendencia de los socios y sus familiares, a abarcar ambas partes de la organización: la social y la funcional. Es decir, además de ser dueños o accionistas de la empresa, quieren también dirigirla, controlarla y administrarla.

Dicha sobre-ocupación de cargos, concentra una gran cantidad de tareas en un grupo muy reducido de personas, que pueden estar capacitadas para realizarlas; más no podrán hacerlo de forma eficiente debido a la carga de trabajo.

En segundo lugar, el que participen y trabajen en la empresa únicamente los socios y sus familiares, trunca el crecimiento del negocio. En el sentido en el que, la vigilancia orientada al desempeño de las tareas que se realizan y la conciliación de intereses, no se dan de manera objetiva o incluso ni si quiera se lleva a cabo. Esta situación, cierra la oportunidad de optar por la inversión externa y la contratación de personal, porque se prefiere mantener el negocio “en familia” o “en confianza”. Aquella creencia de que involucrar a

personas ajenas a la familia en la empresa, implica que dejará de ser familiar o se perderá el control de ella; es completamente errónea.

Otro aspecto negativo de esta situación es al momento de la sucesión, cuando el titular o director de la empresa se retira o fallece: parece que se quita la pieza clave, la que sostiene a la empresa y cuando esta falta, todo lo demás se viene abajo. Pues se sabe que este hecho, además de incertidumbre, provoca una disminución en los valores de las acciones de la bolsa a nivel externo; mientras que, a nivel interno genera una crisis organizacional en la empresa, además de un conflicto familiar. Todo esto, como consecuencia de que no exista un plan de sucesión adecuado que prevenga esta situación.

Las situaciones planteadas anteriormente, se suscitaron durante el siglo XX y fueron motivo para el fracaso de varias empresas alrededor del mundo, lo cual fue un golpe duro para la economía de sus países.

Como consecuencia, organizaciones como la OCDE, el sector empresarial y los gobiernos, proponen la implementación del gobierno corporativo como solución y método de prevención a estos problemas estructurales que enfrentaron las empresas. Ya que además de ser un sistema de organización adecuado, facilita la transición de “empresa familiar” a “empresa institucional”. A dicha transición, se le conoce como *proceso de institucionalización*.

A decir verdad, no existe un sistema de organización único, limitado y estricto de gobierno corporativo; si no que este puede variar y adecuarse conforme las empresas lo requieran, la región en la que se encuentren, el tipo de sociedad bajo el cual estén constituidas y las disposiciones del sistema legal que rigen este aspecto. En este sentido, se atiende a la definición internacional de gobierno corporativo: *el sistema bajo el cual las sociedades son dirigidas y controladas*.

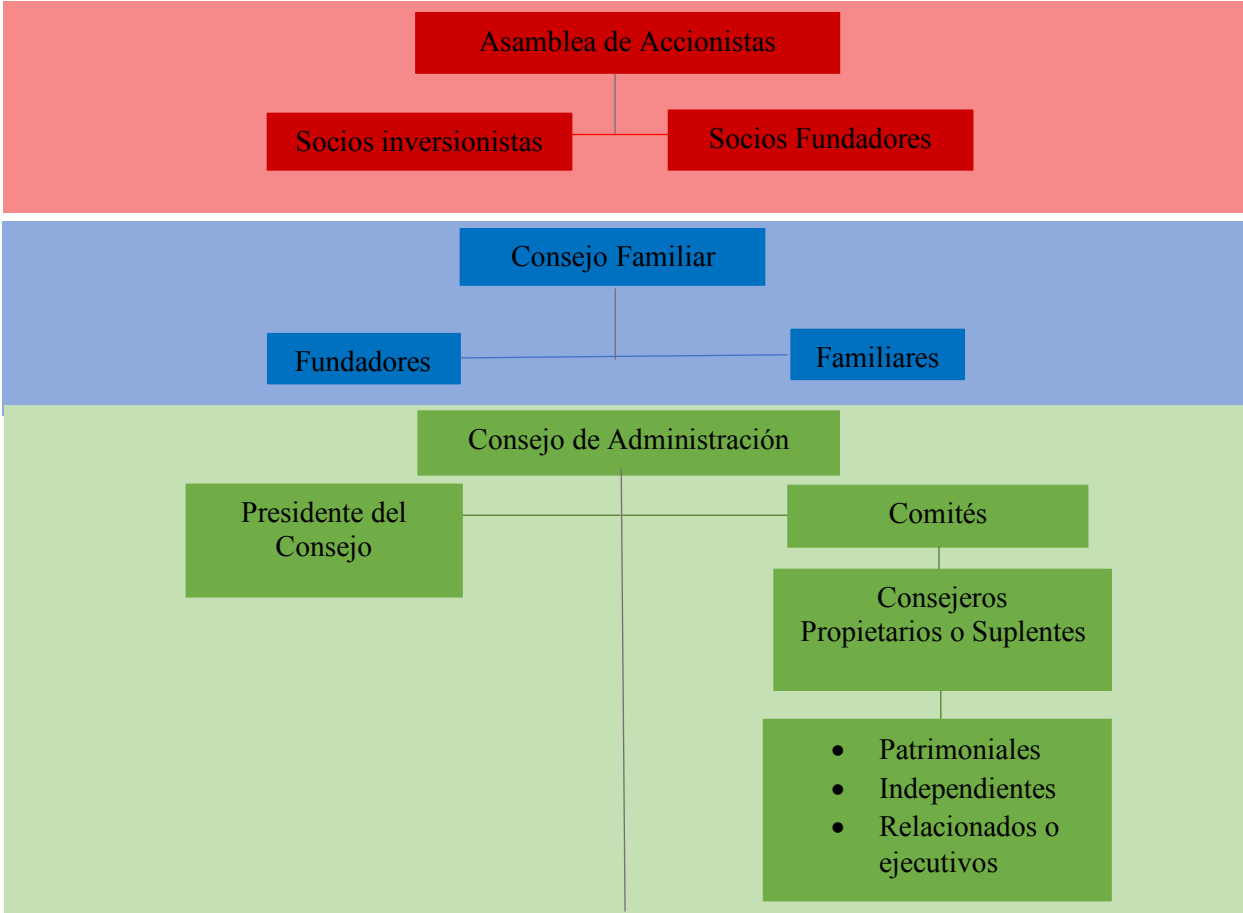
Sin embargo, sí existen estructuras y principios básicos que se deben seguir en relación con esta materia, como son los documentos de carácter no obligatorio como: los Principios de la OCDE, el Código de Mejores Prácticas, el *White Paper*; y en el ámbito legal en México: la Ley del Mercado de Valores, la Ley General de Sociedades Mercantiles. Estos últimos lineamientos legislativos, toman en cuenta el tipo régimen societario que tiene la empresa, así como si participa en el mercado de valores.

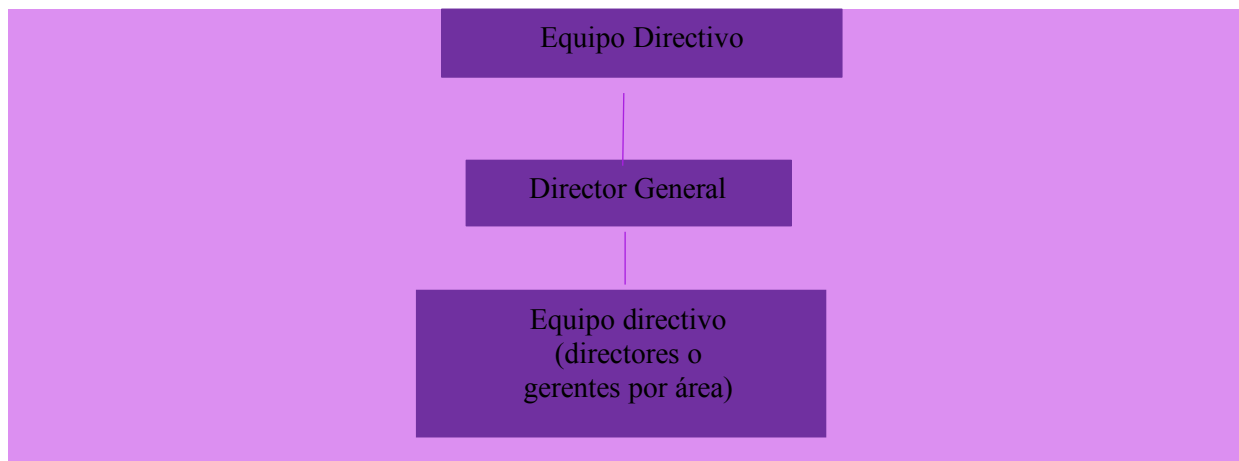
Por el contrario, las disposiciones de carácter no obligatorio, tanto nacionales como internacionales, no se enfocan en factores específicos en cuanto al tamaño, tipo social y mucho menos si las empresas cotizan en la bolsa o no. Más bien, buscan que sus principios y recomendaciones sean generales y adoptables por cualquier empresa.

Ahora bien, presento la siguiente estructura de gobierno que incluye las figuras básicas para el gobierno de la sociedad. Para

elaborar este modelo, me he basado en los elementos que abordan los parámetros no obligatorios y nuestra legislación, así como ejemplos de organizaciones de gran dimensión que comúnmente inician como empresas familiares, y pueden mantenerse de esta manera, pero siguiendo una estructura institucional: que permite manejar la empresa de forma objetiva y al mismo tiempo tomar en cuenta los intereses familiares.

Fig. 14. Estructura de Gobierno Corporativo





Fuente: Elaboración propia.

No obstante, esto no quiere decir que su implementación sea exclusiva de este tipo de organizaciones. Este modelo puede ser utilizado por cualquier empresa, (omitiendo la sección del consejo familiar) e inclusive de dimensión mediana.

La implementación del gobierno corporativo en las empresas medianas, trae consigo mayor eficiencia y orden en el desempeño de sus labores, así como el beneficio de la vigilancia y opinión de externos; además las prepara para su evolución y crecimiento. Por consiguiente, el contar con una estructura de gobierno corporativo permite:

- Agilizar los procesos de toma de decisiones.
- Conciliar intereses.
- Vigilancia y evaluación del desempeño financiero y general de la empresa.

- Planeación y ejecución de estrategias globales.
- Generar una verdadera distinción entre la parte social, funcional y familiar de la empresa; gracias a la delimitación de las funciones de cada órgano.

Ahora bien, es necesario describir cómo están integrados cada uno de los órganos de gobierno, para después explicar sus funciones. De esta manera, será posible conocer realmente cómo trabaja este sistema y el beneficio que proporciona a las corporaciones.

Asamblea de accionistas

Se encuentra integrada por todas las personas que posean a su nombre, acciones (títulos valor) de la empresa. Es decir, son los propietarios de la compañía (unos en mayor proporción que otros) y constituyen el capital de la misma.

Por su parte, es necesario distinguir la a los socios fundadores: quienes son aquellos socios que participaron en el acta constitutiva, e hicieron surgir a la empresa.

Conforme pasa el tiempo, más socios se unen a las compañías; ya sea porque se decide aumentar el capital y se permite la participación de inversionistas, o porque los socios fundadores deciden ceder parte de sus acciones a sus familiares.

Consejo Familiar

El Consejo Familiar, está compuesto por representantes de cada rama familiar, es decir que pueden participar los relativos consanguíneos, los cónyuges y en algunas empresas también se incluyen a los familiares políticos de los socios fundadores.

En este punto, es necesario hacer una distinción importante: el ser familiar de un socio fundador, no trae consigo la cualidad de accionista o dueño de la empresa. Los únicos que pueden tener esta condición son los propietarios de acciones.

Los familiares también pueden pertenecer a otros niveles de la organización: pueden ser accionistas, directivos, trabajadores e incluso participar en el consejo de administración. Aunque no es recomendable que un solo miembro, participe en más de dos de los niveles de gobierno, o áreas de la empresa.

Consejo de administración

Este órgano de gobierno se compone de los siguientes sujetos:

- Presidente del Consejo.
- Secretario.
- Consejeros.

El presidente se encarga como líder del Consejo de convocar sesiones, dirigirlas, pedir la votación y establecer los puntos en la

orden del día, autorizar la presencia de invitados en dichas sesiones: presentar los programas de trabajo, así como los informes anuales, tanto al Consejo como a la Asamblea de Accionistas. Por lo que, también deberá asistir a las sesiones que realice dicho órgano.

El secretario es: “la persona encargada de la emisión de convocatorias, elaboración de actas y la suscripción de los acuerdos de la sesión y todas aquellas tareas encomendadas por el órgano de gobierno correspondiente¹⁷²”. Aunado esto, el secretario no pertenecerá al Consejo, conforme con lo que establece el tercer párrafo del artículo 24 de la Ley del Mercado de Valores.

Los consejeros son designados por la Asamblea de Accionistas y se agrupan en Comités con funciones específicas. Además, en una primera división se clasifican en **consejeros propietarios** y **consejeros suplentes**. Los propietarios son los designados directamente por la asamblea de accionistas como titulares. Mientras que los suplentes, son los representantes de los consejeros propietarios en caso de que tengan que ausentarse.

Por otra parte, existe otra clasificación que presenta tres tipos de consejeros: **independientes**, **patrimoniales** y **relacionados o ejecutivos**.

¹⁷² Comité de Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo y Subcomité Académico del Consejo Coordinador Empresarial (CCE), *Código de Mejores Prácticas Corporativas-Anexo: Glosario*, México 2014, p. 14.

Los **consejeros independientes** son personas que no comparten ningún tipo de vínculo laboral, patrimonial, familiar ni económico con la empresa; y son llamados a formar parte del Consejo de Administración de la misma debido a su experiencia, capacidad y prestigio profesional. Su característica más importante es la exterioridad, pues esta permite que sus evaluaciones sean objetivas y sin conflictos de interés.

Por consecuencia, es necesario que existan restricciones bien delimitadas en cuanto a quienes pueden participar de esta manera en los Consejos de Administración de las empresas. En las siguientes fracciones del artículo 26 de la Ley del Mercado de Valores, se describen las situaciones en las que no deben estar involucrados los consejeros independientes:

- I. Los directivos relevantes o empleados de la sociedad o de las personas morales que integren el grupo empresarial o consorcio al que aquella pertenezca, así como los comisarios de estas últimas. La referida limitación será aplicable a aquellas personas físicas que hubieren ocupado dichos cargos durante los doce meses inmediatos anteriores a la fecha de designación.
- II. Las personas físicas que tengan influencia significativa o poder de mando en la sociedad o en alguna de las personas morales que integran el grupo empresarial o consorcio al que dicha sociedad pertenezca.

- III. Los accionistas que sean parte del grupo de personas que mantenga el control de la sociedad.
- IV. Los clientes, prestadores de servicios, proveedores, deudores, acreedores, socios, consejeros o empleados de una empresa que sea cliente, prestador de servicios, proveedor, deudor o acreedor importante.

Se considera que un cliente, prestador de servicios o proveedor es importante, cuando las ventas de la sociedad representen más del diez por ciento de las ventas totales del cliente, del prestador de servicios o del proveedor, durante los doce meses anteriores a la fecha del nombramiento. Asimismo, se considera que un deudor o acreedor es importante, cuando el importe del crédito es mayor al quince por ciento de los activos de la propia sociedad o de su contraparte.

- V. Las que tengan parentesco por consanguinidad, afinidad o civil hasta el cuarto grado, así como los cónyuges, la concubina y el concubinario, de cualquiera de las personas físicas referidas en las fracciones I a IV de este artículo.

Ahora bien, los **consejeros patrimoniales** se definen de esta manera: “son aquellos que son accionistas o que representan a un accionista o grupo de accionistas que detentan un porcentaje importante de las acciones de la empresa¹⁷³”; lo cual quiere decir que estos consejeros, sí pueden pertenecer al grupo de control de la sociedad.

¹⁷³ Boletín Gobierno Corporativo Deloitte, *Los consejeros independientes en las empresas familiares*, verano 2013, p. 1-2.

Mientras que los **consejeros ejecutivos o relacionados**, son directivos o funcionarios de alto nivel de la empresa y son llamados a ser miembros del Consejo de Administración. En ciertos casos, también pueden ser accionistas y se les denomina: **consejeros patrimoniales relacionados**.

A continuación, enlisto algunos aspectos a considerar sobre la composición del Consejo de Administración; mostrando el contraste entre la legislación y las recomendaciones del Código de Mejores Prácticas.

Ley del Mercado de Valores-Art. 24

- Máximo veintiún consejeros.
- De los cuales, por lo menos el veinticinco por ciento deberán ser independientes.
- Cada consejero podrá designarse un suplente.

Código de Mejores Prácticas

Práctica 9: Se recomienda que el Consejo de Administración esté integrado por un número que se encuentre entre tres y quince consejeros.

Práctica 10: Se recomienda que no existan consejeros suplentes, y si los hubiere que cada consejero propietario sugiera quién sea su suplente y se establezca un proceso de comunicación que les permita una participación efectiva¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Comité de Mejores Prácticas Corporativas del Consejo Coordinador Empresarial (CCE), *Op. Cit.*, p. 15.

Práctica 12: Se recomienda que los consejeros independientes representen, cuando menos el veinticinco por ciento del total de consejeros.

Práctica 13: Se sugiere que cuando menos el sesenta por ciento del Consejo de Administración esté integrado, en forma conjunta, por consejeros independientes y patrimoniales¹⁷⁵.

Equipo directivo

Este órgano se compone de un Director General, y varias gerencias o direcciones por cada una de las áreas de la empresa: comercial y ventas, producción, calidad, recursos humanos, finanzas y contabilidad, logística, mercadotecnia, informática y sistemas, compras, entre otras más que dependerán tanto del giro de la empresa como de sus necesidades.

6. Funciones de los órganos de gobierno

Ya que se conoce quienes integran cada uno de los órganos de gobierno, ahora corresponde describir las funciones que les corresponden. Siendo este punto de gran relevancia, porque para que la estructura realmente funcione, es necesario que se encuentren bien marcadas las áreas a su cargo y sus tareas específicas. Lo más recomendable es que se elaboren manuales, reglamentos o protocolos en los que se detallen las funciones de cada nivel. De esta manera, será posible impedir que los funcionarios lleven a cabo acciones que

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 17.

no les corresponden; y que una sola persona o grupo, realice una inmensa cantidad de tareas: cuestión que se busca evitar a toda costa.

6.1. Asamblea de accionistas

La asamblea de accionistas, corresponde a la parte social de la empresa; la cual de acuerdo a la estructura de gobierno corporativo, requiere limitarse a su campo de acción, que se describirá a continuación, iniciando con la definición del Diccionario Jurídico Mexicano:

Aquella formada por todos los socios; y en el caso de las sociedades por acciones, formada por todas las acciones que se hubieren emitido.¹⁷⁶

Entonces los accionistas o socios, son los dueños de la empresa; cada uno en proporción de lo que aporta, y buscan obtener ganancias, de acuerdo con la utilidad que esta produzca.

La asamblea de accionistas se conoce como el órgano supremo que domina a la sociedad, tiene el poder en la toma de decisiones y de ella se derivan los demás órganos de gobierno. Pues al estar conformada por lo socios y accionistas, quienes tienen puestos sus recursos en la compañía, buscan proteger sus intereses y les preocupa el desempeño de la empresa en mayor medida; ya que si la empresa no tiene un rendimiento adecuado, ellos pierden sus recursos.

¹⁷⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Op. cit.*, p.233-234.

A la asamblea entonces, le corresponde “obrar con efectos de lo interno de la sociedad¹⁷⁷”. Por lo tanto de manera general, las competencias de este órgano son:

1. Definir el rumbo que tomará la sociedad. Es decir, aprobar las estrategias, políticas y administración de la sociedad.
2. Decidir sobre los asuntos de importancia para la sociedad.
3. Ratificar los actos y operaciones que realiza la sociedad.
4. Acordar sobre los derechos y obligaciones que le corresponden a la parte patrimonial.

Un punto importante sobre la asamblea de socios o accionistas, es que no labora de manera permanente, sino a través de convocatorias a reuniones que deben realizarse al menos una vez al año, para cumplir con su función deliberante. De acuerdo a la Ley General de Sociedades Mercantiles, a esta asamblea se le denomina **asamblea ordinaria**, y en ella se tratarán los siguientes asuntos (art. 181 LGSM):

- Nombrar al Consejo de Administración y Comisarios.
- Aprobar, discutir, modificar el informe que los órganos anteriores presentan, y tomar medidas al respecto.
- Determinar los emolumentos que le corresponden a dichos órganos.

¹⁷⁷ Brunetti, *Tratado del Derecho de las Sociedades*, Orlando Cárdenas Editor, México 1994, p.359.

Estas tareas, son las que la legislación establece que debe llevar a cabo la asamblea ordinaria, de la cual se deberá elaborar una orden del día, que incluya los puntos discutidos, las medidas a tomar y demás deliberaciones tratadas en la asamblea. En este sentido, se identifica la subordinación que los demás órganos de gobierno tienen con relación a la asamblea. Pues esta, les pide cuentas, encomienda tareas, además marca las pautas que debe seguir la empresa.

En adición, “los estatutos pueden ampliar la competencia de la asamblea ordinaria¹⁷⁸.” En otras palabras, se pueden fijar desde los estatutos del contrato social, los asuntos específicos en los que la asamblea tendrá que deliberar. Pero estos, siempre deberán orientarse al beneficio de la organización y limitarse a lo que establece la ley. Así mismo, la asamblea no puede conferir sus facultades a ningún otro órgano.

Por lo que, a pesar de ser un órgano dotado con cierta autonomía, esta se ve limitada bajo lo establecido por la ley y los estatutos del contrato social.

Por otro lado, existe la **asamblea extraordinaria**, la cual puede ser convocada en cualquier momento, para tratar asuntos relacionados con la modificación del contrato social, conforme a lo que establecen

¹⁷⁸ Mantilla Molina, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México 1990, p. 400.

las fracciones del artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

- I.- Prórroga de la duración de la sociedad;
- II.- Disolución anticipada de la sociedad;
- III.- Aumento o reducción del capital social;
- IV.- Cambio de objeto de la sociedad;
- V.- Cambio de nacionalidad de la sociedad;
- VI.- Transformación de la sociedad;
- VII.- Fusión con otra sociedad;
- VIII.- Emisión de acciones privilegiadas;
- IX.- Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce;
- X.- Emisión de bonos;
- XI.- Cualquiera otra modificación del contrato social, y
- XII.- Los demás asuntos para los que la Ley o el contrato social exijan un quórum especial. Estas asambleas podrán reunirse en cualquier tiempo.

Una vez que se identifica, y se conoce la labor de la asamblea de accionistas, ya se ordinaria o extraordinaria; es necesario explicar cómo se llega a la conciliación de intereses para la toma de decisiones. En otras palabras, ¿Quién o quiénes realmente toman las decisiones

en la práctica societaria? La respuesta a este cuestionamiento es muy sencilla, el **control de la sociedad**.

Dicho control, puede estar conformado de acuerdo a diversos supuestos, y dependerá de la cantidad de partes en las que esté dividido el capital, y el porcentaje de acciones que corresponda a cada socio; así como la asistencia o quorum presente en las asambleas. Pero siempre tendrá el control, la persona o grupo que tenga el **mayor porcentaje de acciones**.

De acuerdo con el artículo 2, fracción III de la Ley de Mercado de Valores, el control tiene las siguientes facultades:

III. Control, la capacidad de una persona o grupo de personas, de llevar a cabo cualquiera de los actos siguientes:

a) Imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes, de una persona moral.

b) Mantener la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital social de una persona moral.

c) Dirigir, directa o indirectamente, la administración, la estrategia o las principales políticas de una persona moral, ya sea a través de la propiedad de valores, por contrato o de cualquier otra forma.

Por ende, el socio o grupo de socios que tengan la mayoría de acciones concentradas, equivale al poder en la votación y por supuesto en la toma de decisiones de la empresa. En consecuencia, lo que el control decida, apruebe o desaprobe; también lo decide, aprueba o desaprueba toda la sociedad.

Sin embargo, esto no quiere decir que los accionistas minoritarios no tengan voz ni voto en dichos asuntos, o que el control utilice para beneficio propio esa facultad y poder. Para evitar estas situaciones, que traen muchos conflictos a las compañías e incluso a las economías como se ha visto con anterioridad; es necesario atender a lo establecido por los lineamientos no legislativos y sus recomendaciones, tales como el Código de Mejores Prácticas y los Principios de la OCDE.

6.2. Consejo Familiar

El Consejo Familiar se encarga de velar por los intereses de la familia, conforme al rumbo de la empresa. Este Consejo es importante, porque la familia va a buscar que la empresa continúe siendo fuente de ingreso y sustento para la familia. Es decir, los intereses del consejo familiar no deben estar peleados con los de los demás agentes involucrados, mas bien tendrán que orientarse a la permanencia de la empresa. Entre sus responsabilidades se encuentra dar un seguimiento

a la actividad de la empresa, decidir su interacción en la misma, evaluar su participación y elaborar el plan de sucesión.

Contar con un plan de sucesión es sumamente importante, ya que puede evitar pérdidas y hasta el mismo colapso de la empresa. Para elaborarlo, la familia en consenso, debe tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- Definir con cuánto tiempo de anticipación se debe iniciar la sucesión, así como la duración del período de transición.
- Establecer reglas para elegir al sucesor y los requisitos para elección.
- Tomar en cuenta, tanto el plan de carrera de los potenciales sucesores, así como el plan de retiro del antecesor.

6.3. Consejo de Administración

De acuerdo con lo que argumenta Manuel Pérez Alavez, miembro del Consejo Técnico de Gobierno Corporativo del Instituto Mexicano de Ejecutivos Financieros (IMEF): “La columna vertebral del gobierno corporativo en cualquier compañía, está constituida por el Consejo de Administración¹⁷⁹”. En otras palabras, dicho órgano sostiene a toda la estructura organizacional de la corporación.

¹⁷⁹ Pérez Alavez, *Importancia del gobierno corporativo*, EL ECONOMISTA. 18 de octubre de 2017. Visto de: <https://www.eleconomista.com.mx/opinion/Importancia-del-gobierno-corporativo-20171018-0004.html>

El Consejo de Administración, es designado por la asamblea de accionistas y por lo tanto, queda subordinado a lo que este le encomiende y vigilar el cumplimiento de las estrategias y acciones que dicha asamblea acuerde en orden la del día, y tiene el deber de rendirle cuentas.

En consecuencia, es un órgano que labora constantemente, porque debe ocuparse de la supervisión de la actividad cotidiana de la empresa. Esta situación debe quedar muy clara: el consejo de administración vigila y gestiona; más no le corresponde la ejecución. Aunado a ello, requiere además cumplir con ciertas funciones que establecen tanto la normativa legal, como los lineamientos no obligatorios. Por tal motivo, para explicar ampliamente las facultades de este órgano, tomé como base lo que abordan al respecto: el Código de Mejores Prácticas Corporativas y la Ley del Mercado de Valores; puesto que, son los lineamientos fundamentales que una empresa debe revisar y analizar, al momento de construir su estructura de gobierno. Del análisis, de ambas disposiciones, y a manera de síntesis presento las tres principales vertientes que sigue este órgano en lo que respecta a su desempeño.

Fig. 15. Vertientes de las funciones del Consejo de Administración



Fuente: Elaboración propia.

Gestión y Desarrollo

La gestión y el desarrollo, incluyen tareas de logística y planeación. Dentro de este grupo, se encuentran las funciones de “organización del ente y el establecimiento de relaciones con las personas (trabajadores, empleados, funcionarios)¹⁸⁰”, dirección los aspectos financieros y principales operaciones de la empresa. También se encarga del establecimiento la visión y estrategias de negocios, así como del cumplimiento los puntos que la asamblea delibera. De manera más específica la gestión y desarrollo, que deber realizar el

¹⁸⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo I-O*, Ed. Porrúa, México 1992, p. 2295.

Consejo de administración de una sociedad, se refleja a las siguientes tareas:

- Propiciar una buena comunicación con accionistas, directivos, trabajadores.
- El nombramiento, remuneración y establecimiento de criterios para selección de directores generales, y otros directivos relevantes.
- En el área financiera y contable de la sociedad: se encarga de elaborar estrategias y tomar medidas y acción, sobre el desempeño cotidiano de la empresa, así como proponer soluciones a problemas y riesgos que llegarán a suscitarse.
- La aprobación de operaciones importantes y poco comunes.
- La contratación de auditoría externa.
- La elaboración y presentación de informes a la asamblea, de acuerdo con lo que aborda la fracción IV del artículo 28 de la Ley del Mercado de Valores.
- La asignación de tareas y facultades del director general.

Vigilancia y Evaluación

Ambas acciones, son las que propician el buen funcionamiento de la estructura de gobierno, e incluso de toda la compañía. Sin vigilancia y evaluación, el sistema está en riesgo de fracasar; porque la empresa

jamás podría prevenir los riesgos, solucionar problemas, ni aprovechar las áreas de oportunidad y crecimiento.

Por lo tanto, el principal objetivo de este grupo de funciones, encomendadas al Consejo de administración; es monitorear y regular la actividad de la empresa en todos los sentidos, a través de la creación de políticas y normas, así como se indica a continuación:

Vigila y Evalúa:

- El desempeño de los consejeros, directores, auditores y trabajadores.
- La manera en que se realizan las operaciones de la empresa.
- El cumplimiento con el marco legislativo que le corresponde seguir a la empresa, tanto local como internacional, en todas las materias.
- Los estados financieros y la contabilidad la empresa.
- El cumplimiento de los acuerdos y deliberaciones realizadas por la asamblea.
- El cumplimiento de las políticas y lineamientos internos.

Establece políticas y lineamientos para:

- Aprobación de operaciones.
- Regular conductas y comportamiento.

- Comunicar y presentar información entre los agentes involucrados en la empresa.
- Otorgamiento de mutuos, préstamos y créditos. (Inciso e, fracción III del artículo 28 LMV)
- Control interno y auditorías.

Representación y Transparencia

Cualquier empresa que quiera participar en la Bolsa de Valores, debe hacer pública la información sobre su manejo, para que los potenciales inversionistas puedan conocer los aspectos financieros y organizacionales de la empresa en la que buscan invertir.

Por consecuencia, el Consejo de Administración, quien se encuentra a cargo de la gestión y desarrollo, así como de la vigilancia y la evaluación; también le corresponde exteriorizar y presentar el desempeño de la empresa.

Lo anterior involucra sin duda, la labor interna de la compañía; sin embargo, la representación y transparencia, van encaminadas a los aspectos externos. Por ejemplo: la relación que tiene con sus clientes, la atención que se le brinda a sus comentarios y quejas, las necesidades y problemas de la comunidad en la que se encuentran asentados, el impacto ambiental que generan en la misma, entre otros aspectos que le brindan a las corporaciones mayor estabilidad y confianza por parte del público.

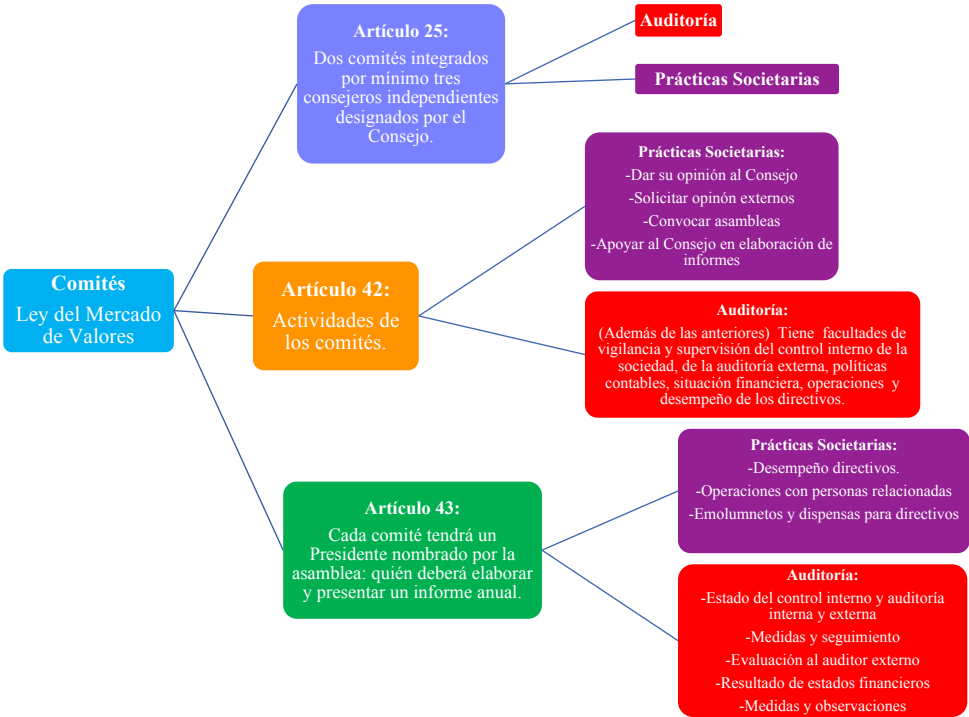
Por lo tanto, una empresa cumple con la representación y transparencia, a través de las siguientes acciones específicas:

- Generar certidumbre y confianza en la emisión, transmisión y manejo de información.
- Poner a disposición del público la información financiera, legal, ambiental, organizacional de la empresa.
- Garantizar que la información presentada sea fidedigna.
- Implementar prácticas sociales y ambientales.
- Propiciar una buena comunicación interna y externa de la empresa.
- Orientar las decisiones de la empresa, tomando en cuenta los intereses de todos los agentes involucrados.

Como se puede apreciar, este órgano de gobierno tiene a su cargo una larga lista de tareas y varias áreas que cubrir. Por lo tanto, deberá auxiliarse de **comités** para desempeñar sus funciones. La conformación de dichos comités, a cargo del Consejo de Administración, permite contar con grupos de trabajo concentrados en un enfoque y tareas específicos: lo cual implica un desempeño organizado y especializado; evitando saturar de competencias a un solo grupo.

De acuerdo a ello, la Ley del Mercado de Valores, establece que el consejo de administración, contará con comités dos comités: **auditoría** y **prácticas societarias**. De tal forma que, es obligatorio que el Consejo de Administración cuente con ambos comités. Así mismo, en el siguiente organizador gráfico sintetizo los puntos más importantes sobre estos comités de acuerdo con la Ley del Mercado de Valores:

Fig. 16. Comités del Consejo de Administración



Fuente: Elaboración propia basada en los artículos 25,42 y 43 de la Ley del Mercado de Valores.

Este es el modelo que la legislación establece para delegar las funciones que corresponden al Consejo de Administración; a través de dos comités básicos y necesarios en la estructura de este nivel de gobierno. Sin embargo, pueden existir varios comités especializados

en ciertas funciones, para así facilitar aun más el enfoque y la concentración en funciones específicas que se le adjudican al Consejo de Administración. Los siguientes, son algunos ejemplos de comités:

- Riesgos
- Evaluación y resultados
- Nominación y compensación
- Finanzas y planeación
- Desarrollo comunitario
- Transparencia
- Recepción de quejas y denuncias

6.3. Equipo Directivo

Este órgano de gobierno se encarga de la parte funcional de la empresa en su máxima expresión: ya que conduce la ejecución de las estrategias planteadas por los demás órganos de gobierno, la operación cotidiana de la compañía en sus diversas áreas. Todo esto de acuerdo con las políticas de control interno.

El director general, es el líder del equipo directivo y tiene amplias facultades para representar a la sociedad (artículo 44 de la Ley del Mercado de Valores); por su parte, dichas facultades, traen consigo también amplia responsabilidad, en caso de diligencia, falsedad,

incumplimiento de sus funciones, entre otras conductas negativas. Además, tiene a su cargo a los directores de cada una de las áreas de la empresa y deberá presentar un informe al Consejo de Administración del desempeño de cada uno de ellos, así como del desempeño general de la empresa. Por lo tanto, para que el director elabore ese informe deberá incluir los informes de cada uno de los directores o gerentes de área. Dichos funcionarios, se encargan de hacer funcionar al equipo de trabajo y ejecutar las estrategias y visiones que los demás órganos elaboran.

7. Conclusiones generales

El modelo de gobierno corporativo debe adaptarse a las necesidades y realidad de la empresa, así como evolucionar y crecer. Por lo tanto, no es un sistema rígido ni estricto. Sin embargo, sí es necesario cumplir con los aspectos que marca la legislación, y atender a las recomendaciones de las diversas instituciones especializadas en la materia; estas últimas son de gran utilidad para iniciar y mejorar el proceso de institucionalización.

Por otro lado, recomiendo ampliamente revisar las estructuras de gobierno corporativo que manejan las empresas de gran dimensión: con la finalidad de que el lector genere su propia perspectiva sobre la temática, compare las diversas formas de aplicación del sistema de gobierno, e identifique cómo implementarlo en su empresa.

En algunos casos, la delegación de tareas, es aceptada con dificultad por los directivos de alto nivel e incluso por los mismos dueños de la empresa: porque sienten la necesidad de tener el control de todo lo que sucede en la organización. Esta actitud, es para nada negativa, sin embargo, el que estos sujetos busquen estar involucrados directamente en la ejecución de estrategias, o campos de acción de otros niveles; puede truncar el sistema de organización. De modo que, se interrumpe la armonía, la comunicación y el seguimiento de las etapas del proceso organizacional: cuestión que no favorece al desempeño eficiente. En este sentido, destaco la importancia de la implementación de manuales o documentos en los que se describan específicamente las funciones de cada órgano, área y directivo; para que de esta manera cada nivel de gobierno tenga conocimiento de sus respectivas competencias, obligaciones y situaciones en las que debe intervenir.

8. Bibliografía consultada

Legislación:

Ley del Mercado de Valores

Ley General de Sociedades Mercantiles

Libros:

Brunetti, *Tratado del Derecho de las Sociedades*, Orlando Cárdenas Editor, México 1994.

Larrea Martínez y Vargas García, “*Apuntes de Gobierno Corporativo*”, Ed. Porrúa, México 2013.

Mantilla Molina, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México 1990.

Diccionarios:

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

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo I-O*, Ed. Porrúa, México 1992.

Real Academia Española, *Diccionario esencial de la lengua española*, Ed. Espasa Calpe, España 2006.

Documentos:

Boletín Gobierno Corporativo Deloitte, *Los consejeros independientes en las empresas familiares*, verano 2013. Visto

de:

<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/risk/Gobierno-Corporativo/los-consejeros-independientes-en-las-empresas-familiares.pdf>

Bolsa Mexicana de Valores (BMV), *Guía Gobierno Corporativo*, s/f.

Visto de:

http://www.bmv.com.mx/work/models/Grupo_BMV/Resource/882/1/images/guia_gobierno_corporativo.pdf,

Comité de Mejores Prácticas Corporativas del Consejo Coordinador

Empresarial (CCE), *Código de Mejores Prácticas Corporativas*,

México 2010. Visto de:

<http://www.cce.org.mx/sites/default/files/CodigoMejoresPracticas.pdf>

Comité de Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo y Subcomité

Académico del Consejo Coordinador Empresarial (CCE),

Código de Mejores Prácticas Corporativas-Anexo: Glosario,

México 2014. Visto de:

<http://cce.org.mx/comitedegobiernocorporativo/archivos/Glosario.pdf>

Comité Técnico Local Gobierno Corporativo, *Boletín Ejecutivos de*

Finanzas No. 1, Instituto Mexicano de Ejecutivos de Finanzas,

México 2011, p.4. Visto de pdf:

<http://www.imef.org.mx/grupos/guadalajara/descargas/gobcorporativo/GobCorporativo1.pdf>

Sitios web:

Centro de Excelencia en Gobierno Corporativo, *Concepto, importancia, glosario, el Gobierno Corporativo en México y el mundo*. (s/f). Visto de Universidad Anáhuac Sur:

<http://www.uas.mx/cegc/gc.asp#concepto>

Pérez Alavez, *Importancia del gobierno corporativo*, EL ECONOMISTA. 18 de octubre de 2017. Visto de:

<https://www.eleconomista.com.mx/opinion/Importancia-del-gobierno-corporativo-20171018-0004.html>

VIII

SOCIEDAD ANÓNIMA PROMOTORA DE INVERSIÓN

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Comparación entre sociedad anónima mercantil y sociedad anónima promotora de inversión. 4. De sociedad anónima promotora de inversión a sociedad anónima promotora de inversión bursátil: rumbo a cotizar en la bolsa de valores. 5. Aplicación a un caso. 6. Consideraciones finales. 7. Referencias.

1. Introducción

Cuando el emprendedor tiene su momento de iluminación, es decir, le surge una idea innovadora de negocio, pueden suscitarse dos situaciones: o cree que ya tiene la mayor parte del trabajo hecho o bien no sabe qué hacer respecto a su idea. En este punto encontramos la diferencia entre emprendedor y empresario. El primero, es una persona creativa que genera tanto productos como servicios innovadores que facilitan tareas y solucionan problemas. Mientras que el segundo, el empresario, es quien se encarga de traducir las ideas en acciones, es decir, planea, ejecuta y explota las ideas de negocio. Normalmente, el emprendedor y el empresario son personas distintas que colaboran para obtener el mismo fin, sin embargo,

existen casos en los que el emprendedor (el creativo) es a su vez empresario (el que acciona).

Entonces, hay que dejar en claro que tener una idea de negocio no implica que se puede convertir en empresa automáticamente. Para ello, se requiere hacer una proyección en la que se traduzca la idea en algo materializable, viable y sobre todo rentable. Cuando las ideas de negocio no cumplen con estas tres características son solo ocurrencias, que pueden implicar un gran riesgo monetario cuando se ejecutan.

Por lo tanto, antes de invertir tiempo y dinero en una idea, conviene cerciorarse de que esta no sea una ocurrencia. Elaborar un proyecto, es el primer paso para la creación de una empresa, pues impide que la idea del emprendedor sea solamente una abstracción de su pensamiento o un “sueño”; además, permite comprobar que dicha idea cumpla con las tres características fundamentales: materializable, viable y rentable. Existen varios formatos y esquemas, que pueden auxiliar al emprendedor y empresario en la tarea de planeación, algunos de ellos son: modelo de canvas, plan de negocios y el modelo *tres p* (producto, proceso, personal). Estas herramientas, permiten responder las preguntas fundamentales para la creación de la empresa: ¿qué se hará? ¿cómo se hará? ¿dónde? ¿quiénes lo harán? ¿quiénes lo comprarán? ¿cuánto costará hacerlo y venderlo?

Una vez respondidas las interrogantes anteriores, es decir, ya realizada la planeación, el siguiente paso es analizar la situación actual: qué se tiene y qué se necesita para poner el proyecto en marcha. En este punto, comúnmente el factor económico es un limitante porque la mayoría de las veces no se cuenta con capital para emprender o el que se tiene no es suficiente. Incluso otro caso podría ser que la empresa ya despegó pero necesita dinero para expandirse, abrir nuevos mercados o desarrollar proyectos especiales. En fin, en cualquiera de los casos anteriores es necesario buscar financiamiento y para ello existen varias opciones: pedir un préstamo a familiares, acudir a una institución bancaria para solicitar un crédito, asociarse, entre otras.

El presente artículo, se enfocará en la asociación como vía para financiar las ideas de negocio y convertirlas en empresas, así como para impulsar su crecimiento. En relación con esta línea temática, la legislación mexicana ofrece un amplio catálogo de posibilidades para asociarse, que se pueden clasificar de acuerdo a la finalidad que persiga la sociedad. Las sociedades que buscan realizar actividades lucrativas o de producción optan por alguno de los siete tipos de sociedad mercantil, incluidas en la Ley General de Sociedades Mercantiles:

- Sociedad en nombre colectivo
- Sociedad en comandita simple

- Sociedad de Responsabilidad Limitada
- Sociedad Anónima
- Sociedad en comandita por acciones
- Sociedad Cooperativa
- Sociedad por acciones simplificada

No obstante, desde el 2006 también existen otras alternativas contempladas en la Ley del Mercado de Valores; la cual tuvo como principal objetivo la implementación de mecanismos más flexibles y modernos que permitieran la posibilidad de crecimiento a largo plazo de las empresas. A partir de entonces, la Ley del Mercado de Valores facilita la transición de la sociedad anónima tradicional a regímenes societarios que facilitan y promueven la inversión, los cuales son: sociedad anónima promotora de inversión (S.A.P.I.), sociedad anónima promotora de inversión bursátil (S.A.P.I.B.) y sociedad anónima bursátil (S.A.B.).

Por lo tanto, los temas que abordará este artículo son: antecedentes de los regímenes societarios de la Ley del Mercado de Valores, comparación entre la sociedad anónima mercantil y la sociedad anónima promotora de inversión, transición de sociedad anónima promotora de inversión a sociedad anónima promotora de inversión bursátil. Todas las anteriores, son tipos societarios que permiten el financiamiento de proyectos de negocio y contribuyen al crecimiento de empresas pequeñas y medianas. De tal forma, el

presente artículo tiene como intención brindar información actualizada y útil sobre estas temáticas que son poco difundidas, así como contribuir a que los emprendedores y empresarios cuenten con herramientas de conocimiento, que les ayuden a tomar mejores decisiones.

2. Antecedentes

Para los primeros años de la década del 2000 México tenía retos importantes en el sector financiero: impulsar el mercado de valores y otros tipos de inversión como el capital de riesgo, así como fortalecer el mercado de deuda. En aquel entonces, nuestro país experimentó un desarrollo a pasos pequeños en este sector, lo cual se reflejó en las vías de financiamiento por las que optaban las empresas mexicanas.

Concretamente, solo las empresas de mayor tamaño se listaban en la Bolsa de Valores, sin embargo, eran muy pocas y la regulación existente respecto a ellas no era congruente con los parámetros que se manejaban en el ámbito internacional, lo cual generaba desconfianza por parte del público inversionista. Mientras que, la mayoría de las empresas pequeñas y medianas buscaban financiamiento a través de créditos bancarios y préstamos, así como de otros instrumentos de deuda. Por otra parte, las inversiones en capital para empresas medianas y pequeñas se limitaban a la retención de utilidades o

aportaciones de personas físicas (Ley del Mercado de Valores, 2018a).

En este sentido, México enfrentaba un panorama complejo, pues no tenía un mercado de valores competitivo, las empresas buscaban crecer y para lograrlo optaban por el financiamiento bancario y el mercado de deuda en lugar de la inversión en capital. Esta situación se generaba debido a que la legislación de las sociedades mercantiles no favorecía a las inversiones de capital privado y de riesgo, ya que los mecanismos de entrada y salida de inversión eran bastante complicados. Además, los inversionistas carecían de seguridad jurídica y poca o nula participación en las decisiones de la organización. En consecuencia, preferían otorgar créditos y préstamos en lugar de invertir directamente en el capital de las organizaciones, quienes quedaban sujetas a un plan estricto de pagos e intereses.

Como resultado de lo anterior, uno de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006 de la Presidencia de la República (2001) a cargo de Vicente Fox, consistía en impulsar el sector empresarial, incorporar a las pequeñas y medianas empresas a la economía globalizada e incentivar la inversión. Para ello, había que tomar medidas como: flexibilizar el marco jurídico, incluir recomendaciones internacionales para el buen manejo de las empresas e introducir nuevas figuras societarias que motivaran a incursionar en

el mercado de valores, el cual “es una forma de acceder al financiamiento bancario a través de capital o deuda” (Larrea y Vargas, 2013, p.17).

De modo que, en 2001 se reformó la Ley del Mercado de Valores en cuanto a los requisitos para las sociedades que cotizaban en la Bolsa (Ley del Mercado de Valores, 2018a):

i) el reconocimiento de mejores derechos a favor de los accionistas minoritarios; (ii) un mínimo de prácticas de buen gobierno societario en las emisoras; (iii) los límites para la emisión de acciones sin voto o de voto limitado o restringido; (iv) las contrapartes centrales para mejorar la liquidez, y (v) un sistema que privilegia la revelación de información en sustitución del régimen de inscripción de valores y aprobación de su oferta pública basado en méritos.

Si bien, esta reforma aún dejó algunos cabos sueltos, en cuanto a la modernización de los regímenes societarios y en el fomento de la incursión en el mercado de valores a empresas pequeñas, medianas y familiares. Por lo que entonces, se decidió que era necesario replantear toda la legislación existente relativa al mercado de valores. Por consiguiente, en 2005 se presentó la iniciativa de la Ley del Mercado de Valores que fue aprobada en diciembre de ese mismo año y entró en vigor el 28 de junio de 2006. En dicha ley se implementaron lineamientos aplicados en mercados internacionales tales como: mejorar la forma de administración y vigilancia de las sociedades, definir la participación de las minorías, y la posibilidad de cambiar de régimen societario para flexibilizar los mecanismos de inversión de capital privado y de riesgo.

Además, se introdujeron tres nuevos regímenes societarios: **sociedad anónima promotora de inversión, sociedad anónima promotora de inversión bursátil y sociedad anónima bursátil**. En este sentido, la nueva Ley del Mercado de Valores planteó un esquema de crecimiento para las empresas a través de un esquema de transición de regímenes societarios.

Fig. 17. Transición de sociedad anónima mercantil a sociedad anónima bursátil

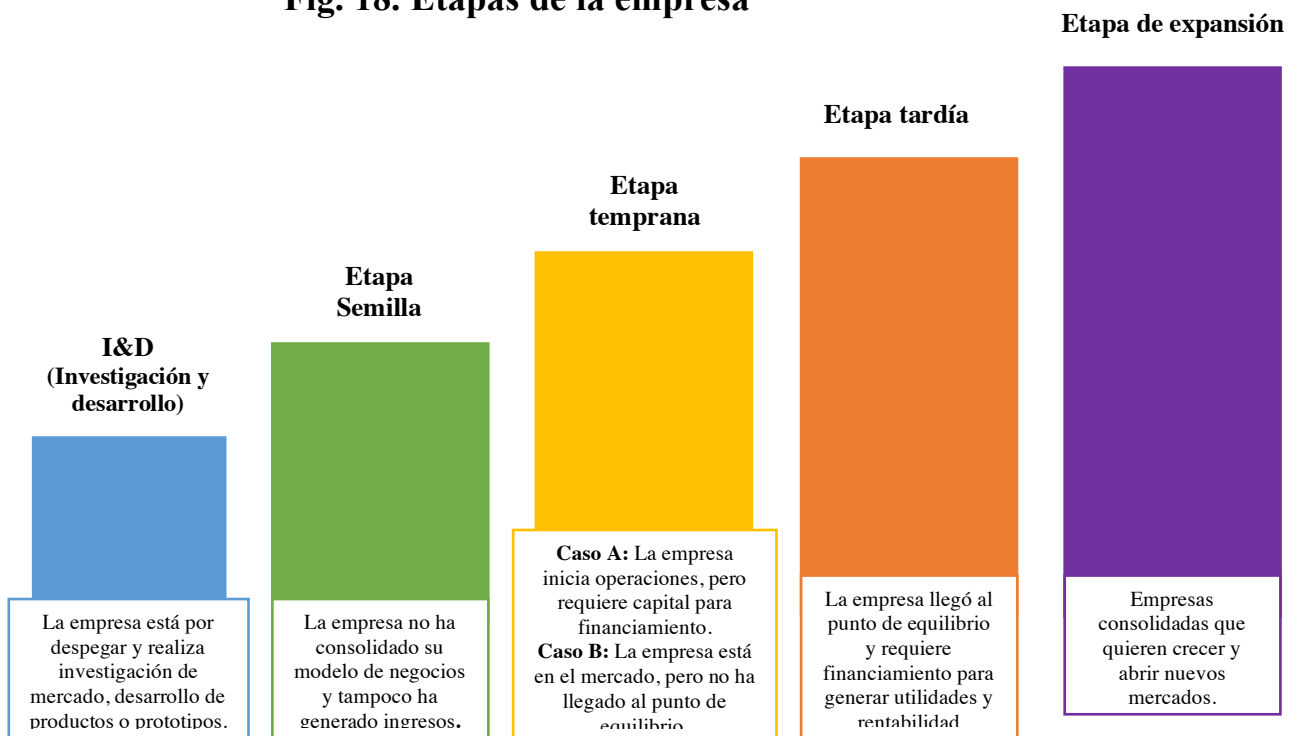


Fuente: Elaboración propia.

3. Comparación entre sociedad anónima mercantil y sociedad anónima promotora de inversión

En el esquema anterior, la sociedad anónima mercantil se encuentra en el primer escalón porque es común que las empresas se constituyan bajo este régimen societario y una vez constituidas o puestas en marcha pueden experimentar la necesidad de financiamiento cuando se encuentran en alguno de los siguientes supuestos:

Fig. 18. Etapas de la empresa



Fuente: Elaboración propia con base en la información del sitio web de AMEXCAP (2013b): Tipos de inversiones de capital privado y emprendedor.

En cualquiera de estos casos, como ya se ha visto, una empresa tiene varias opciones: buscar créditos, préstamos o instrumentos de deuda u optar por buscar la inversión en su capital directamente. En este sentido, la inversión en capital tiene mayores ventajas frente a la deuda, porque el **inversionista**, es decir, la persona física o moral que coloca sus recursos en una entidad (Grupo BMV, 2015a). De modo que, el inversionista otorga sus recursos a las compañías a cambio de recibir un beneficio económico o rendimiento de las ganancias que genera el proyecto en el que invirtieron. La periodicidad y forma de pago puede variar, dependiendo el tipo de acciones que adquiera el

inversionista, asimismo, existe la posibilidad de determinar el porcentaje que se pagará. En consecuencia, el objetivo del inversionista no solo es recuperar su inversión, sino que esta genere un excedente. Por lo que, no exige a las compañías un plan de pagos estricto a cambio de sus recursos; a diferencia de los préstamos o créditos. Además, la inversión que efectúa no es permanente, si no que buscará retirarla después de un plazo que varía comúnmente entre 3-7 años (AMEXCAP, 2013a).

Otra de las ventajas de la inversión en capital es que existen firmas de inversionistas profesionales que se dedican a invertir en proyectos de emprendedores, empresas que se encuentran en las etapas semilla o temprana (**capital de riesgo**), así como en compañías ya consolidadas que buscan crecer (**capital privado**). Dichos inversionistas, además de otorgar los recursos necesarios para el financiamiento, transfieren su conocimiento sobre mejores prácticas y organización para mejorar la competitividad de la empresa en la que invirtieron.

Ahora bien, si la sociedad anónima decide financiarse vía deuda no es necesario que cambie su régimen societario. Sin embargo, antes de la reforma a la Ley General de Sociedades mercantiles realizada en junio del 2014, si una empresa optaba por la inversión en capital de riesgo o privado, requería de un cambio de régimen para facilitar la entrada y salida de inversión. Actualmente, las diferencias que

existen entre la sociedad anónima mercantil y la sociedad anónima promotora de inversión son mínimas debido a la reforma. Sin embargo, dichas diferencias pueden incidir en la cantidad y calidad de inversionistas que deseen participar en la organización. De manera más puntual, presentaré las diferencias y semejanzas que existen entre ambos tipos societarios a partir de la reforma de 2014.

De entrada, la transición de sociedad anónima mercantil a sociedad anónima promotora de inversión, se encuentra establecida de la siguiente manera en el artículo 12 de la Ley del Mercado de Valores (2018b):

Artículo 12.- Las sociedades anónimas podrán constituirse como sociedades anónimas promotoras de inversión o adoptar dicha modalidad, observando para ello las disposiciones especiales que se contienen en el presente ordenamiento legal y, en lo no previsto por este, lo señalado en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Las sociedades anónimas que una vez constituidas pretendan adoptar la modalidad a que se refiere este artículo, deberán previamente contar con el acuerdo de su asamblea general extraordinaria de accionistas. Los accionistas que voten en contra, podrán ejercer el derecho de separación al valor contable de las acciones en la fecha de su ejercicio, una vez que surta efectos el acuerdo correspondiente.

La denominación social de las sociedades a que hace referencia este artículo se formará libremente conforme a lo previsto en el artículo 88 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, debiendo agregar a su denominación social la expresión "Promotora de Inversión" o su abreviatura "P.I."

En este punto cabe aclarar que si una empresa aún no se ha constituido bajo ningún régimen societario y quiere optar por la

sociedad anónima promotora de inversión, puede constituirse de esa manera desde un principio sin necesidad de ser sociedad anónima mercantil primero. Asimismo, tal como lo plantea el artículo 12 de la Ley del Mercado de Valores (2018b) para efectuar el cambio de régimen es necesario que la mayoría de los socios esté de acuerdo con ello y permite la separación de quienes no deseen el cambio.

A su vez, se observa el contraste más obvio entre sociedad anónima mercantil y promotora de inversión: por una parte, se conserva la libertad de elegir una denominación o en su caso conservar la que previamente se había elegido, pero deberá de ir seguida de las palabras: sociedad anónima promotora de inversión o su abreviatura “S.A.P.I.”.

En cuanto a las semejanzas que existen entre ambos regímenes, conviene partir explicando las relacionadas con los **derechos corporativos**. Como primer punto, tanto la sociedad anónima mercantil como la promotora de inversión, según sea el caso podrán incluir en sus estatutos sociales las siguientes estipulaciones:

Tabla 4. Estipulaciones sobre Derechos Corporativos

DERECHOS CORPORATIVOS	Sociedad Anónima (S.A.)	Sociedad Anónima Promotora de Inversión (S.A.P.I.)
<p>Restricciones para la transmisión de acciones, distintas a lo previsto en el artículo 130 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que establece que en el contrato social será posible pactar que la transmisión de acciones se dé solamente con la aprobación del consejo de administración.</p>	<p>Artículo 91 fracción VII inciso a) de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM).</p>	<p>Artículo 13 fracción I de la Ley del Mercado de Valores (LMV).</p>
<p>Causales de exclusión de socios-accionistas, derechos de separación, de retiro y de amortización de acciones, así como el precio o bases para su determinación.</p>	<p>Artículo 91 fracción VII inciso b) (LGSM).</p>	<p>Artículo 13 fracción II (LMV).</p>
<p>Mecanismos a seguir en caso de desacuerdo entre accionistas.</p>	<p>Artículo 91 fracción VII inciso d) (LGSM).</p>	<p>Artículo 13 fracción IV (LMV).</p>
<p>Ampliación, limitación o negación del derecho de suscripción preferente referido en el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (2018): Los accionistas tendrán derecho preferente, en proporción al número de sus acciones para</p>	<p>Artículo 91 fracción VII inciso e) (LGSM).</p>	<p>Artículo 13 fracción V (LMV).</p>

suscribir las que emitan en caso de aumento de capital social.		
Límites para la responsabilidad en daños y perjuicios por consejeros y funcionarios.	Artículo 91 fracción VII inciso f) (LGSM).	Artículo 13 fracción VI (LMV).

Fuente: Elaboración propia con base en la Ley General de Sociedades Mercantiles(2018) y la Ley del Mercado de Valores (2018b).

Los derechos corporativos que presenta la tabla 1 reflejan claramente la flexibilización del régimen de la sociedad anónima. Pues desde los estatutos constitutivos de la sociedad se establecen condiciones para transmitir acciones, salida y entrada de inversión, suscripción de acciones y un punto que es muy importante es el de mecanismos a seguir en caso de desacuerdo de accionistas; ya que cuando una empresa decide financiarse a través de capital implica que se vean implicados los intereses y sobre todo los recursos de muchas personas.

Un segundo aspecto común en ambas sociedades es la posibilidad que se les otorga para emitir varios tipos o series de acciones, distintas a lo que establecen los artículos 112 y 113 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (2018); las cuales también deberán incluirse en los estatutos sociales. De esta manera se atiende la necesidad de flexibilizar el marco jurídico de las sociedades anónimas para promover o limitar la participación de cierto tipo de accionistas o inversionistas, desde cuestiones económicas como el porcentaje y forma de pago de los dividendos, hasta la posibilidad o imposibilidad

de involucrarse en los negocios principales de la empresa o únicamente participar en proyectos especiales e incluso áreas geográficas.

Tabla 5. Tipos de acciones

DERECHOS CORPORATIVOS	Sociedad Anónima (S.A.)	Sociedad Anónima Promotora de Inversión (S.A.P.I.)
Acciones con voto limitado o sin derecho a voto.	Artículo 91 fracción VII inciso c) número 1 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM, 2018).	Artículo 13 fracción III inciso a) de la Ley del Mercado de Valores (LMV, 2018).
Acciones que otorgan derechos sociales no económicos distintos al derecho de voto o exclusivamente al derecho de voto.	Artículo 91 fracción VII inciso c) número 2 (LGSM).	Artículo 13 fracción III inciso b) (LMV).
Acciones que confieran el derecho de veto o voto favorable.	Artículo 91 fracción VII inciso c) número 3 (LGSM).	Artículo 13 fracción III inciso d) (LMV).
Acciones que limiten o amplíen el reparto de utilidades u otros derechos económicos especiales (distribución de dividendos), exceptuando lo que dispone el artículo 17 de	Artículo 112 (LGSM, 2018): Las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos. Sin embargo, en el	Artículo 13 fracción III inciso c) (LMV).

<p>la Ley General de Sociedades Mercantiles (2018):</p> <p>No producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias (p.5).</p>	<p>contrato social podrá estipularse que el capital se divida en varias clases de acciones con derechos especiales, observándose siempre lo que dispone el artículo 17.</p>	
---	---	--

Fuente: Elaboración propia con base en la Ley General de Sociedades Mercantiles (2018) y la Ley del Mercado de Valores (2018b).

Los tres primeros tipos de acciones que presenta la tabla anterior permiten que los socios fundadores dispuestos a abrir las puertas de su empresa puedan controlar la participación de los nuevos accionistas, así como definir quienes tendrán más influencia en las decisiones importantes de la compañía. En este sentido, pueden definir quien vota y quien no en diferentes circunstancias. De la misma manera, se admite la posibilidad de decidir cómo se efectuará la distribución de los dividendos y ganancias que se generen de las utilidades de la empresa. Así pues, se pueden establecer ciertos tipos de acciones con privilegios como las **acciones preferentes** a cuyos tenedores se les paga primero que a los demás.

Otra de las similitudes entre el régimen de la sociedad anónima mercantil y la promotora de inversión es que ambas otorgan el derecho a sus socios-accionistas de convenir entre ellos sobre la

compra, venta y enajenación de acciones, tal y como se muestra a continuación:

Sociedad Anónima (LGSM, 2018)

Artículo 198. Sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales, los accionistas de las sociedades anónimas podrán convenir entre ellos:

I. Derechos y obligaciones que establezcan opciones de compra o venta de las acciones representativas del capital social de la sociedad, tales como:

a) Que uno o varios accionistas solamente puedan enajenar la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando el adquirente se obligue también a adquirir una proporción o la totalidad de las acciones de otro u otros accionistas, en iguales condiciones;

b) Que uno o varios accionistas puedan exigir a otro socio la enajenación de la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando aquellos acepten una oferta de adquisición, en iguales condiciones;

c) Que uno o varios accionistas tengan derecho a enajenar o adquirir de otro accionista, quien deberá estar obligado a enajenar o adquirir, según corresponda, la totalidad o parte de la tenencia accionaria objeto de la operación, a un precio determinado o determinable;

d) Que uno o varios accionistas queden obligados a suscribir y pagar cierto número de acciones representativas del capital social de la sociedad, a un precio determinado o determinable, y

e) Otros derechos y obligaciones de naturaleza análoga;

II. Enajenaciones y demás actos jurídicos relativos al dominio, disposición o ejercicio del derecho de preferencia a que se refiere el artículo 132 de esta Ley, con independencia de que tales actos jurídicos se lleven a cabo con otros accionistas o con personas distintas de estos;

III. Acuerdos para el ejercicio del derecho de voto en asambleas de accionistas;

IV. Acuerdos para la enajenación de sus acciones en oferta pública; y

V. Otros de naturaleza análoga.

Los convenios a que se refiere este artículo no serán oponibles a la sociedad, excepto tratándose de resolución judicial.

Sociedad Anónima Promotora de Inversión, artículo 16 fracción VI de la Ley del Mercado de Valores (2018b)

Artículo 16

VI. Convenir entre ellos:

a) Obligaciones de no desarrollar giros comerciales que compitan con la sociedad, limitadas en tiempo, materia y cobertura geográfica, sin que dichas limitaciones excedan de tres años y sin perjuicio de lo establecido en otras leyes que resulten aplicables.

b) Derechos y obligaciones que establezcan opciones de compra o venta de las acciones representativas del capital social de la sociedad, tales como:

1. Que uno o varios accionistas solamente puedan enajenar la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando el adquirente se obligue también a adquirir una proporción o la totalidad de las acciones de otro u otros accionistas, en iguales condiciones.

2. Que uno o varios accionistas puedan exigir a otro socio la enajenación de la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando aquellos acepten una oferta de adquisición, en iguales condiciones.

3. Que uno o varios accionistas tengan derecho a enajenar o adquirir de otro accionista, quien deberá estar obligado a enajenar o adquirir, según corresponda, la totalidad o parte de la tenencia accionaria objeto de la operación, a un precio determinado o determinable.

4. Que uno o varios accionistas queden obligados a suscribir y pagar cierto número de acciones representativas del capital social de la sociedad, a un precio determinado o determinable.

c) Enajenaciones y demás actos jurídicos relativos al dominio, disposición o ejercicio del derecho de preferencia a que se refiere el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, con

independencia de que tales actos jurídicos se lleven a cabo con otros accionistas o con personas distintas de estos.

d) Acuerdos para el ejercicio del derecho de voto en asambleas de accionistas, sin que al efecto resulte aplicable el artículo 198 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

e) Acuerdos para la enajenación de sus acciones en oferta pública.

Los convenios a que se refiere esta fracción no serán oponibles a la sociedad, excepto tratándose de resolución judicial.

Al igual que los derechos corporativos anteriores, los convenios tratados en estos artículos buscan sentar las reglas del juego en este caso de las operaciones con acciones, tanto para evitar irregularidades como para permitir distintos tipos de transacciones entre accionistas. Incluso permite planear a futuro, puesto que una vez que la empresa esté bien consolidada y rentable, se abre la posibilidad de que los accionistas fundadores puedan adquirir las acciones de inversionistas.

Por otra parte, comparando ambos artículos de distintos ordenamientos, es posible identificar que comparten casi la misma estructura, exceptuando el inciso a) de la fracción VI del artículo 16 de la Ley del Mercado de Valores (2018b); relativo al convenio de no competencia entre accionistas que pueden tener otros negocios o inversiones del mismo giro. Esto último, funciona como una especie de protección para evitar prácticas desleales y conflictos de interés.

Ahora bien, en cuanto a las diferencias que existen los dos tipos societarios, el primer punto sería la **protección de minorías**. En ese sentido, el régimen de la sociedad anónima promotora de inversión, a

diferencia de la sociedad anónima mercantil, dota de protección a las minorías en cuanto a los porcentajes requeridos para la toma de decisiones importantes de la empresa, de la siguiente manera:

Tabla 6. Derechos de las minorías

DERECHOS DE LAS MINORÍAS	Sociedad anónima (S.A.)	Sociedad anónima promotora de inversión (S.A.P.I.)
Para el nombrar a la administración de la sociedad... (administrador único o consejo).	Se requiere el 25% del capital; aunque también es posible determinar el porcentaje en el contrato social (artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).	Se requiere el 10% del capital (fracción I del artículo 16 de la Ley del Mercado de Valores).
Para nombrar al comisario...	Se requiere el 25% del capital (art. 171 de la LGSM).	Se requiere el 10% del capital (fracción II art. 16 LMV).
Para convocar asambleas...	Se requiere el 33% del capital (art. 184 LGSM).	Se requiere el 10% del capital (fracción III art. 16 LMV).
Para ejercer la acción de responsabilidad civil en contra de la administración o vigilancia de la sociedad...	Se requiere el 25% del capital (art.163 LGSM).	Se requiere el 15% del capital (fracción IV art. 16 LMV).

Fuente: Elaboración propia con base en la Ley General de Sociedades Mercantiles (2018) y la Ley del Mercado de Valores (2018b).

Hay que destacar que los derechos de minorías que establece el régimen de la sociedad anónima promotora de inversión son bastante atractivos para los accionistas fundadores de la empresa y los posibles inversionistas. En este sentido, considero que esa es otra de las ventajas de la inversión en capital, pues tanto los accionistas fundadores como los inversionistas están a bordo del mismo barco, es decir, les interesa el rendimiento de la empresa, porque les permitirá beneficiarse de las ganancias. Por otra parte, la protección de minorías vista desde la perspectiva de las empresas en etapas semilla o temprana también es ventajosa porque les permite a los emprendedores tener poder de decisión e influencia sin necesidad de ser dueños de una gran parte del capital.

La segunda diferencia entre estos tipos societarios radica en las figuras de vigilancia y administración de ambas sociedades, así como en las funciones que le corresponde a cada una, tal como se muestra en la siguiente tabla:

Tabla 7. Administración y Vigilancia

ADMINISTRACIÓN Y VIGILANCIA	Sociedad anónima (S.A.)	Sociedad anónima promotora de inversión (S.A.P.I.)
Administración de la sociedad.	-A cargo de uno (administrador único) o varios administradores	La Ley del Mercado de Valores presenta dos opciones:

	<p>que pueden ser o no socios (art. 142 Ley General de Sociedades Mercantiles).</p> <p>-Cuando son dos o más administradores constituyen un consejo de administración (art. 143 Ley General de Sociedades Mercantiles).</p>	<p>Opción 1</p> <p>Régimen sociedad anónima (art. 14 LMV)</p> <p>-Consejo de administración.</p> <p>-No puede ser un administrador único.</p> <p>Opción 2-</p> <p>Régimen sociedades anónimas bursátiles (art. 15 LMV)</p> <p>-Consejo de administración y director general.</p> <p>- Consejeros independientes no obligatorios.</p>
<p>Vigilancia de la sociedad.</p>	<p>A cargo de uno o varios comisarios (art. 164 LGSM).</p>	<p>De igual forma, para la vigilancia existen dos opciones:</p> <p>Opción 1</p> <p>Régimen sociedad anónima</p> <p>-Comisario/comisarios.</p> <p>-Queda sujeta a lo que establece al respecto la Ley General de Sociedades Mercantiles (art. 15 LMV), excepto en el porcentaje para nombramiento.</p> <p>Opción 2</p>

		<p>Régimen sociedades anónimas bursátiles</p> <p>-Auditor externo y comité de auditoría integrado por consejeros (art. 15 LMV).</p>
--	--	--

Fuente: Elaboración propia con base en la Ley General de Sociedades Mercantiles (2018) y la Ley del Mercado de Valores (2018b).

Explico de manera más detallada las dos opciones que tiene la sociedad anónima promotora de inversión para delegar las funciones de vigilancia y administración. En cuanto a la primera opción que es mantener el régimen de la sociedad anónima tradicional, lo único que cambia es que se vuelve obligatorio contar con un consejo de administración. Así pues, para la vigilancia, la sociedad anónima promotora de inversión tendrá que sujetarse a lo que dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles sobre las funciones de los comisarios.

Por otro lado, la segunda vía que implica sujetarse a lo que la Ley del Mercado de Valores establece para las funciones de administración y vigilancia de la sociedad anónima bursátil. Dicho régimen es un tanto más complejo, requiere de una cantidad mayor de personas y atiende a los parámetros de **gobierno corporativo**. Puntalmente, en las sociedades anónimas bursátiles la administración está a cargo del consejo de administración y un director general (art. 23 Ley del Mercado de Valores). El **consejo de administración** tendrá un máximo de veintiún consejeros de los cuales el 25% no

deberán ser accionistas de la empresa (art. 24 LMV); como parte del consejo podrán constituirse comités formados por mínimo tres personas, que desempeñen funciones específicas como auditoría y prácticas societarias (art. 25 LMV). Por consiguiente, la función de vigilancia queda encomendada al **comité de auditoría** auxiliado de un **auditor independiente**, sustituyendo al comisario. Cabe agregar que cuando una empresa opera bajo el régimen de gobierno corporativo genera confianza a los inversionistas, ya que es un mecanismo que fomenta la transparencia y optimiza la toma de decisiones.

De modo que, las sociedades anónimas promotoras de inversión deberán tomar en cuenta dos aspectos estratégicos para decidir la organización de las funciones de administración y vigilancia de la compañía:

- **El tamaño de la empresa:** cuántas personas son accionistas, cuántas son empleadas y con cuántas áreas cuentan (marketing, producción, ventas, logística, etc.).
- **La proyección a futuro:** es decir, si la empresa busca en lo sucesivo expandirse u optar por el financiamiento a través del mercado de valores (cotizar acciones en bolsa).

Lógicamente, si la empresa tiene pocos accionistas y no cuenta con muchas áreas ni personas laborando, pues no es necesario optar por el régimen de vigilancia y administración de la sociedad anónima

bursátil. Incluso el esquema le podría llegar a ser ineficiente y demasiado costoso. Mientras que, si la empresa es de mayor tamaño porque cuenta con muchas personas y una gran cantidad de tareas, entonces si le conviene delegar la función de administración a un consejo de administración y a un director general; y la función de vigilancia a un comité de auditoría y a un auditor independiente.

Por otra parte, en la siguiente tabla presento los últimos contrastes que existen entre la sociedad anónima mercantil y la promotora de inversión:

Tabla 8. Otras diferencias

OTRAS DIFERENCIAS	Sociedad anónima (S.A.)	Sociedad anónima promotora de inversión (S.A.P.I.)
Adquisición de sus propias acciones.	Para la sociedad anónima está prohibida la adquisición de sus propias acciones, a menos que sea por adjudicación judicial (artículo 134 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).	Para este régimen si existe la posibilidad de adquirir las acciones propias de la sociedad, con cargo a su capital contable (artículo 17 de la Ley del Mercado de Valores).
Publicación de estados financieros.	La sociedad anónima debe publicar sus estados financieros de acuerdo con el artículo 177 de la Ley General	Conforme con el artículo 18 de la Ley del Mercado de Valores, la sociedad anónima promotora de inversión

	de Sociedades Mercantiles.	está exceptuada de publicar sus estados financieros.
--	----------------------------	--

Fuente: Elaboración propia con base en la Ley General de Sociedades Mercantiles (2018) y La Ley del Mercado de Valores (2018b)

4. De sociedad anónima promotora de inversión a sociedad anónima promotora de inversión bursátil: rumbo a cotizar en la bolsa de valores

Fig. 19. Transición contemplada en la Ley del Mercado de Valores



Fuente: Elaboración propia.

Retomo de nuevo este esquema para explicar el proyecto de desarrollo que plantea la Ley del Mercado de Valores, el cual está diseñado para conforme la empresa vaya avanzando, incluyendo más accionistas, abriendo más mercados y expandiéndose le sea posible cambiar a regímenes societarios que se adapten a su ritmo de crecimiento y las encaminen a incursionar en la Bolsa.

En esta ocasión el primer escalón es la **sociedad anónima promotora de inversión**, que se caracteriza por ser **privada**; esto

significa que sus acciones (valores) no se encuentran inscritos en el Registro Nacional de Valores, el cual es el archivo público en donde se inscriben los valores que circularán en el mercado (CNBV, 2014). Por lo tanto, no realiza la oferta de sus acciones a través de ningún medio de comunicación y por ende no se hace de conocimiento de todo el público inversionista, a esto se le conoce como **oferta privada**.

Ahora bien, la oferta privada está contemplada en el artículo 8 de la Ley del Mercado de Valores (2018b) en los siguientes términos:

Artículo 8.- La oferta privada de valores no inscritos en el Registro Nacional de Valores en territorio nacional podrá efectuarse por cualquier persona, siempre que cumpla con alguno de los requisitos siguientes:

I. Se realice exclusivamente a inversionistas institucionales o calificados.

Se ofrezcan valores representativos del capital social de personas morales, o sus equivalentes, a menos de cien personas, con independencia de que sean de una o más clases o series.

Se realice al amparo de planes o programas aplicables en forma general a empleados o grupos de empleados de la sociedad que emita los valores o personas morales que esta controle o que la controlen.

Se efectúe a accionistas o socios de personas morales que realicen su objeto social exclusiva o preponderantemente con estos.

La Comisión, ajustándose a los lineamientos que apruebe su Junta de Gobierno, estará facultada para autorizar la realización de ofertas privadas distintas de las señaladas en las fracciones anteriores, para lo cual tomará en consideración los medios de difusión que habrán de utilizarse, el número y tipo de inversionistas a los que pretenda dirigirse

la oferta correspondiente, la distribución de los valores, así como los términos y condiciones que se pretendan estipular.

De esta manera, una empresa que se constituya bajo el régimen de la sociedad anónima promotora de inversión puede ser muy selectiva en cuanto a quien oferta sus acciones y así elegir solamente inversionistas capacitados o firmas profesionales de inversión.

Otros dos aspectos que caracterizan como privada a la sociedad anónima promotora de inversión son que al no estar inscrita en el Registro Nacional de Valores (RNV), tampoco está bajo la supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) que se encarga de supervisar los sectores del sistema financiero mexicano (CNBV, 2016) , además no requiere que sus estados financieros sean públicos.

Por otro lado, a una empresa mediana que se encuentra en la etapa tardía (ya alcanzó punto de equilibrio y requiere financiamiento para generar utilidades y mayor rentabilidad) o en la etapa de expansión (empresa consolidada y busca abrir nuevos mercados), le puede parecer bastante atractiva la posibilidad de tener acceso a la Bolsa de Valores, debido a que esta ofrece los siguientes beneficios (Grupo BMV, 2015b):

- **Aumenta el valor de la empresa.** La organización adquiere más valor porque le es posible emitir acciones, instrumentos de deuda y fideicomisos de diversos tipos; lo cual a su vez implica

flexibilizar las finanzas y las fuentes de capitalización de los empresarios, quienes tienen acceso a mejores vías de financiamiento para generar crecimiento y aprovechar el valor agregado de la marca.

- **Fortalece la estructura financiera.** La empresa se vuelve mucho más competitiva en el mundo de las finanzas y como resultado de ello obtiene: “optimización de costos, incremento de márgenes de utilidad, liquidez inmediata, modernización y crecimiento, financiamiento para investigación y desarrollo y sustentabilidad” (Bolsa Mexicana de Valores, 2015a).
- **Otorga reconocimiento financiero y estándares de calidad.** El proceso previo al acceso al registro de acciones e incursión a la Bolsa es exigente, por lo que las empresas que logran obtenerlo son reconocidas por su desempeño, organización y transparencia. Asimismo, esto genera confianza por parte de los inversionistas nacionales e internacionales, así como del público en general, lo cual **mejora la imagen de la empresa.**

En atención a lo anterior, la **sociedad anónima promotora de inversión bursátil** es el régimen societario que ofrece la Ley del Mercado de Valores para permitir que las empresas medianas participen en la Bolsa y se beneficien de ello. Como se ve en el esquema, este tipo societario es el escalón intermedio, el último paso

antes de ser una sociedad anónima bursátil que es el régimen bajo el que operan las grandes empresas del país.

La sociedad anónima promotora de inversión bursátil se considera la modalidad **pública** de la sociedad anónima promotora de inversión, en primer lugar, porque inscribe sus acciones en el Registro Nacional de Valores, lo cual implica quedar bajo la supervisión de la Comisión Nacional de Valores y hacer pública la información financiera y corporativa de la empresa. En segundo lugar, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley del Mercado de Valores (2018b) una vez obtenido el registro, esta sociedad tiene la posibilidad de colocar sus valores con o sin **oferta pública**, la cual consiste en ofrecer los valores al público inversionista a través de medios de comunicación masiva. De esta manera, la oferta puede quedar a disposición de todo el mercado o bien dirigirse a un grupo determinado de inversionistas, conforme con la fracción XVIII del artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores (2018b).

En contraste, cuando la sociedad anónima promotora de inversión bursátil decide no optar por la oferta pública, es decir, prefiere mantenerse privada, tendrá que solicitarlo a la Comisión Nacional Bancaria conforme con el artículo 90 de la Ley del Mercado de Valores (2018b).

Ahora bien, entrando en las implicaciones de la transición de régimen, una sociedad anónima promotora de inversión deberá contar

con las siguientes condiciones para solicitar el registro de sus acciones, según el artículo 19 de la Ley del Mercado de Valores (2018b):

1. El acuerdo de la asamblea de accionistas para inscribir las acciones en el Registro. De manera estricta, se debe contar con el acuerdo del **control** de la sociedad, es decir, el grupo de accionistas con mayor influencia.
2. Modificar la denominación social y añadir la palabra “bursátil”, quedando: sociedad anónima promotora de inversión bursátil.
3. Elaborar un plan para adoptar en lo sucesivo el régimen de sociedad anónima bursátil con un plazo máximo de diez años o hasta alcanzar doscientos cincuenta millones de unidades de inversión (UDIS).
4. Contar con un comité de prácticas societarias integrado por miembros del consejo de administración y presidido por un consejero independiente.
5. Autenticar la tenencia accionaria de cada accionista por parte del secretario de la sociedad.

Todos estos requisitos serán evaluados por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, quien establecerá las condiciones y términos para la adopción del régimen de sociedad anónima bursátil. Aunado a ello, tanto la Comisión como el Reglamento de la Bolsa Mexicana de Valores exigen otros requisitos para obtener la inscripción en el

Registro y permitir la oferta de los valores de una empresa, entre ellos se encuentran: presentar su acta constitutiva, sus estados financieros dictaminados por un auditor externo, la opinión legal de la organización realizada por un abogado independiente, así como un prospecto de colocación y suplemento informativo, según el artículo 85 de la Ley del Mercado de Valores (2018b). En los dos últimos se debe incluir la información financiera, corporativa y legal de la empresa, siguiendo lo establecido del artículo 86 al 89 del mismo ordenamiento.

De igual forma, la sociedad anónima promotora de inversión deberá estar al tanto de las disposiciones de mantenimiento o seguimiento que establece tanto la Comisión Nacional Bancaria como la Bolsa Mexicana de Valores, una vez que sus valores se cotizan en la Bolsa. En este punto cabe aclarar que ambas pueden flexibilizar y reducir los requisitos que se le exige a las sociedades anónimas promotoras de inversión bursátil, en comparación con las sociedades anónimas bursátiles, con fundamento en el segundo párrafo del artículo 21 de la Ley del Mercado de Valores (2018b).

Si bien, la sociedad anónima promotora de inversión bursátil es la alternativa ideal para que las empresas medianas incursionen en el mercado de valores y reciban el financiamiento que necesitan para nuevos proyectos, incursionar en nuevos mercados y áreas geográficas con la ventaja de ser una empresa institucionalizada;

además de posicionarse en el sector financiero y generar una mejor imagen. Aunque no tendrán la misma liquidez ni entregarán dividendos con la frecuencia de las sociedades anónimas bursátiles; este régimen permite encaminarse hacia ello, mejorar la conducción de los órganos de gobierno e implementar mejores prácticas societarias que a futuro les ayudarán a atraer accionistas. Además, está la ventaja de poder continuar ofertando sus acciones a inversionistas capacitados, a diferencia de la sociedad anónima bursátil en la que cualquier persona puede adquirirlas.

5. Aplicación a un caso

La sociedad anónima promotora de inversión (S.A.P.I.) es una alternativa que contempla la legislación mexicana en la Ley del Mercado de Valores para financiar proyectos de empresas pequeñas y medianas que buscan crecer. En este sentido, para acceder a recursos, los socios fundadores (capitalistas) y socios industriales (quienes aportan ideas, conocimientos y su trabajo) de una empresa permiten que inversionistas inviertan en su capital, lo cual les permite participar en las decisiones de la sociedad, así como en las utilidades que esta genere. Ahora bien, aplicando la teoría a la vida real planteo el siguiente caso:

Juan y Pedro quieren emprender el negocio de cultivo de vainilla, por lo que, investigan, buscan asesoría y capacitación para conocer

todo lo que necesitan para iniciar: equipos, materiales, terreno, trabajadores, mantenimiento, riego, entre otros; y se da cuenta que en total requieren un millón y medio de pesos para emprender. Una vez que conocen esto, Juan y Pedro elaboran un proyecto en el que plasman su idea de negocio, cómo lo llevarán a cabo, la inversión que implica, proyectan las ganancias que podrían recibir y se dan cuenta que su proyecto es viable y rentable. Sin embargo, entre los dos solo cuentan con doscientos cincuenta mil pesos para invertir. Juan y Pedro como mucho otros emprendedores, no cuentan con todo el dinero para iniciar su negocio, por lo tanto, necesitan buscar financiamiento. Ambos, contemplan varias alternativas, pero la opción que ellos eligen es constituirse como una sociedad anónima promotora de inversión.

La elección de este régimen en vez del de la sociedad anónima mercantil, la basan en que la sociedad anónima promotora de inversión permite desde un principio proyectar el crecimiento, atraer más inversión y a largo plazo convertirse en una sociedad anónima bursátil. Por otra parte, la obligatoriedad del consejo de administración para vigilar y conducir los negocios de las sociedades anónimas promotoras de inversión, brinda certeza a los inversionistas. Además, les pareció atractivo el esquema de derechos corporativos y de protección a minorías (ambas cuestiones que también incluye la sociedad anónima mercantil), así como la posibilidad de que la

sociedad adquiriera sus propias acciones (exclusiva de la sociedad anónima promotora de inversión).

Así pues, Juan y Pedro obtienen el capital que necesitan de inversionistas externos y especializados, pero no permiten que estos últimos tengan el control e influencia sobre la empresa por ser propietarios de la mayor parte de las acciones. Puntualmente, en los estatutos constitutivos de su empresa: “Vainillas JP”, Juan y Pedro establecen por el momento dos tipos de acciones A y B. Las acciones A corresponden a la parte del capital fijo de la empresa, el cual consiste en los doscientos cincuenta mil pesos que ellos aportaron. Mientras que, las acciones B constituyen la parte del capital variable, tienen el voto limitado en las Asambleas, prevén su salida y el derecho de compra preferente de esas acciones para los propietarios de las acciones “A”. Las acciones B constan de un millón doscientos cincuenta mil pesos y le corresponden a una firma de inversionistas especializados en capital emprendedor, a la cual Juan y Pedro previamente acudieron y presentaron su proyecto. De esta manera, estos emprendedores obtienen los recursos que necesitan para iniciar su negocio y mantienen el control del mismo, sin necesidad de tener la mayor cantidad de acciones, además de que una vez que este despegue pueden adquirir las acciones del tipo B y sobre la marcha incluso atraer más inversión para que su empresa continúe creciendo.

Suponiendo que después de cinco años “Vainillas JP”, sociedad anónima promotora de inversión de capital variable, ya es una empresa sólida, quiere expandirse y cultivar en otra zona del país, por ejemplo, Nayarit. En esta situación Juan y Pedro, de nuevo requieren financiamiento y optan por buscar inversionistas que compren acciones de tipo C, las cuales únicamente participarán, votarán y obtendrán ganancias del proyecto de “Vainillas JP” en Nayarit. En consecuencia, el financiamiento a través de capital se vuelve un esquema óptimo para el desarrollo e incursión en nuevos proyectos para empresas pequeñas y medianas, manteniendo el control del negocio principal por parte de los accionistas fundadores.

6. Consideraciones finales

Retomando lo planteado en el apartado de antecedentes, es posible identificar que después de trece años el panorama no ha cambiado mucho. En nuestro país existen muchas empresas pequeñas y medianas, así como proyectos de emprendedores que tienen un potencial enorme pero que no aprovechan. De tal forma que, siguen optando por el financiamiento a través de créditos y préstamos, aunque hoy en día existen varias alternativas modernas y flexibles con oportunidad de crecimiento y planeación a futuro para sus negocios. En este sentido, se sigue intentando motivar a las empresas para que incursionen en el mercado de valores y la prueba más contundente de

ello es la reforma del 2014 a la Ley General de Sociedades Mercantiles, que retoma aspectos de la sociedad anónima promotora de inversión para flexibilizar el régimen de la sociedad anónima y promover la inversión de capital de riesgo y privado.

Por tal motivo, considero que la información es el recurso más valioso para el emprendedor y el empresario, quienes comúnmente optan por las vías tradicionales de asociación y financiamiento, desaprovechando todo un abanico de posibilidades que podrían traerle mayores beneficios a sus compañías incluso desde su constitución. Asimismo, es importante que antes de realizar un cambio de régimen conviene asesorarse y conocer a fondo los requisitos e implicaciones que todo ello conlleva.

7. Referencias

AMEXCAP-Asociación Mexicana de Capital Privado (2013a).

Recursos. Cómo funciona el Capital Privado. Recuperado el 25 de mayo de 2018 de: <http://amexcap.com/contenido/como-funciona-el-capital-privado>

AMEXCAP-Asociación Mexicana de Capital Privado (2013b).

Recursos. Tipos de inversiones de capital privado. Recuperado el 25 de mayo de 2018 de: <http://amexcap.com/contenido/tipos-de-inversiones-de-capital-privado-y-emprendedor>

CNBV-Comisión Nacional Bancaria y de Valores. (2014). *Trámites y servicios.* Consultas al RNV. Recuperado el 18 de mayo de 2018 de: <http://www.cnbv.gob.mx/SECTORES-SUPERVISADOS/BURSÁTIL/Trámites-de-Emisoras/Paginas/Consultas-al-RNV.aspx>

CNBV-Comisión Nacional Bancaria y de Valores. (2016). *Acciones y programas.* Sectores supervisados. Recuperado el 31 de mayo de 2018 de: <https://www.gob.mx/cnbv/acciones-y-programas/sectores-supervisados>

Grupo BMV- Grupo Bolsa Mexicana de Valores (2015a). Glosario.
Recuperado el 23 de mayo de 2018 de:
<https://www.bmv.com.mx/es/grupo-bmv/glosario>

Grupo BMV- Grupo Bolsa Mexicana de Valores (2015b). *Mi empresa en Bolsa. ¿Por qué listarse en Bolsa?* Recuperado el 1 de junio de 2018 de: <https://www.bmv.com.mx/es/mi-empresa-en-bolsa/por-que-listarse-en-bolsa>

Larrea, G. y Vargas S. (2013). *Apuntes de Gobierno Corporativo*. México: Porrúa.

LGSM-Ley General de Sociedades Mercantiles.(2018). Versión publicada por la cámara de diputados y senadores. Disponible en:
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/144_240118.pdf

LMV-Ley del Mercado de Valores (2018a). Versión publicada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Disponible en:
<https://www.cnbv.gob.mx/Normatividad/Ley%20del%20Mercado%20de%20Valores.pdf>

LMV-Ley del Mercado de Valores. (2018b). Versión publicada por la cámara de diputados y senadores. Disponible en:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMV_090318.pdf

Presidencia de la República. (2001). *Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006*. Recuperado el 15 de mayo de 2018 de:

<http://planeacion.uaemex.mx/InfBasCon/PlanNacionaldeDesarrollo2000-2006>

IX

LA SOCIEDAD FINANCIERA DE OBJETO MÚLTIPLE (SOFOM)

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿Qué es una sociedad financiera de objeto múltiple (SOFOM)? 3. Origen y evolución. 4. Tipos de sociedad financiera de objeto múltiple: entidad regulada y entidad no regulada. 5. Marco regulatorio y supervisión. 6. ¿A qué se dedica una sociedad financiera de objeto múltiple? 6.1. Arrendamiento financiero. 6.2. Factoraje financiero. 6.3. Otorgamiento de créditos. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción

La motivación principal que llevó a escribir el presente capítulo es que la sociedad financiera de objeto múltiple (SOFOM) es una figura poco conocida, que no ha sido abordada a profundidad por la doctrina y que la mayoría de la información existente respecto a ella es muy básica. De ahí que entonces, nace el interés de incursionar en esta temática que está ligada a dos aspectos: mecanismos de financiamiento para empresas y la conformación de grupos financieros; a lo cual, se tomará como enfoque temático el primer aspecto.

De modo que, el presente artículo tiene el siguiente objetivo: proporcionar una explicación detallada de los principales aspectos jurídicos de la sociedad financiera de objeto múltiple para que empresarios, emprendedores y comerciantes en general cuenten con herramientas teóricas para tomar decisiones informadas respecto a los mecanismos de financiamiento que pueden serles útiles. En este sentido, considero que es bastante común en el contexto comercial y empresarial optar por vías de financiamiento tradicionales como: créditos, préstamos y sociedades; perdiendo de vista que existen otras opciones que podrían ser más beneficiosas para sus negocios. De ahí la pertinencia de conocer a qué se dedican las sociedades financieras de objeto y cómo se conducen legalmente.

La estructura de este artículo está basada en la metodología deductiva (de lo general a lo particular), reflejada en el orden de los apartados. Además, toma como referencia principal las leyes y decretos que se relacionan con las sociedades financieras de objeto múltiple, para darles una interpretación y explicación que pueda ser útil en la práctica y permita clarificar dudas respecto a esta temática.

El primer apartado abre con una explicación a grandes rasgos sobre qué es una sociedad financiera de objeto múltiple a grandes rasgos, es decir, presenta una primera idea general de lo que es esta figura, la cual en los siguientes apartados se irá completando y especificando.

El segundo apartado, contextualiza el recorrido que ha tenido la sociedad financiera de objeto múltiple hasta la fecha, desde su origen y las reformas que la han modificado y configurado; recuperando los planteamientos principales que las exposiciones de motivos de dichas reformas. Considero que es de suma importancia conocer el origen y evolución de esta figura en el contexto, para entender el marco regulatorio que deben observar estas entidades, así como las transformaciones que ha tenido esta figura a lo largo del tiempo.

En el apartado: “Tipos de sociedad financiera de objeto múltiple”, se abordan cuestiones más técnicas respecto a las modalidades bajo las cuales puede operar esta entidad. Lo anterior, implicará que en el siguiente apartado se explique que existe un marco jurídico y regulatorio general (que funciona para ambos tipos) y uno específico que variará conforme al tipo de entidad que decidan ser.

Por su parte, el apartado seis: “¿A qué se dedica una sociedad financiera de objeto múltiple?” se subdivide en tres y explica de manera puntual y sencilla las actividades a las que se dedica una sociedad financiera de objeto múltiple, buscando clarificar los aspectos más relevantes de cada una de ellas y poniendo un énfasis especial en el arrendamiento financiero y factoraje financiero; actividades de financiamiento que no son muy comunes en la práctica.

Finalmente se cierra con un apartado de conclusiones generales y se presenta la bibliografía consultada para la elaboración de este capítulo.

2. ¿Qué es una sociedad financiera de objeto múltiple (SOFOM)?

En algún momento, tanto una persona física como una empresa pueden experimentar la necesidad de recursos para hacer frente a una necesidad, acrecentar su patrimonio e incluso impulsar proyectos de negocio. Lo más común en estos casos es acudir a una institución bancaria y pedir un préstamo, sin embargo, se descartan otras opciones que ofrecen servicios de financiamiento. Entre estas opciones, se encuentran compañías que operan bajo el régimen de sociedad financiera de objeto múltiple.

La sociedad financiera de objeto múltiple, cuyo acrónimo es “SOFOM”, es un subtipo de la sociedad anónima, la cual adquiere esta categoría porque su objeto social consiste en la realización habitual y profesional de las siguientes actividades: **arrendamiento financiero, factoraje financiero y otorgamiento de crédito**. Esta figura, se distingue en primer lugar por las actividades a las que se dedica, las cuales implican el seguimiento de un régimen jurídico especial. Es decir, una sociedad financiera de objeto múltiple es una empresa, cuyo principal negocio es la prestación de servicios de

financiamiento a personas físicas y morales. De manera general, el crédito es la operación de financiamiento más común y utilizada en nuestro país, tanto para motivos personales como empresariales; mientras que, el arrendamiento financiero y el factoraje financiero son vías para financiar negocios y empresas.

3. Origen y evolución

Dos reformas son las que han marcado el origen y la evolución de la sociedad financiera de objeto múltiple. La primera reforma en el 2006 introdujo por primera vez esta entidad al sistema jurídico mexicano; mientras que la segunda reforma en 2014 aplicó cambios importantes relacionados con la supervisión y operación de esta figura.

Reforma 2006

De entrada, conviene conocer cómo se daban las actividades de financiamiento (otorgamiento de créditos, arrendamiento financiero y factoraje financiero) antes de la reforma de 2006. Para entonces, en nuestro país el crédito ya estaba liberalizado, y además una reforma previa a la Ley de Instituciones de Crédito (LIC) publicada el 30 de noviembre de 2005 (Congreso de la Unión, 2006), permitió que empresas obtuvieran recursos de los bancos nacionales y extranjeros, y del mercado de valores para fondar el otorgamiento de créditos. Dicho mecanismo de fondeo para financiar operaciones de crédito

antes de la reforma del 2005 era exclusivo de las sociedades financieras de objeto limitado o su acrónimo “SOFOL”; cuya expresión “objeto limitado” implicaba que el otorgamiento de crédito estuviera determinado para un solo sector o actividad como: “construcción y vivienda, micro, pequeña y mediana empresa (pymes) y consumo” (De La Fuente, 1999, p. 437). Este tipo de entidad, ya no estaba siendo eficiente para el otorgamiento de crédito, debido a que solo podía ofrecerlo a un sector en específico; de modo que era ilógico que una entidad pudiera ofrecer crédito para comprar maquinaria agrícola, pero no para la compra de un electrodoméstico. En este sentido, puede decirse que la sociedad financiera de objeto limitado es la figura que antecede a la sociedad financiera de objeto múltiple.

En cuanto a otros servicios de financiamiento, existían las **arrendadoras financieras** y las **empresas de factoraje financiero**, entidades reguladas por la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (LGOAAC), quienes al igual que las sociedades financieras de objeto limitado, eran subtipos de la sociedad anónima, no captaban recursos directamente del público para fondear sus operaciones, y requerían la autorización y supervisión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) para constituirse y operar. Sin embargo, a diferencia del crédito, tanto el arrendamiento financiero como el factoraje financiero, se

consideraban actividades restringidas desde las décadas de los ochenta y noventa (Congreso de la Unión, 2006).

De acuerdo con la exposición de motivos de la reforma del 2006 (Congreso de la Unión, 2006), la restricción al arrendamiento financiero y factoraje financiero, el costo y duración del trámite ante la Secretaría de Hacienda y la estricta supervisión que se ejercía sobre las entidades que se dedicaban a estas actividades; generó un bajo crecimiento en este sector, a comparación del que se estaba observando en el sector crediticio en aquella época. Por lo que entonces, se decidió que era necesario tomar medidas que tuvieran como eje fundamental el fomento de la actividad crediticia y otros tipos de financiamiento en México.

Como resultado, el 18 de julio de 2006 se publicó un Decreto en el Diario Oficial de la Federación (DOF), en el que se reformaron, añadieron y derogaron disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC), Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (LGOAAC) y de la Ley de Instituciones de Crédito (LIC). De manera general, esta reforma liberalizó la realización profesional de operaciones de otorgamiento de crédito, arrendamiento financiero y factoraje financiero; las cuales solo podían ser llevadas a cabo por entidades autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP). Además, la reforma introdujo una modalidad de la sociedad anónima que pudiera

dedicarse a las tres operaciones anteriores: la **sociedad financiera de objeto múltiple**.

Profundizando más, en la parte técnica de la reforma, una primera acción fue liberalizar el arrendamiento financiero y factoraje financiero. Puntualmente, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2017) define liberalizar de la siguiente manera: “hacer libre algo sometido a normas restrictivas”. Para terminar con la restricción a dichas actividades, se derogaron las disposiciones de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (LGOAAC) relativas a la operación de arrendadoras financieras (del art. 24 al 38) y de empresas de factoraje financiero (del artículo 45-A al 45-T). para ajustarlas y trasladarlas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC). Como resultado, al Título Segundo de dicha ley se le agregaron dos capítulos: el Capítulo VI relativo al arrendamiento financiero (arts. 408-418) y el Capítulo VII que aborda el factoraje financiero (arts. 419-431).

Desde entonces, cualquier persona física o moral puede realizar como actividad profesional tanto el otorgamiento de créditos como el arrendamiento financiero y factoraje financiero, sin requerir autorización del Gobierno Federal. Asimismo, la liberalización le restó fuerza a las arrendadoras financieras y empresas de factoraje, las cuales desaparecieron.

La segunda acción fue derogar la fracción IV del artículo 103 de la Ley de Instituciones de Crédito (LIC), la cual se refería a las sociedades financieras de objeto limitado (SOFOL) como:

“Las personas morales autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que capten recursos provenientes de la colocación de instrumentos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y otorguen créditos para determinada actividad o sector” (Diario Oficial de la Federación, 1992).

Por otra parte, se agregó el Capítulo II al Título Quinto de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (LGOAAC), que en ese entonces comprendió los artículos 87-B al 87-Ñ. Específicamente, en el segundo párrafo del mismo artículo 87-B, se introdujo a la **sociedad financiera de objeto múltiple (SOFOM)**, como una sociedad anónima que contempla en su objeto social principal la realización profesional y habitual de: otorgamiento de crédito, arrendamiento financiero y factoraje financiero. Esto último, puede considerarse como una medida para las arrendadoras financieras, empresas de factoraje y sociedades financieras de objeto limitado que buscaran seguir funcionando después de la reforma. En este sentido, la sociedad financiera de objeto múltiple surgió como la alternativa que concentró la realización profesional de las tres actividades con un marco regulatorio más flexible y sin necesidad de contar con la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (Diario Oficial de la Federación, 2006).

La sociedad financiera de objeto múltiple se introdujo en dos modalidades: una **regulada** y otra **no regulada**. La **entidad regulada** se caracterizaba por mantener vínculos patrimoniales con instituciones de crédito o sociedades controladoras de grupos financieros y quedaba bajo la supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) (Diario Oficial de la Federación, 2006). En contraste, la **entidad no regulada**, no contaba con la participación en su capital de instituciones de crédito ni sociedades controladoras de grupos financieros y por ende no tenía que sujetarse a la supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV).

Por otro lado, es importante mencionar la derogación de las disposiciones relativas a las sociedades financieras de objeto limitado (SOFOL), arrendadoras financieras y empresas de factoraje financiero no implicó la disolución y liquidación obligatoria de estas entidades. Por lo tanto, se estableció en los transitorios (Diario Oficial de la Federación, 2006) que dicha derogación entraría en vigor siete años después de la publicación del decreto para que las empresas pudieran adaptarse a las nuevas posibilidades que ofrecía la reforma. De esta manera, quienes querían continuar operando debían cumplir con los siguientes requisitos establecidos en los mismos transitorios: reformar sus estatutos, sujetar sus operaciones a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC) o en su caso al régimen

de la sociedad anónima financiera de objeto múltiple, quitar la referencia “organización auxiliar del crédito” o “sociedad financiera de objeto limitado”, especificar que no contaban con la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y una vez realizadas las modificaciones presentar el documento reformado a la Secretaría.

Reforma 2014

Por lo que se refiere a la evolución de la sociedad financiera de objeto múltiple, el 10 de enero 2014 se presentó una reforma a la Ley General de Operaciones y Actividades Auxiliares al Crédito (LGOACC) publicada en el Diario Oficial de la Federación, la cual de acuerdo con su exposición de motivos (Congreso de la Unión, 2014) tuvo como objetivos principales: modernizar y ampliar la regulación de las sociedades financieras de objeto múltiple para proteger al usuario, recabar y ordenar información del sector, así como generar certeza jurídica y subsanar lagunas regulatorias.

Ahora bien, explico las medidas que se tomaron para cumplir dichos objetivos, para lo cual me he basado en la exposición de motivos de la reforma (Congreso de la Unión, 2014) y en el decreto de la misma publicado en el Diario Oficial de la Federación (2014):

- Se reformó el artículo 87-B, en cuanto a los requisitos para ser considerada legalmente como sociedad financiera de objeto múltiple, se necesita contar con registro vigente ante la

Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef) cuya obtención implica un proceso previo en el que la sociedad interesada ingresa una solicitud que es analizada por la Comisión quien después emitirá una resolución respecto a la misma. El procedimiento, condiciones y requisitos para el trámite de registro se encuentran establecidos en el artículo 87-K.

- Además, de acuerdo con la fracción IV del artículo 87-B, las entidades no reguladas deberán tramitar un dictamen técnico previo a su registro ante dicha Comisión para la prevención, detección y reporte de actos, omisiones u operaciones relacionadas con el terrorismo y operaciones con recursos de procedencia ilícita. Los requisitos y aspectos de renovación del dictamen se incluyeron en el artículo 87-P, uno de los que fueron añadidos en esta reforma.
- También, se añadieron actividades complementarias (además del factoraje financiero, arrendamiento financiero y otorgamiento de créditos) que pueden ser consideradas como parte del objeto social de la entidad, las cuales son: administración de cualquier cartera crediticia y otorgar arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, sin que estas actividades excedan el 30% de sus ingresos, siempre y cuando

se encuentren expresadas en sus estatutos sociales (fracción II del art. 87-B).

- Por otra parte, en el artículo 87-B se estableció que, contrario a lo que se había contemplado en el 2006, las sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas quedan sujetas a la supervisión de la Comisión Nacional de Valores (CNBV) en materia de prevención y detección de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo. Lo anterior, deberá ser mencionado en su documento de constitución y en cada contrato que realicen, esto último según el artículo 87-J.
- Dentro de la reforma al artículo 87-B, se añadieron otras figuras con las que las entidades reguladas pueden establecer vínculos patrimoniales, las cuales son: sociedades financieras populares, sociedades financieras comunitarias y sociedades cooperativas de ahorro y préstamo. Aunado a ello, se estableció que también se consideran entidades reguladas aquellas sociedades financieras de objeto múltiple que emitan valores de deuda a su cargo inscritos en el Registro Nacional de Valores (RNV) para fondar sus operaciones.
- Asimismo, en el artículo 87-D se prevén las materias que las que las sociedades financieras de objeto múltiple reguladas deben observar en otras disposiciones, según la entidad con la que mantengan el vínculo patrimonial.

- En la reforma se añadió el artículo 87-B bis, el cual menciona que las entidades reguladas deben proporcionar la información que les solicite la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) sobre las personas que directa o indirectamente sean dueñas del 5% de acciones de su capital, así como de su consejero y director general.
- De acuerdo con el añadido artículo 87-C bis, las sociedades financieras de objeto múltiple, en general, deben proporcionar información a una Sociedad de Información Crediticia (SIC) para así fomentar la cultura de pago, promover el acceso y consulta de información, así como mejorar los procesos de valoración del crédito. Además, el cumplimiento de esto es un requisito que se hará constar en el registro ante la Condusef. Puntualmente, según el artículo 5º de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia (LRSIC2018), estas se dedican a:

La prestación de servicios de recopilación, manejo, entrega o envío de información crediticia relativa al historial de personas físicas y morales, así como de operaciones crediticias y otras de naturaleza análoga que estas mantengan con Entidades Financieras, Empresas Comerciales o Sofomes E.N.R.

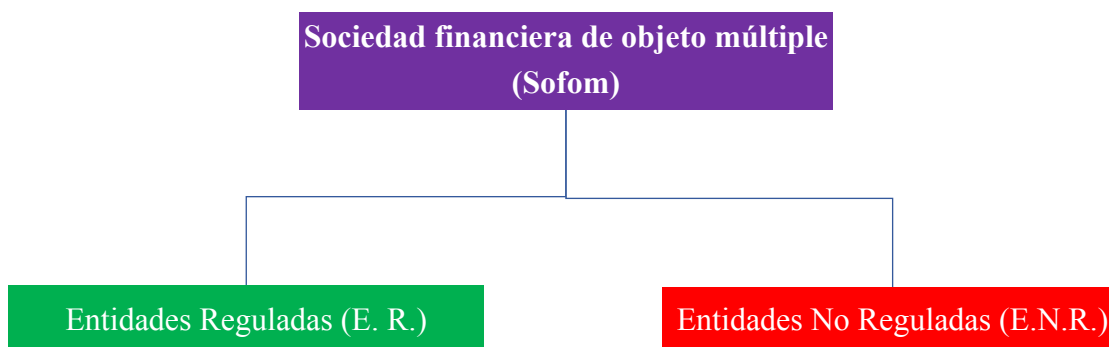
- Otro de los artículos añadidos fue el 87-C-bis 1, que establece los requisitos y condiciones que debe cumplir una entidad no regulada que busque convertirse en una entidad regulada.

- Ambos tipos de sociedad financiera de objeto múltiple (reguladas y no reguladas) pueden actuar como comisionistas de otras entidades conforme con la ley aplicable en dicho caso (art. 87-B).
- Las sociedades financieras de objeto múltiple quedan obligadas a actualizar su información en el registro ante la Condusef.
- Se fortalecen las facultades de la Condusef, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) y el Banco de México, ya que en sus ámbitos de competencia estas entidades pueden solicitar información y documentos a las sociedades financieras de objeto múltiple, en conformidad con las disposiciones de carácter general y la legislación aplicable.
- Se especifican sanciones y multas para las sociedades financieras de objeto múltiple en caso de incumplimiento de obligaciones ya sea de actualización de su registro, entrega de información, entre otras cuestiones.

Desde entonces, no se han aplicado reformas a estas disposiciones, por lo que la dinámica de constitución, vigilancia y operación de las sociedades financieras de objeto múltiple que se implementó en el 2014 se sigue observando hasta la fecha.

4. Tipos de sociedad financiera de objeto múltiple: entidad regulada y entidad no regulada

Fig. 20. Tipos de Sofomes



Fuente: Elaboración propia.

Resulta mucho más sencillo identificar las diferencias entre las **sociedades financieras de objeto múltiple reguladas** y las **sociedades de objeto múltiple no reguladas** una vez que se ha abordado el cómo y porqué de su introducción en el sistema financiero y en la legislación de nuestro país durante el 2006, así como los cambios que se realizaron respecto a estas entidades en el 2014.

La distinción entre **entidades reguladas** y **entidades no reguladas** radica, tal y como lo dice el nombre de su clasificación, en que la primera debe sujetarse a un marco regulatorio y de supervisión mucho más puntual y específico que la segunda. Asimismo, se debe aclarar que la expresión “no regulada” no implica que este tipo de entidades se desentiendan por completo de la legislación, existan y operen “debajo del agua”. Es decir, las sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas deben seguir un régimen especial

conforme con lo que indica tanto la ley como las entidades regulatorias en su respectivo caso.

Entidad regulada (E.R.)

De conformidad con el artículo 87-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (LGOAAC, 2018), este tipo de sociedades después de su denominación social deberán añadir la expresión: “sociedad financiera de objeto múltiple” o su acrónimo “SOFOM”, acompañada de las palabras: “**entidad regulada**” o su abreviatura “**E. R.**”. Para considerar a una sociedad financiera de objeto múltiple como **entidad regulada** debe atender a cualquiera de los siguientes supuestos, según el art. 87-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (LGOAAC, 2018):

1. Comparte un vínculo patrimonial con otras entidades financieras como: instituciones de crédito, sociedades financieras populares, sociedades financieras comunitarias, sociedades cooperativas de ahorro y préstamo con niveles de operación del I a IV.
2. Tiene registrados sus valores como instrumentos de deuda en el Registro Nacional de Valores (RNV), para conseguir sus fondos de operación. Por lo que entonces, observan lo que establece la Ley del Mercado de Valores (LMV).

3. No comparte vínculos patrimoniales con otras entidades financieras, ni tienen inscritos valores de deuda en el Registro Nacional de Valores (RNV); pero quieren ser entidades reguladas y cuentan con los requisitos y la aprobación de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV).

En cualquiera de los tres supuestos, se distingue que el financiamiento de las operaciones de las entidades reguladas no proviene del público sino de la entidad financiera o grupo financiero al que pertenezcan, si colocan sus valores en el mercado o si por voluntad propia deciden serlo.

Por otra parte, es importante explicar en que consiste el **vínculo patrimonial** que se abordó como una de las condiciones para considerar a una sociedad financiera de objeto múltiple como entidad regulada. Para ello, cito el artículo 87-C de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del crédito (LGOAAC, 2018), el cual menciona de manera específica lo que se debe entender por vínculo patrimonial, así como las entidades con las que puede establecerse:

Artículo 87-C.- Para efectos de esta Ley, se entenderá que una sociedad financiera de objeto múltiple tiene vínculo patrimonial con una institución de crédito, sociedad financiera popular con Nivel de Operación I a IV, sociedad financiera comunitaria con Nivel de Operación I a IV, sociedad cooperativa de ahorro y préstamo con Nivel de Operación I a IV, o unión de crédito, cuando:

I. Una institución de crédito, sociedad financiera popular con Nivel de Operación I a IV, sociedad financiera comunitaria con Nivel de

Operación I a IV, sociedad cooperativa de ahorro y préstamo con Nivel de Operación I a IV, o unión de crédito, mantenga, directa o indirectamente, el veinte por ciento o más de las acciones representativas del capital social de dicha sociedad, o bien sea la sociedad quien mantenga dicho porcentaje de acciones de una institución de crédito, sociedad financiera popular con Nivel de Operación I a IV, sociedad financiera comunitaria con Nivel de Operación I a IV, sociedad cooperativa de ahorro y préstamo con Nivel de Operación I a IV, o unión de crédito;

II. Una sociedad controladora de un grupo financiero mantenga, directa o indirectamente, el cincuenta y uno por ciento o más de las acciones representativas del capital

III. La sociedad tenga accionistas o socios en común con la institución de crédito, sociedad financiera popular con Nivel de Operación I a IV, sociedad financiera comunitaria con Nivel de Operación I a IV, sociedad cooperativa de ahorro y préstamo con Nivel de Operación I a IV, o unión de crédito, que:

a) Mantengan, directa o indirectamente, el cincuenta por ciento o más de las acciones representativas del capital social de ambas entidades financieras, pertenezcan o no a un grupo financiero, o

b) Controlen la asamblea general de accionistas o asociados, estén en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración, o bien, controlen a ambas sociedades por cualquier otro medio.

Por accionistas o socios en común se entenderá al grupo de personas que tengan acuerdos, de cualquier naturaleza, para tomar decisiones en un mismo sentido. Se presume, salvo prueba en contrario, que esto sucede cuando exista un parentesco por consanguinidad, afinidad o civil hasta el cuarto grado, los cónyuges, concubina y concubinario, así como las sociedades que formen parte de un conjunto de dichas personas morales organizadas bajo esquemas de participación directa e indirecta del capital social, en las que una persona moral o un grupo de personas físicas, mantengan el cincuenta y uno por ciento o más de las acciones representativas del capital social de dichas personas morales.

Como es posible apreciar, la legislación contempla que las sociedades financieras de objeto múltiple puedan tener un vínculo

patrimonial con varias entidades financieras e incluso con uniones de crédito y grupos financieros, estas dos últimas posibilidades abordadas por el artículo 87-C previamente citado. Las dos razones por las que se contempla la vinculación patrimonial, es que de esta manera las sociedades financieras de objeto múltiple obtienen los recursos para operar y además se fomenta la actuación conjunta y el ofrecimiento de servicios complementarios entre entidades, es decir, se ofrece una atención integral o incluso completa si es que se trata de un grupo financiero muy grande.

Entidad No Regulada (E.N.R.)

Las sociedades financieras de objeto múltiple **no reguladas (E.N.R.)**, se caracterizan por no tener vínculo patrimonial con entidades financieras, grupos financieros ni uniones de crédito, y no tienen sus valores inscritos en el Registro Nacional de Valores (RNV). Por lo tanto, el fondeo de sus operaciones se limita a las aportaciones de sus socios que componen su capital. Para distinguirse, las entidades no reguladas después de su denominación social deberán agregar: “sociedad financiera de objeto múltiple” o el acrónimo “SOFOM”, más la expresión: “**entidad no regulada**” o la abreviatura “**E.N.R.**”.

5. Marco regulatorio y supervisión

Es posible clasificar en tres apartados lo referente al marco regulatorio y la supervisión a la que deben atender las sociedades financieras de objeto múltiple tanto de manera general para ambos tipos de sociedades financieras de objeto múltiple, como de manera específica para la entidad regulada y la no regulada.

Marco regulatorio general

Ambos tipos de sociedad financiera de objeto múltiple deben observar son las siguientes leyes y disposiciones:

- *Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (LGOAAC)*

Esta ley contempla en sus disposiciones lo relativo a la constitución, funcionamiento, operación, obligaciones y sanciones en caso de incumplimiento para este tipo de sociedades a partir del artículo 87-B.

- *Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM)*

Al ser un subtipo de la sociedad anónima e independientemente del vínculo que tengan con otras entidades financieras en el caso de las sociedades financieras de objeto múltiple reguladas, aún deben observar lo que este régimen establece en aspectos como:

acciones, variaciones en el capital, libro de registro, asambleas ordinarias y extraordinarias.

- *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC)*

Las sociedades financieras de objeto múltiple se sujetan a este ordenamiento debido a las actividades que realizan en su objeto social: otorgamiento de créditos, arrendamiento financiero, factoraje financiero, administración de cartera crediticia. En este punto, cabe resaltar que en los estatutos del acta constitutiva es importante especificar las actividades que realizará la sociedad como parte del objeto social.

- *Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia (LRSIC)*

Las sociedades financieras de objeto múltiple deben ser usuarias de al menos una de sociedad de información crediticia (SIC) cuando menos, de conformidad con el artículo 87-C Bis de la LGOAAC (2018). Dichas sociedades se dedican a recopilar, manejar y entregar o enviar información sobre el historial crediticio de personas físicas y morales (CNBV, 2013).

- *Ley de Transparencia y Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado (LTFCCG)*

El objeto de esta ley consiste en regular las actividades y servicios de otorgamiento de crédito garantizado orientado hacia la

adquisición, construcción, remodelación o refinanciamiento de vivienda; con la intención de asegurar la transparencia y fomentar la competencia entre entidades que ofrecen este servicio (art.1 LTFCCG, 2018). Así pues, el artículo 18 establece que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores debe supervisar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley. Sin embargo, esto solo aplica para las SOFOM reguladas, ya que, para las no reguladas, la supervisión la efectuará la Condusef de acuerdo con el artículo 87-L de la LGOAAC (2018).

- *Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (LPDUSF)*

Este ordenamiento dota de facultades a la Condusef para proteger los derechos de los usuarios de servicios financieros a través de varias acciones. Un punto importante para las sociedades financieras de objeto múltiple y en general todas las entidades financieras que aborda la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros es que la Condusef está a cargo del Registro de Prestadores de Servicios Financieros y del Buró de Entidades Financieras. En ambos, se recopila información relevante sobre el desempeño de las entidades financieras, la hace pública y así los usuarios cuentan con las herramientas para consultar antes de adquirir un producto o servicio de cualquier entidad. Asimismo, dicha ley presenta los requisitos y documentos

que la Condusef requiere para la inscripción de entidades en el Registro y en el Buró. Otro aspecto relevante que se aborda en esta ley es la obligación para todas las entidades financieras de contar con una Unidad Especializada, la cual se encargue de atender las quejas y reclamaciones de los usuarios de sus servicios. Dichas Unidades también son supervisadas por la Condusef.

- *Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros (LTOSF)*

La actividad profesional de las sociedades financieras de objeto múltiple consiste en otorgar servicios financieros, por lo que deben sujetarse a lo previsto por esta ley para conducirse con transparencia y eficiencia y de esta manera proteger los intereses de los usuarios y poner a su disposición información relevante. La Comisión Nacional Bancaria (CNBV), la Condusef y el Banco de México se encargan de verificar el cumplimiento de lo que esta ley dispone. Algunas de las obligaciones que esta ley establece para las sociedades financieras de objeto múltiple se encuentran:

- De conformidad con el artículo 6 (LTOSF, 2018) las sociedades financieras de objeto múltiple reguladas deberán registrar las comisiones que cobren por servicios de pago y crédito ante el Banco de México. Mientras que, las entidades no reguladas deberán de realizar dicho registro ante la Condusef.

- Los contratos de adhesión que se utilicen para documentar operaciones masivas deberán cumplir con los requisitos que se establezcan en las disposiciones de carácter general de la Condusef, de acuerdo con el artículo 11 (LTOSF, 2018).
- Según el artículo 17 Bis 1 (LTOSF, 2018), las entidades financieras deben poner a disposición del público los datos de identificación de los despachos externos, terceros o representantes que realicen la cobranza de los créditos otorgados.
- *Normatividad fiscal (ISR, IVA y Código Fiscal)*
- *Disposiciones y circulares de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), Condusef y del Banco de México.*

Las tres entidades tienen la facultad de emitir disposiciones de carácter general aplicables a las entidades financieras sobre aspectos o sectores financieros específicos dentro de su marco de acción y conforme lo establecen las leyes. Las disposiciones y circulares que emiten ambas Comisiones y el Banco de México pueden consultarse en sus respectivos sitios web en los apartados: documentos, disposiciones, normatividad o marco legal.

En este punto, es importante abordar que algunas disposiciones de carácter general emitidas por la Condusef están encaminadas al cumplimiento de las obligaciones que establecen tanto la Ley de Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros

(LPDUSF) y la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros (LTOSF), que se abordaron previamente y las cuales consisten en darse de alta en los registros que recaban información sobre el desempeño, aspectos corporativos, comisiones, despachos de cobranza, unidades especializadas, contratos de adhesión, según sea el caso. Estos registros son importantes porque la información que contienen es pública y se pone a disposición de los usuarios, quienes pueden consultar antes de establecer una relación con cualquier entidad financiera y tomar mejores decisiones.

De manera específica las disposiciones de carácter general de la Condusef (2016) relativas a los registros en los que debe darse de alta una sociedad financiera de objeto múltiple son:

- **Registro de Prestadores de Servicios Financieros (SIPRES).** *Disposiciones de carácter general para el registro de prestadores de servicios financieros.*
- **Buró de Entidades Financieras.** *Disposiciones de carácter general para la organización y funcionamiento del buró de entidades financieras.*
- **Registro de Despachos de Cobranza (REDECO).** *Disposiciones de carácter general aplicables a las entidades financieras en materia de Despachos de Cobranza.*

- **Registro de Comisiones (RECO) (solo para entidades no reguladas).** *Disposiciones de carácter general para el registro de las comisiones, la cartera total y número de contratos, que deben realizar las entidades financieras.*
- **Registro de contratos de adhesión (RECA).** *Disposiciones de Carácter General para el Registro de Contratos de Adhesión.*
- **Registro de Unidades Especializadas (REUNE).** *Disposiciones de carácter general por las que se establece la información que deben rendir las unidades especializadas de las instituciones financieras a la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.*

Marco regulatorio específico de las Entidades Reguladas (E.R.)

El marco regulatorio específico de la sociedad financiera de objeto múltiple regulada depende del tipo de entidad financiera con la que comparte el vínculo patrimonial y si tiene valores deuda inscritos en el Registro Nacional de Valores. En este sentido, el artículo 87-D de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (2018) establece puntualmente tanto los aspectos como las disposiciones que deberán atender según la entidad financiera con la que está vinculada:

- Ley de Instituciones de Crédito (fracción I).

- Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo (fracción II).
- Ley de Ahorro y Crédito Popular (fracción III).
- Ley de Uniones de Crédito (fracción IV).
- Ley del Mercado de Valores (fracción V).

Algunos de los aspectos que una entidad regulada deberá observar según la sociedad con la que tenga relación patrimonial se encuentran: la administración y vigilancia de la sociedad, fusiones y escisiones, contabilidad, revelación de información financiera, auditoría, controles internos, inversiones, integración de expedientes de crédito, entre otros.

Supervisión

Las **sociedades financieras de objeto múltiple reguladas** adquieren dicha clasificación debido a las relaciones patrimoniales que comparten con entidades financieras que supervisa la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), por lo tanto, las entidades reguladas también son supervisadas por dicha Comisión. Por otro lado, en lo que respecta a las **sociedades financieras no reguladas**, como ya se ha visto en el apartado “Origen y evolución”, desde del 2014 la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) realiza una supervisión preventiva a este tipo de sociedades para evitar que

se involucren y/o cometan actos ilícitos como: lavado de dinero y financiamiento al terrorismo.

Además, el artículo 87-B de Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (LGOAAC, 2018) las sociedades financieras de objeto múltiple reguladas y no reguladas tienen la obligación de proporcionar la información o documentos que les requieran en sus ámbitos de su competencia la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), el Banco de México y la Condusef. Así pues, en el mismo artículo establece que las entidades no reguladas tienen la obligación de proporcionar su información a Condusef para fines estadísticos, es decir, para conformar los registros (SIPRES, Buró de Entidades Financieras, RECA, REDECO, RECO, etc.).

6. ¿A qué se dedica una sociedad financiera de objeto múltiple?

Las actividades que las sociedades financieras de objeto múltiple realizan de manera profesional son tres alternativas de financiamiento para negocios y empresas, las cuales conviene analizar para comprender cómo funcionan y conocer sus implicaciones y requisitos para así elegir la más conveniente a la empresa y su situación.

6.1 Arrendamiento financiero

Una empresa puede requerir para su funcionamiento o expansión: maquinaria y equipo de producción, sistemas tecnológicos y de telecomunicaciones, equipo de cómputo, mobiliario e incluso bienes inmuebles para uso comercial, industrial o de almacenamiento. Todo lo anterior implica dinero, que no siempre se tiene al momento. Por lo que, en vez de esperar hasta reunir la cantidad necesaria para la compra de los bienes, una empresa puede optar por el **arrendamiento financiero o *leasing***, como se conoce en el derecho anglosajón, el cual es una opción para obtener de manera más rápida los bienes que se requieren para continuar operando.

Como ya se vio en el apartado Origen y Evolución, antes de la reforma de 2006 existían las arrendadoras financieras, que eran figuras societarias especializadas en operaciones de arrendamiento financiero. Por lo que, en aquel entonces el concepto de esta operación era el siguiente, de conformidad con el Diccionario Jurídico Mexicano (Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992), el cual se basó en el artículo 25 de la LGOAAC:

Contrato en virtud del cual la arrendadora financiera se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, a una persona física o moral, obligándose ésta a pagar como contraprestación una cantidad de dinero determinada o determinable, que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y

los demás accesorios, y adoptar el vencimiento del contrato alguna de las operaciones previstas en la Ley General de Operaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (p.233).

Ahora bien, después de la reforma la esencia de la operación se mantuvo casi intacta. Lo que sí cambió fue que el arrendamiento financiero dejó de ser una actividad exclusiva para un tipo de sociedad, ya que desaparecieron las arrendadoras financieras; en consecuencia, se trasladó esta operación a la Ley General de Títulos y Operaciones (LGTOC). Ese cambio en la actualidad se ve reflejado en el concepto de arrendamiento financiero actual, incluido en el artículo 408 de la LGTOC (2018):

Artículo 408.- Por virtud del contrato de arrendamiento financiero, el arrendador se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, al arrendatario, quien podrá ser persona física o moral, obligándose este último a pagar como contraprestación, que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, una cantidad en dinero determinada o determinable, que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios que se estipulen, y adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales a que se refiere el artículo 410 de esta Ley.

Los contratos de arrendamiento financiero deberán otorgarse por escrito y deberán inscribirse en la Sección Única del Registro Único de Garantías Mobiliarias del Registro Público de Comercio, en el folio electrónico del arrendador y del arrendatario, a fin de que surta efectos

contra tercero, sin perjuicio de hacerlo en otros registros especiales que las leyes determinen.

A partir de estas definiciones es posible identificar que el arrendamiento financiero es una operación compleja, pues de acuerdo con De la Fuente (1999) tiene efectos económicos similares al crédito bancario, sin embargo, difieren porque en el arrendamiento financiero no se otorgan recursos monetarios sino el uso de un bien. Además, ofrece mayor accesibilidad de respuesta que un crédito, facilidad para establecer el plan de pagos, así como una vez terminado el plazo, existe la posibilidad de adoptar cualquiera de las tres posibilidades contempladas en el artículo 410 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018):

- 1) Comprar el bien a un precio simbólico (inferior a su valor de adquisición), que se determinará en el contrato de arrendamiento financiero. De no ser así, el precio que la empresa pagará por el bien deberá ser inferior al valor de mercado a la fecha de compra.
- 2) Prorrogar el plazo para que la empresa pueda seguir utilizando el bien a cambio de una renta, en este caso menor a la que se estuvo pagando.
- 3) Vender el bien a un tercero y participar con la arrendadora del precio de la operación.

Es fundamental que en el contrato de arrendamiento financiero se establezcan las condiciones pertinentes para cada una de las opciones o en su caso se determine cuál de las tres se efectuará; esto para evitar conflictos posteriores. Por ejemplo, para la tercera opción, convenir en qué proporción participará la empresa en la venta del bien. También para la primera y segunda determinar tanto el precio de venta como el monto de la renta que la empresa deberá pagar. De igual manera, como última recomendación, conviene revisar los artículos 408-418 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los cuales tratan todos los aspectos que debe contener el contrato de arrendamiento financiero, algunos de ellos: entrega material del bien (art.411), mantenimiento y reparaciones (art. 412), descripción del bien y selección del proveedor del mismo (art. 413) y seguros y garantías por riesgos (art.417). Otro aspecto que es importante que las partes incluyan en el contrato es la tasa de interés, ya sea que la pacten entre sí o que acuerden una mecánica para determinarla, esto según el segundo párrafo del artículo 15 del Código Fiscal de la Federación (2018).

Por otra parte, es necesario señalar que la naturaleza del contrato es mercantil, de conformidad con la fracción XXIV del artículo 75 del Código de Comercio (2018), la cual establece que las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito son consideradas también acto de comercio. Ahora bien, cito la siguiente

tesis aislada para complementar la afirmación de que el contrato de arrendamiento financiero es de naturaleza mercantil:

Séptima Época

Tercera Sala

Semanario Judicial de la Federación

Volumen: 217-228, Cuarta parte

239414

Tesis aislada (Civil)

Página: 29

ARRENDAMIENTO FINANCIERO. ES UN CONTRATO DE NATURALEZA MERCANTIL.

El arrendamiento financiero aunque es una operación compleja puesto que participa de las notas características de una operación de crédito, del arrendamiento y de la compraventa, o sea que se compone de elementos diversos, debe considerarse como un contrato mercantil, dado que es claro el propósito de lucro que persigue el arrendador quien obtiene rendimientos del capital que invierte en el financiamiento, lo que hace que tenga las características del acto mercantil a que alude el artículo 75, fracciones I, II, V, VII y XIII del Código de Comercio; por ende, es diferente del arrendamiento civil, liso y llano o tradicional y de la compraventa en abonos; así que, no obstante las semejanzas o identidades parciales, no puede ser subsumido o absorbido por tales figuras clásicas o tradicionales.

Amparo directo 12098/84. Salomón Issa Murra y Combugas, S.A. 19 de febrero de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Waldo Guerrero Lázcarez.

A pesar de que esta tesis fue publicada en 1987, funge como un criterio para señalar en primer lugar la complejidad del arrendamiento financiero y para evitar que este se confunda con otras figuras. Por otra parte, me parece importante destacar la parte en la que se explica la intención de lucrar por parte del arrendador que no había sido

mencionada anteriormente. De esta manera, tanto la figura del arrendador como la del arrendatario salen beneficiados de la operación.

Por otra parte, conviene revisar la siguiente tesis aislada en la que se argumentan las diferencias que existen respecto a los contratos de apertura crédito, arrendamiento puro y compraventa a plazos:

Novena Época

Tribunales Colegiados de Circuito

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo XXVI, diciembre de 2007

Tesis: I.3o. C. 654 C

170860

Tesis Aislada (Civil)

Página: 1673

ARRENDAMIENTO FINANCIERO. SUS DIFERENCIAS CON LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO PURO, COMPRAVENTA A PLAZOS Y APERTURA DE CRÉDITO.

La complejidad del arrendamiento financiero puede generar que se le confunda con otros contratos, *verbi gratia*, el arrendamiento, empero, este último acuerdo de voluntades locativo está limitado al uso o goce temporal de una cosa, sin posibilidad de adquisición prevista contractualmente, salvo el caso de venta de la cosa arrendada en que existirá un derecho de preferencia o de tanto, lo cual, en todo caso, proviene de la ley, no de la autonomía de la voluntad, y está sujeto a un evento incierto (venta del bien) que puede darse o no, como ilustran los artículos 2398 y 2447 del Código Civil Federal. En cambio, en el arrendamiento financiero es precisamente la opción, ya sea de adquirir el bien o venderlo a un tercero, o prorrogar el uso o goce de la cosa, un elemento que le caracteriza y, por tanto, distingue del arrendamiento regulado en la legislación sustantiva civil, diferenciación que también puede enunciarse señalando que este último es un arrendamiento puro y aquél un arrendamiento financiero, como lo adjetiva la legislación

mercantil aplicable (Leyes Generales de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y de Títulos y Operaciones de Crédito), o en otras palabras, *renting* y *leasing*, respectivamente, de acuerdo con la terminología anglosajona que no puede soslayarse tratándose de esa distinción de figuras, habida cuenta que el arrendamiento financiero, en contraposición al puro, tiene su origen en la práctica comercial y en el derecho anglosajón que les asigna los vocablos indicados para evidenciar su distinta naturaleza y connotación. Similar confusión puede darse entre el arrendamiento financiero y la compraventa, particularmente la convenida a plazos cuyo precio se va cubriendo en parcialidades, en función de la posibilidad de adquisición que está presente en el primero, y la innegable circunstancia de que al estar fijado el importe de la renta en función del valor de la cosa, más accesorios, se busca la recuperación de la inversión del arrendador en la previa adquisición del bien, y la obtención de una ganancia adicional, pero, a la vez, satisfacer la necesidad de uso por parte del arrendatario sin que éste erogase en un momento único el valor de la cosa que, entonces, va siendo cubierto parcialmente con las rentas y se complementa con el pago del precio para el caso de ejercer la opción de compra que, por lo mismo, será inferior al fijado en el contrato o, en su defecto, al de mercado, conforme a las bases contractualmente previstas. No obstante la similitud a que puede dar lugar esa caracterización del arrendamiento financiero, lo cierto es que existen diferencias entre él y la compraventa a plazos o en abonos, ya que, en el primero, la opción de compra es una más entre otras (prórroga del uso, participación en la venta a tercero), y en la segunda, la adquisición es el objeto mismo, único e ineludible de su celebración; mientras en el arrendamiento financiero la opción de compra se produce al vencimiento de un plazo de mero alquiler, con independencia de la posible conversión de las rentas en parte del precio de la cosa, por lo cual la adquisición sólo se da hasta ese momento, y previa satisfacción de ciertas condiciones (cumplimiento de obligaciones contractuales, fijación de precio o de las bases para determinarlo, aviso con cierta anticipación de la elección de compra), en la compraventa en abonos, por su parte, la adquisición o transmisión de la propiedad salvo que se pacte la reserva de dominio, se puede dar desde el tiempo mismo de su celebración, al convenir las partes sobre la cosa y el precio, sin perjuicio de que la falta de pago de este último dé lugar a acciones de rescisión o cumplimiento contractual, y que en caso de rescisión se estime al comprador como arrendatario. Se advierte así de la caracterización que

de la compraventa se puede obtener de su regulación legal, contenida en los artículos 2248, 2249, 2310 y 2311 del Código Civil Federal, interpretados sistemáticamente. Conclusiones semejantes pueden elaborarse en cuanto a las posibles coincidencias entre el arrendamiento financiero y el contrato de apertura de crédito, ya que si bien es cierto que aquél tiene una finalidad relacionada con el crédito, también es verdad que el arrendador no pone a disposición del arrendatario los fondos requeridos por éste para la adquisición de una cosa, sino que la adquiere para sí, con el propósito inmediato de arrendarla y la posibilidad mediata de que sea comprada posteriormente por el arrendatario, o bien por un tercero, e inclusive, continúe siendo alquilada. Por su parte, la apertura de crédito sí entraña la entrega del dinero al acreditado que, además, podrá utilizarlo para fines diversos a la adquisición de una cosa, de acuerdo con lo convenido entre las partes, como dispone el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 562/2007. Arenas y Gravas Xaltepec, S.A. 11 de octubre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

Esta tesis más actual, además de explicar a detalle los criterios de distinción del contrato de arrendamiento financiero frente al arrendamiento puro, compraventa a plazos y apertura de crédito; también permite identificar los aspectos de mayor relevancia relativos a las características del arrendamiento financiero que explico a continuación:

- Las opciones de compra y prórroga del uso del bien caracterizan al arrendamiento financiero y representan una ventaja respecto al arrendamiento puro. Además, la tesis se apoya en la terminología anglosajona para reforzar el argumento de distinción entre ambas

operaciones, al explicar que el *renting* equivale al arrendamiento puro y el *leasing* al arrendamiento financiero.

- Asimismo, establecer la diferencia entre compraventa a plazos y arrendamiento financiero permite evitar confusiones entre ambos contratos; ya que la compra o adquisición del bien es el objeto principal del contrato, el pago se efectúa por abonos y la transmisión de la propiedad se pueda dar desde el momento en que se celebra el contrato. Mientras que, en el segundo, la compra es una de las tres opciones al vencer el plazo del contrato, pues el arrendador adquiere para sí mismo el bien que el arrendatario requiere, para después cederle el uso de ese bien a cambio de una renta durante un tiempo. De esta manera, el arrendatario se beneficia pues no gasta inmediatamente el valor del bien que necesita para continuar o mejorar su operación, puede utilizarlo como si fuera suyo a cambio de una renta y después tiene la posibilidad de adquirirlo a un valor significativo inferior al de la compra inicial o al del mercado, según se estipule en el contrato. Por otra parte, el arrendador también gana al recuperar su inversión y obtener rendimientos; así pues, una vez cubierto el valor del bien puede seguir arrendándolo o venderlo ya sea al arrendatario o a un tercero. De modo que, una vez analizado todo esto es posible identificar más claramente que en el arrendamiento financiero

existe la intención de obtener un beneficio económico de ambas partes, por lo tanto, su naturaleza es mercantil.

- Por último, la distinción entre el contrato de apertura de crédito y el arrendamiento financiero es bastante clara pues en el primero se otorgan recursos económicos, es decir, dinero que puede ser utilizado para cualquier fin; por su parte, en el arrendamiento financiero el arrendador entrega un bien al arrendatario, mas no el dinero para comprarlo. Además, en el contrato de arrendamiento financiero se especifica el bien que será comprado por el arrendador para posteriormente entregarlo al arrendatario para su uso.

Ahora bien, aplicando lo que se ha tratado sobre el arrendamiento financiero y traduciéndolo a cómo se lleva a cabo, presento el siguiente ejemplo: La empresa ConstruMás es una distribuidora de material para construcción que necesita un nuevo equipo de transporte para mejorar sus operaciones, por ejemplo, un camión de carga. Entonces, determina el modelo y proveedor que más se ajusten a sus necesidades, y por último, acude a una Sofom para convenir que esta compre el bien y le permita usarlo a cambio del pago de una renta durante un plazo establecido, a través de un contrato.

En este sentido, por medio del contrato de arrendamiento financiero, la sociedad financiera de objeto múltiple (SOFOM) se convierte en la arrendadora y la empresa en arrendataria. La primera

se compromete a comprar el bien (ya que esta cuenta con la liquidez necesaria para hacerlo) y ceder el uso a la segunda; esta última queda obligada a pagar una renta que incluye tanto el valor de la adquisición como los intereses que serán pagados durante un período de tiempo. Asimismo, de acuerdo con el artículo 412 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018), la empresa en calidad de arrendataria y como sujeto que utiliza el bien, tendrá que hacerse cargo de los gastos de mantenimiento, operación y reparación que implica el uso del mismo. De igual manera, deberá responder en caso de daños por negligencia.

Por otra parte, no es necesario que la sociedad financiera de objeto múltiple (SOFOM) efectúe la compra total del bien en cuestión, sino que es posible que esta solo financie una parte o incluso únicamente aporte el anticipo solicitado por algunos proveedores para la fabricación o armado de ciertas máquinas, entrega anticipada o urgente de productos, para la prestación de algún servicio, entre otros.

6.2. Factoraje financiero

La condición fundamental para que una empresa pueda optar por un financiamiento a través de factoraje financiero es que realice **ventas a crédito** con sus clientes; las cuales se llevan a cabo cuando las ventas de productos o servicios a clientes no se pagan de contado, sino dentro de un plazo que puede variar desde quince, treinta, sesenta o

hasta noventa días. En el lenguaje contable, de acuerdo con Holmes, Maynard, Edwards y Meier (1981) a este tipo de operación (venta a crédito) se le registra como **cuentas por cobrar**. En consecuencia, el importe de las ventas no se recibe de inmediato, sino hasta que se efectúe la cobranza al cliente al momento de vencerse el plazo de pago. Esta situación no es perjudicial para una empresa mientras se dé eficientemente el flujo de cobranza y pago, sin embargo, en algunas ocasiones la falta de liquidez puede llegar a ser un problema.

En la última oración del párrafo anterior se planteó algo crucial: el funcionamiento óptimo de una empresa siempre dependerá de la eficiencia del flujo de entrada y salida de recursos; pues sucede que la empresa necesita abastecer sus inventarios, comprar materia prima, financiar nuevos proyectos, incursionar en otros mercados, expandirse, renovar o reparar sus instrumentos de trabajo, aprovechar oportunidades para invertir, entre otras cosas. Cualquiera de las acciones anteriores implica una inversión o gasto de dinero, con el que no siempre se cuenta de manera inmediata, porque en algunos casos se tienen demasiadas cuentas en la cartera de cuentas por cobrar o ventas a crédito. En este tipo de casos el factoraje financiero se vuelve una opción bastante atractiva, ya que consiste a grandes rasgos en la cesión de las cuentas por cobrar a una entidad o sujeto que las pagará anticipadamente (antes de los plazos), y de esta forma, las empresas no generan pasivos como sucede con el crédito.

Antes de definir puntualmente lo que es el factoraje financiero y cómo funciona, es necesario distinguir entre **factor** y **factoraje**. Esta distinción es importante y depende del contexto geográfico en el que se estén manejando los términos y sus usos históricos. Específicamente, en el contexto mexicano, aunque ambos términos compartan la misma raíz etimológica: “*facere, feci, factum: factotum el que realiza todos los trabajos*” (Rodríguez, 2005, p.168); no necesariamente implican lo mismo y por ende no deben confundirse. Por una parte, el **factor** es un sujeto que en materia mercantil funge como auxiliar del comercio; mientras que el **factoraje**, como ya se ha visto, es una operación o actividad de financiamiento.

En primer lugar, según Motilla (1981), la palabra **factor** históricamente se utilizó para denominar al sujeto que representaba a un comerciante en la gestión de sus negocios. En la actualidad, dicha figura aún existe, sin embargo, el término no es tan popular, ya que existen otras formas de referirse al factor, por ejemplo: gerente, administrador o director. Los tres sujetos anteriores se caracterizan por ser los encargados de un negocio, sucursal, área o empresa de la que no son propietarios, es decir, cumplen con la función de factores. De forma más precisa, el Código de Comercio (2018) considera a esta figura como un auxiliar del comerciante y el artículo 309 lo define así:

“Se reputarán factores los que tengan la dirección de alguna empresa o establecimiento fabril o comercial, o estén autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, por cuenta y nombre de los propietarios mismos”.

Por su parte, de acuerdo con Bauche (citado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992) “**factoraje**” es la traducción del término anglosajón *factoring*. El origen histórico del *factoring* radica en que alrededor del siglo XVII los fabricantes ingleses tenían factores en Estados Unidos, quienes se encargaban de vender sus productos, asumiendo el riesgo por el crédito otorgado y posteriormente el otorgamiento de anticipos sobre las mercancías y cuentas por cobrar en su poder. De manera oficial, estas operaciones son los primeros antecedentes del factoraje financiero e incluían la figura del factor como el encargado de llevarlas a cabo. Con el tiempo, el factoraje financiero comenzó a utilizarse con mayor frecuencia y en otras partes del mundo.

De los usos históricos de ambos términos, es posible identificar que se relacionan e incluso podría decirse que derivan uno del otro. Sin embargo, es necesario remarcar que el uso de estos términos varía de acuerdo con el contexto geográfico, pues sucede que en algunos países como México, los términos se utilizan de manera distinta y por lo tanto, el factor (sujeto) no se dedica obligatoriamente al factoraje financiero (operación). Mientras que, en otros lugares aún se conserva el uso histórico y es posible encontrar definiciones internacionales en las que al sujeto o entidad que adquiere las cuentas por cobrar y las

paga anticipadamente, se le denomina factor. Un ejemplo de esto es la siguiente definición de factoraje financiero del Diccionario Jurídico Básico el cual fue escrito y editado en España (Fonseca-Herrero, 2002):

Contrato complejo por el que una sociedad (**factor o sociedad de factoring**) se obliga frente a un empresario a gestionar el cobro conjunto de los créditos que este tenga frente a sus clientes, garantizando en unos casos el cobro total o parcial de los mismos en supuestos de insolvencia o bien anticipando el importe de los créditos o ambas cosas a la vez (p.174).

Esta definición, introduce una explicación más detallada de qué es el factoraje financiero sus implicaciones y quiénes intervienen en dicha operación. Pero para profundizar más en los términos que se utilizan para nombrar al sujeto o entidad que funge como adquirente de los derechos de crédito o cuentas por cobrar, y entrar ya en materia de cómo funciona el factoraje financiero en México cito el primer párrafo del artículo 419 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018) en el que se define a esta operación:

Artículo 419.- Por virtud del contrato de factoraje, el **factorante** conviene con el **factorado**, quien podrá ser persona física o moral, en adquirir derechos de crédito que este último tenga a su favor por un precio determinado o determinable, en moneda nacional o extranjera, independientemente de la fecha y la forma en que se pague.

En adición, el tercer párrafo del mismo artículo 419 (LGTOC, 2018) contempla que la administración y cobranza de los derechos de crédito que son objeto de la operación deberán llevarse a cabo por parte del **factorante**, quien a su vez podrá delegar dichas funciones a

un tercero. (aspecto también contemplado en la definición del diccionario español).

De las dos definiciones presentadas, es posible identificar ciertas características básicas del factoraje financiero:

- Se pacta a través de un contrato cuyo objeto es la cesión-adquisición de derechos de crédito (cuentas por cobrar).
- Intervienen dos sujetos: **factorante** y **factorado**, concentrándonos en el caso mexicano.
- El **factorante** es el sujeto que **adquiere** los derechos de crédito del **factorado**, quien los **cede** a cambio de un precio cuya determinación se fija en el contrato.
- Además, el **factorante** deberá encargarse de la cobranza de los mismos o en su defecto delegarla a un tercero, en este sentido, el **factorante** puede encomendar al **factorado** la función de cobranza.

A partir de estas características básicas es posible entrar en cuestiones más técnicas del factoraje financiero, teniendo un enfoque particular en los puntos fundamentales que debe contener el contrato en el que se pacta esta operación.

Como primer punto, es preciso establecer que, en una operación de factoraje financiero, el factorado o sujeto cedente no obtendrá el cien por ciento de sus derechos de crédito. De hecho, es común, que

reciba entre ochenta y noventa por ciento del valor de su cartera de cuentas por cobrar. Recordemos que al final de cuentas, las operaciones de financiamiento también son un negocio y por lo tanto, las empresas que se dedican a esto buscan obtener ganancias y evitar poner en riesgo sus intereses. En consecuencia, recurren a realizar un análisis crediticio y financiero de sus posibles clientes, previo a la contratación del servicio; así como usan los siguientes mecanismos para obtener ganancias, garantizar el pago y reducir riesgos:

- **Aforo:** “Es la cantidad o porcentaje que el cliente o cedente acepta que se deduzca del valor nominal de los derechos de crédito transmitidos, y que queda en poder del factor como garantía por cualquier pago pendiente a favor de este; el aforo será reembolsado al cliente o cedente por el factor al momento de haber cobrado efectivamente los derechos de crédito” (Lara y Lara, 2011, p.271).
- **Honorarios:** La empresa o sujeto que funge como adquisidor o factorante de los derechos de crédito, efectúa un cobro por el servicio de gestión y prestación de servicio de cobranza.
- **Tasa de interés:** Se calcula y acuerda un porcentaje (de acuerdo con las políticas del factorante) sobre el valor aforado como una **comisión** por el servicio de factoraje financiero.

Todos y cada uno de los conceptos se deben incluir en el contrato, desde lo que se entenderá por cada uno de los criterios que se tomaron en cuenta para su determinación, así como la forma y fecha en que deberán ser pagados.

Un segundo aspecto fundamental que se debe conocer respecto al factoraje financiero es que se puede llevar a cabo en dos modalidades: factoraje sin recurso y factoraje con recurso. Ambas, tienen como punto de partida la responsabilidad del factorado o cedente de los derechos de crédito en caso de que los deudores (clientes) no cumplan con el pago; y se encuentran legalmente establecidas en las fracciones I y II del artículo 419 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018):

- **Factoraje sin recurso/ puro / sin vía de regreso:** Esta modalidad de factoraje corresponde a la fracción I del art. 419 de la LGTOC y consiste en que en caso de que el cliente-deudor no cumpla con su obligación de pago, el factorado no queda obligado a responder por dicho incumplimiento ante el factorante.
- **Factoraje con recurso:** La fracción II del art. 419 de la LGTOC establece que en esta modalidad el factorado si tiene la obligación de responder ante el factorante en caso de que el cliente-deudor no cumpla con el pago.

El factoraje sin recurso, puro o sin vía de regreso, cada vez es menos común, ya que implica mayor riesgo para las entidades que fungen como factorantes en la operación. Por lo que, es imprescindible mencionar en el contrato la modalidad por la que se optará y de esta manera marcar la responsabilidad del factorado ante el factorante en caso de que el cliente no pague su deuda.

Por otra parte, en relación a cómo el deudor deberá proceder con su pago cuando su cuenta fue cedida, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018) establece en el artículo 427 que el factorante tiene la obligación de notificar al deudor de la cesión e informarle cómo se llevará a cabo la cobranza de su deuda, pues existen tres posibilidades para ello: que se realice por el mismo factorante, por un tercero (despacho de cobranza), o por el factorado. Además, una vez que se establece la gestión de la cobranza, es preciso conocer las formas de notificación que deberá realizar el factorante en cualquiera de los casos; el artículo 427 (LGTOC, 2018) establece las siguientes formas para realizarla:

- I. Entrega del documento o documentos comprobatorios del derecho de crédito en los que conste el sello o leyenda relativa a la transmisión y acuse de recibo por el deudor mediante contraseña, contrarrecibo o cualquier otro signo inequívoco de recepción;
- II. Comunicación por correo certificado con acuse de recibo, telegrama, télex o telefacsímil, contraseñados que deje evidencia de su recepción por parte del deudor;
- III. Notificación realizada por fedatario público; y

IV. Mensajes de datos, en los términos del Título Segundo del Libro Segundo del Código de Comercio.

Si bien, existen varias vías para realizar la notificación al cliente, haré énfasis en la que aborda la fracción IV: mensajes de datos. El término se utiliza en el comercio electrónico y es definido jurídicamente por el artículo 89 del Código de Comercio (2018): “La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología”. Como es posible apreciar, la definición es bastante amplia y general. Sin embargo, por inferencia se puede decir que el medio electrónico más utilizado en la actualidad para generar, enviar y recibir información relacionada con el comercio electrónico es el Internet. En ese orden de ideas, enviar un correo electrónico, se considera una opción válida para efectuar la notificación al deudor.

Sin embargo, una vez que se elige la forma o medio para llevar a cabo la notificación, conviene conocer las condiciones para que esta se considere legal, que dependerán del medio utilizado para notificar la cesión de derechos de crédito y son las siguientes: presentar la notificación en el domicilio señalado en los documentos que son objeto del factoraje financiero y efectuarla ya sea con el representante legal o cualquiera de sus dependientes o empleados. En caso de que la notificación se realice con la persona con la que debe entenderse, pero no en el domicilio proporcionado se considerará legalmente válida. Así pues, es importante agregar que toda notificación surtirá

efectos al día hábil siguiente y se tendrá por realizada cuando los deudores rectifiquen a través de cualquier signo o contraseña que se dieron por enterados de la misma (LGTOC, 2018). De modo que, la rectificación variará conforme a la forma en que esta se efectúe, por ejemplo: si se opta por entregar la notificación personalmente, bastará con la firma física; por su parte, si se notifica a través de correo electrónico será necesario un acuse de recibo del cliente/deudor.

Otro aspecto que es necesario abordar, es el de los documentos objeto del factoraje financiero. Dichos documentos acreditan la existencia de los derechos que cede el factorado al factorante, por lo que se vuelven el objeto de la operación. Respecto a estos, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018) establece lo siguiente en el artículo 421:

Podrán ser objeto del contrato de factoraje, cualquier derecho de crédito denominado en moneda nacional o extranjera que se encuentren documentados en facturas, contrarrecibos, títulos de crédito, mensajes de datos, en los términos del Título Segundo del Libro Segundo del Código de Comercio, o cualesquier otros documentos, que acrediten la existencia de dichos derechos de crédito.

En este artículo, nuevamente podemos identificar que la legislación incluye el uso herramientas tecnológicas que facilitan los procesos comerciales y median la relación entre clientes y empresas a través de Internet, permitiendo que a través de un mensaje de datos o documento electrónico acredite la existencia de derechos de crédito. El ejemplo más común de esto es el de la factura electrónica, cuyo

uso es cada vez frecuente en la práctica comercial y empresarial de la actualidad. Cabe mencionar, que siguiendo el hilo que plantea la legislación, es posible realizar operaciones de factoraje con este tipo de documentos electrónicos.

De hecho, el Sistema de Administración Tributaria (SAT, 2017a), elaboró y publicó varias herramientas informativas como parte del proceso de implementación de la versión 3.3 del Comprobante Fiscal Digital por Internet (CFDI), el cual entró en vigor el 1 de julio de 2017. Entre estas herramientas, se encuentra un vídeo titulado: “VideoChat No.24: Ejemplos de CFDI versión 3.3 (factoraje financiero y contrato de obra)” publicado en el canal de YouTube del Sistema de Administración Tributaria (SAT, 2017b) que trata sobre cómo se debe llevar a cabo el factoraje financiero con facturas electrónicas a través de este nuevo sistema.

Asimismo, el artículo 422 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018) menciona que el factorado tiene la obligación de garantizar la existencia y legitimidad de dichos derechos de crédito al momento de celebrarse el contrato, independientemente que se acuerde la modalidad de factoraje sin recurso. Complementando esta última parte, el segundo párrafo del artículo 430 dispone que se debe incluir en el contrato una relación de los derechos de crédito que se cederán. Dicha relación debe contener los datos de identificación del factorado y deudores (nombres,

denominaciones o razones sociales) y los datos necesarios para identificar los documentos, sus importes y fechas de vencimiento.

Por su parte, en lo que respecta a la cobranza, el artículo 430 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018) menciona que para casos en los que la cobranza se haya delegado, el sujeto que realice la cobranza tiene un plazo de diez días hábiles a partir de la fecha de cobranza para entregar al factorante la cantidad que le fue pagada.

Finalmente, cierro este apartado con algunas consideraciones que el empresario y emprendedor deben tomar en cuenta sobre el factoraje financiero. Primero, debe tomar en cuenta si el vencimiento de sus cuentas por cobrar se otorgó a plazos muy cortos, y si la comisión que cobra el factorante por el servicio resulta muy alta; ya que en ambos casos este tipo de financiamiento no resultaría muy conveniente. Además, en caso de optar por el factoraje con recurso, la empresa debe considerar la responsabilidad que deberá asumir ante el factorante en caso de que sus clientes se retrasen en sus pagos o no los realicen. Por su parte, se debe tomar en cuenta que los factorantes realizan un estudio a la empresa interesada en la que le requieren información legal, financiera y de su cartera de clientes, para determinar el riesgo de la operación previo a la contratación del servicio. De igual manera, conviene que la empresa se informe sobre el estatus financiero y legal de la entidad con la que quiere contratar.

Asimismo, puntualizo que existen variaciones del factoraje financiero, que atienden a distintas necesidades de financiamiento que puede llegar a tener una empresa: factoraje internacional (exportación-importación), factoraje a proveedores (se contrata al factorante para que realice pagos por adelantado a proveedores) e incluso existen plataformas de factoraje financiero en línea.

6.3. Otorgamiento de crédito

El crédito es la actividad más común y conocida que realiza profesionalmente una sociedad financiera de objeto múltiple. A grandes rasgos, el crédito es una transacción en la que una entidad financiera le concede una aportación monetaria a una persona física o moral, la cual será pagada dentro de un plazo y con intereses (simples o compuestos) sujetos a una tasa fija o variable.

7. Conclusiones generales

A manera de cierre del presente artículo, agrego que es necesario tomar en cuenta que actualmente la forma de hacer negocios está cambiando constantemente debido a las innovaciones tecnológicas, el ritmo de vida de las sociedades y el cada vez mayor acceso a la información. Por lo tanto, es imposible tratar de mantenerse en el margen tradicional tanto para constituir, financiar y conducir una empresa. De modo que, centrándonos en la temática principal de este

artículo, es imposible negarse a abrirse y conocer esquemas de financiamiento más allá del crédito que muchas veces suele ser más una carga que un beneficio a la empresa; cuando existen otras opciones que permiten acceder a recursos (monetarios, muebles e inmuebles) que pueden adaptarse a las necesidades y situación de la empresa. Lo importante aquí es informarse a profundidad, evaluar los términos y condiciones que ofrecen las entidades y valorar si conviene o no a la empresa.

En otro enfoque, quisiera resaltar que la sociedad financiera de objeto múltiple es al final de cuentas es una entidad que lucra y hace negocio. De modo que, existen grupos financieros muy grandes, que optan por constituir o adquirir este tipo de figuras para complementar sus servicios. Por lo que, se debe tomar en cuenta que la intención principal del financiamiento que manejan es conceder un beneficio para obtener otro beneficio. En otras palabras, se habla de un ganar-ganar: gana la empresa al conseguir el recurso que necesita y gana la entidad financiera que cobra una determinada cantidad por el servicio, los intereses, la comisión, etc.

Esta última cuestión, pone la base para pensar en la cuestión del riesgo. En las operaciones de financiamiento, aunque no se dice abiertamente, ambas partes consideran y evalúan el riesgo de la operación; ya que, hay peligro de contratar con una entidad o persona que no pueda cumplir con su obligación y eso implica una pérdida.

En este sentido, la legislación y los procedimientos de evaluación antes de contratar un servicio, buscan generar certeza para disminuir los riesgos. Como ya se ha visto, existe una variedad de registros para conocer la situación en la que se encuentran las entidades financieras, el buró de crédito y las sociedades de información financiera que funcionan como herramientas importantes antes de tomar decisiones de financiamiento. En consecuencia, es fundamental revisar, informarse y aclarar cualquier duda antes de contratar servicios de financiamiento.

8. Bibliografía

Código de Comercio. (2018). Recuperado el 18 de junio de 2018 de:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3_280318.pdf

Condusef-Comisión Nacional para la Protección y Defensa del

Usuario de Servicios Financieros. (2016). Marco Legal. Conoce

el conjunto de disposiciones, leyes, reglamentos y acuerdos a los que se apegan la CONDUSEF en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas. *Documentos*. Visto el 11 de junio de 2018

de: <https://www.gob.mx/condusef/documentos/marco-legal-26548>

Congreso de la Unión. (10 de enero de 2014). *Exposición de motivos*.

Iniciativa de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Recuperado el 3

de junio de 2018 del Sistema de Consulta de Ordenamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

<http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=1K5PMk8y/k4kiy/XL1a05KvgC2ax5OD2FqHpYPkW63V9xhNuuHNCSuQ1zKVftMQe>

Congreso de la Unión. (18 de julio de 2006). *Exposición de motivos*.

Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman,

derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Ley de Instituciones de Crédito, Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, Ley de Ahorro y Crédito Popular, Ley de Inversión Extranjera, Ley del Impuesto sobre la Renta, Ley del Impuesto al Valor Agregado y Código Fiscal de la Federación. Recuperado el 5 de junio de 2018 del Sistema de Consulta de Ordenamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=1K5PMk8y/k4kiy/XL1a05KvgC2ax5OD2FqHpYPkW63V9xhNuuHNCSuQ1zKVftMQe>

De La Fuente, J. (1999). *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil: Seguros, Fianzas, Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Grupos Financieros*. México: Editorial Porrúa.

DOF- Diario Oficial de la Federación. (10 de enero de 2014). *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*. Recuperado el 3 de junio de 2018 de:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgoaac/LGOAA_C_ref23_10ene14.pdf

DOF-Diario Oficial de la Federación. (18 de julio de 2006). *DECRETO por el que se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Ley de Instituciones de Crédito, Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, Ley de Ahorro y Crédito Popular, Ley de Inversión Extranjera, Ley del Impuesto sobre la Renta, Ley del Impuesto al Valor Agregado y del Código Fiscal de la Federación.* Recuperado el 3 de junio de 2018 de: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4925459&fecha=18/07/2006

DOF-Diario Oficial de la Federación. (9 de junio de 1992). *DECRETO por el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de Instituciones de Crédito y de la Ley para regular las Agrupaciones Financieras.* Recuperado el 5 de junio de 2018 de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lic/LIC_ref01_09jun92_ima.pdf

Fonseca-Herrero, J. (2002). *Diccionario Jurídico Básico*. Madrid: Editorial Colex.

Holmes, A., Maynard, G., Edwards, J.D. y Meier, R. (1981) Contabilidad 1 de la colección *Biblioteca básica de contabilidad* (José Antonio Fernández Arena, trad.). México: Ediciones Monitor.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. (1992). *Diccionario Jurídico Mexicano-Tomo A-CH*. México: Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. (1992). *Diccionario Jurídico Mexicano-Tomo D-*. México: Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México.

Lara, E. y Lara, L. (2011). *Tercer curso de contabilidad*. México: Editorial Trillas.

LFTCCG- Ley de Transparencia y Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado. (2018). Recuperada el 6 de junio de 2018 de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/256.pdf>

LGOAAC- Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares al Crédito (2018) Recuperada el 3 de junio de 2018 de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/139_090318.pdf

LGSM-Ley General de Sociedades Mercantiles (2018). Recuperada el 6 de junio de 2018 de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/144_140618.pdf

LGTOC-Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (2018). Recuperada el 5 de junio de 2018 de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145_220618.pdf

LIC-Ley de Instituciones de Crédito. (2018). Recuperada el 6 de junio de 2018 de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/43_220618.pdf

LPDUSF-Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. (2018). Recuperada el 7 de junio de 2018 de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/64_090318.pdf

LRSIC- Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia. (2018). Recuperada el 6 de junio de 2018 de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/237_090318.pdf

LTOSF-Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros. (2018). Recuperada el 7 de junio de 2018 de:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LTOSF_090318.pdf

Motilla, J. (1981). El factoring dentro del marco tradicional de crédito en México. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. Número 13, Tomo II, pp. 684-725. Recuperado el 15 de junio de 2018 de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/10911/9982>

RAE-Real Academia Española (2017). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 9 de julio de 2018 de: <http://dle.rae.es/?id=NEQ4ulP>

Rodríguez, S. (2005). *Diccionario etimológico griego-latín del español*. México: Editorial Esfinge.

SAT-Sistema de Administración Tributaria (29 de noviembre de 2017b) VideoChat No.24: Ejemplos de CFDI versión 3.3 (factoraje financiero y contrato de obra). De: <https://www.youtube.com/watch?v=fcAqBCmyTAI>

SAT-Sistema de Administración Tributaria. (2017a). SAT da a conocer facilidades en materia de factura electrónica. *Prensa*. Visto el 17 de septiembre de 2018 de: https://www.gob.mx/sat/prensa/com2017_048?idiom=es

?Epoca=1e3e1fdfd8fcfd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion
=arrendamiento%2520financiero&Dominio=Rubro,Texto&TA
_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=102&Epp
=20&Desde=-100&Hasta=-
100&Index=3&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=
239414&Hit=69&IDs=200031,201087,201088,200116,20530
0,209921,212968,231189,239414,239415,239668,1000057,10
11474,1011519,1011795,1012032,1012323,1001895,1001896,
1003733&tipoTesis=&Seminario=0&tabla=&Referencia=&T
ema=

X

EL FIDEICOMISO

Sumario: 1. Introducción. 2. Origen, definición y marco legal. 3. Elementos del contrato de fideicomiso. 3.1. Sujetos o elementos personales. 3.2. Distinción entre objeto y fines. 3.3. Extinción del fideicomiso. 4. Clasificaciones del fideicomiso. 4.1. Por la naturaleza del fin que persiguen. 4.2. Por la acción que se realiza respecto al patrimonio. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía.

1. Introducción

El objetivo de este artículo es proporcionar un acercamiento al fideicomiso, una figura jurídica versátil y flexible, que puede adaptarse a cualquier situación y atender a los intereses tanto de personas físicas como morales. De ahí, la importancia de dar a conocer de qué se trata, quiénes pueden conformarlo, para qué, cuáles son sus ventajas y consideraciones esenciales.

El primer apartado presenta un breve recorrido sobre el origen del fideicomiso, estableciendo primero que se trata de una adaptación de la figura anglosajona del *trust*, la cual se explica puntualmente. Para después, aterrizar en el contexto mexicano y revisar la evolución histórica y legislativa que ha tenido el fideicomiso y las

complicaciones que enfrentaron los legisladores para adecuarlo a nuestro sistema legal romanista. Se mencionan también las influencias extranjeras (más allá de la angloamericana) que se reflejaron en los primeros intentos de definición del fideicomiso y finalmente se retoman los momentos clave que originaron la forma de entender y regular la práctica fiduciaria hasta el día de hoy.

Por otra parte, aunque la legislación adaptó de manera exitosa la figura extranjera del *trust* a través del fideicomiso, en la doctrina aún existe debate sobre la naturaleza jurídica de esta operación. La discusión plantea que la naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano está en la teoría del mandato, del patrimonio de afectación, del contrato, del negocio jurídico o del negocio fiduciario, entre otras más. Sin embargo, en lo personal, considero que se olvidan de la carga práctica que conlleva esta operación que es una adaptación de la figura extranjera del *trust* que se maneja en un sistema legal anglosajón mucho más orientado a la experiencia que a la teoría.

En ese sentido, para el segundo apartado de este artículo más que tomar postura en la discusión sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano, busqué abordar la parte práctica de esta operación que se materializa y formaliza a través de un contrato. De modo que, presento una descripción de los elementos, derechos, obligaciones, características y consideraciones que reúne este contrato con la intención de proporcionar un acercamiento y

orientación en este aspecto, así como destacar la versatilidad que ofrece. Asimismo, en este apartado expongo la importante distinción entre el objeto y fines del contrato de fideicomiso que permitirá comprender de mejor manera el funcionamiento y consecuencias de esta operación; así como sus causas de extinción.

Así pues, cabe destacar que, para el fideicomiso existen múltiples posibilidades en cuanto a los fines que puede tener esta operación tan versátil y útil para hacer negocios, proteger patrimonio, hacerlo rendir e incluso planear su administración. Por su parte, la doctrina mexicana ha manejado diversos modos de clasificación y tipos de fideicomiso, conforme a distintos aspectos y características que pueden llegar a tener los contratos. Algunas de ellas son: de acuerdo a la finalidad, los sujetos que participan, su revocabilidad, el objeto o tipo de bienes fideicomitidos, entre otras. No obstante, en el cuarto apartado de este artículo se explicarán únicamente dos clasificaciones que llegan a ser de mayor utilidad práctica.

La primera clasificación por tratar toma en cuenta la naturaleza del fin perseguido y en ese sentido distingue el fideicomiso público y el privado. Mientras que, la segunda clasificación atiende a la acción que se realiza respecto al patrimonio del fideicomiso y así determinar si es de inversión, garantía o administración.

Finalmente, cierro el artículo con un apartado de consideraciones finales y presento la bibliografía consultada para la redacción de este

artículo que principalmente se basa en el método exegético de interpretación de la ley, así como en la explicación de la doctrina del fideicomiso.

2. Origen, definición y marco legal

Para hablar de origen del fideicomiso, es preciso establecer que algunos autores manejan un recorrido histórico extenso; sin embargo, atendiendo a los fines prácticos de este artículo se abordará únicamente el origen más inmediato del fideicomiso como lo conocemos en México, el cual es el *trust* anglosajón. En sentido estricto, el fideicomiso mexicano no equivale directamente al *trust*, pero esta fue la figura que se tomó como base.

Una mirada al panorama anglosajón: el trust

El *trust* es conocido a través de dos acepciones, una de tipo económico y otra de tipo jurídico, por lo que, resulta necesario hacer la distinción entre ambas. De acuerdo con Rodolfo Batiza (1995), uno de los autores clásicos del fideicomiso mexicano, la razón de la acepción económica del trust corresponde al caso estadounidense *Standard Oil*. Esta empresa era propiedad de John D. Rockefeller, para 1882 tenía varias compañías afiliadas y se combinaron en el Standard Oil Trust (Enciclopedia Británica, 2019). Es decir, *Standard Oil* y sus afiliadas se constituyeron legalmente como un *bussiness trust* o *Massachusetts*

como también se conocía en aquel entonces. De manera que, el trust se asoció con “poderosas organizaciones cuyas tendencias y prácticas monopolistas se dirigían a suprimir la libre competencia” (Batiza, 1995, p. 28).

Por otra parte, Vargas Díaz (2012) proporciona una explicación que complementa a la acepción económica del trust, ya que menciona que los empresarios crearon el *Standard Oil Trust* para eludir leyes hostiles que prohibían a las sociedades anónimas tener propiedades de comercio y bienes raíces. De manera que, esto destaca la versatilidad de esta figura para adaptarse a diversas situaciones y operaciones que involucran la propiedad y el patrimonio. No obstante, el modelo del fideicomiso mexicano no es precisamente compatible con la acepción económica del trust.

En lo que respecta a su significado jurídico, el trust se considera “una de las ramas técnicas e importantes del derecho-equidad o *equity*” (Vargas Díaz, 2012, p.35). De manera muy sencilla, y con base en la explicación de López Monroy (1999) el *equity* es una rama complementaria del sistema *Common Law* anglosajón, en la que se establece la obligación de cumplir una obligación y se tiene jurisdicción sobre las personas y no sobre las cosas, es decir, implica obligaciones de hacer y no hacer.

Así pues, a manera de síntesis de lo establecido por los historiadores de derecho Richard Powell y Adam Wakeman Scott

(citados en Vargas, 2012) el trust es una forma dual del derecho de propiedad o una escisión del mismo, en el que una parte administra y otra obtiene beneficios. Esto quiere decir, que en el trust se involucra un conjunto de bienes y/o derechos cuya propiedad será transmitida a dos sujetos, cuyo uso y disfrute serán distintos: uno se encargará de administrarlos adecuadamente para que otro u otros los gocen.

Para aportar una definición más concisa del trust, un artículo de autoría del abogado y profesor Thurman W. Arnold, publicado en 1931 por la Escuela de Leyes de la Universidad de Yale plasma la definición de trust que se incluyó en la edición de 1930 *Restatement of the Law of Trusts*¹⁸¹, la cual cito traducida al español:

Es una relación fiduciaria con respecto a la propiedad, surgida de una manifestación para crearla y someter a la persona en quien la propiedad tiene derechos equitativos, para tratarla en beneficio de otra persona (p.803).

En esta definición se está hablando todavía en términos técnicos, por lo que, resulta importante mencionar el planteamiento de Batiza (1995): “el trust ha tenido una historia secular” en el sistema anglosajón y ha estado relacionado con patrimonio familiar, negocios, caridad o interés social y bienes raíces. Lo cual nuevamente denota su

¹⁸¹ Es un compendio ordenado y uniforme de diversos aspectos del *Common Law* a cargo del *American Law Institute (ALI)* cuya misión es producir trabajo académico y doctrina del derecho anglosajón, para clarificarlo, modernizarlo y mejorarlo (ALI, 2019).

flexibilidad para diversas prácticas y fines, siempre y cuando sean lícitos. Sin embargo, es necesario contar con un marco que permita orientar los aspectos básicos sobre esta figura.

Ahora bien, en el trust participan tres sujetos o elementos personales: el *settlor*, el *trustee* y el *cestui que trust*. El *settlor* es quien crea voluntariamente el trust; y por tanto el dominio de su propiedad se distribuirá en dos sujetos. El *trustee* es quien se vuelve el titular legal de la propiedad o derechos, y su obligación (por equidad) es administrarlos en beneficio de un tercero. El tercero o terceros que gozan de los beneficios del patrimonio del trust se reconoce como *cestui que trust*. De esa manera, se forma una relación de carácter personal basada en la “confianza”, que es la traducción al español de la palabra inglesa trust.

El fideicomiso mexicano

Para llegar a una “definición” o más bien una base común sobre el fideicomiso, se tuvo que recorrer un interesante camino histórico y legislativo que dio lugar a una serie de imprecisiones, adaptaciones y modificaciones al marco legal mexicano. Pero, eso no impidió que en la práctica (sobre todo económica) el fideicomiso se desempeñará como una figura importante que propició el desarrollo del sector empresarial en nuestro país.

El fideicomiso mexicano es una adecuación del trust angloamericano. De modo que, no se copió de manera literal esta figura jurídica. Formalmente, el camino que siguió el fideicomiso para establecerse en el sistema legal mexicano se puede clasificar en **tres proyectos de ley y etapas de evolución legislativa** que corresponderían al concepto inaugural o pasado del fideicomiso en nuestro país.

Los tres proyectos de ley

El primer proyecto consistió en una iniciativa de ley: “por cuya virtud puedan constituirse en la República instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios”, la cual se presentó en 1905 a la Cámara de Diputados en tiempos de gobierno porfirista. En un principio, de acuerdo con Batiza (1995) se denominó **Proyecto Limantour**, ya que la iniciativa fue presentada por el entonces Secretario de Hacienda José Yves Limantour; sin embargo, tiempo después se reconoció que la elaboración estuvo a cargo del Licenciado José Vera Estañol. A pesar de que el Proyecto Limantour no llegó a discutirse ni aplicarse formalmente, se considera que fue el primero en el mundo en buscar adaptar e introducir la figura angloamericana del trust a un sistema de derecho romano, esto a partir del trabajo que Batiza elaboró sobre él en 1957.

Cabe destacar que, en tiempos prerrevolucionarios la figura del trust ya era popular en los Estados Unidos e incluso había hecho eco en nuestro país a pesar de que la figura no existía ni se aplicaba como tal. De acuerdo con Vargas (2012) el trust se utilizaba en los convenios de deuda externa; y particularmente en 1908 un *trust deed* fue el instrumento que se utilizó para financiar el proyecto de Ferrocarriles Nacionales de México a cargo del presidente Porfirio Díaz.

De manera que, desde entonces se vislumbraba la aplicación en México del trust entendiéndolo más en su sentido económico, es decir, como una práctica mercantil o de negocios que estaban funcionando bastante bien para nuestro vecino del norte. Un punto que es importante resaltar de la síntesis que hace Batiza (1995) sobre la especie de exposición de motivos del proyecto es que desde entonces se admiraba la figura de las *trust companies*. Estas últimas, en español se conocen como instituciones fiduciarias y funcionan como intermediarias “de buena fe” para el cumplimiento de los fines del contrato (trust).

Casi veinte años después del Proyecto Limantour, durante la época de recuperación del México revolucionario, se llevó la Convención Bancaria de 1924 para discutir sobre las medidas que debían tomarse para restaurar económicamente al país después de la Revolución. Una de las propuestas fue establecer una reglamentación

que rigiera el comportamiento de las instituciones fiduciarias cuyo carácter sería bancario. Para tal efecto, el Secretario de Hacienda de aquel entonces Enrique C. Creel, presentó un proyecto basado en las compañías estadounidenses Trusts and Saving Banks, que en español se traducen como: Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro. Las cuales, según Vargas (2012) “recibían y administraban hipotecas, bonos de compañías, así como toda clase de propiedades muebles e inmuebles” (p.69). Sin embargo, el **Proyecto Creel**, tampoco se convirtió en ley.

Finalmente, el tercer proyecto se conoce como: **Proyecto Vera Estañol**, pero en realidad se denominó “Proyecto de Ley de Compañías Fiduciarias y de Ahorro”. Como su nombre lo indica fue una segunda propuesta a cargo de Jorge Vera Estañol y se presentó en marzo de 1926. Básicamente era el Proyecto Limantour modificado e influenciado por la propuesta del panameño Ricardo J. Alfaro. Lo cual, resultó en una asociación del fideicomiso al mandato civil (en cuanto a constitución, derechos y obligaciones) pero la resolución de conflictos se turnaba a lo mercantil.

Cabe destacar que, la influencia del jurista panameño Ricardo J. Alfaro, no solo se reflejó en el Proyecto Vera Estañol, sino también en la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, como se vera más adelante. Por lo tanto, es importante conocer en qué consistió su trabajo y porqué tuvo tal relevancia en nuestro contexto. Alfaro

publicó en 1920 un proyecto legislativo sobre fideicomisos titulado: El fideicomiso: estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución civil nueva, semejante al trust del derecho inglés. En dicho texto Alfaro aclaró que conservó el término, pero lo disoció del antiguo fideicomiso romano que estaba relacionado con “la sucesión testamentaria aplicándose a la herencia o parte de ella que el testador manda al heredero que transmita a otro” (Batiza, 1995, p. 156); y más bien orientó su proyecto al trust.

En consecuencia, los juristas y legisladores mexicanos tomaron como base las ideas del panameño, puesto que deseaban adaptar la figura angloamericana sin abandonar nuestro derecho romano. Sin embargo, esta influencia generó algunas confusiones entre figuras jurídicas que se reflejaron en nuestro marco legal y afortunadamente no tuvieron repercusiones en la práctica y que posteriormente fueron corregidas.

La evolución legislativa

El fideicomiso ha tenido un recorrido bastante dinámico en el marco legal mexicano ya que se trata de una figura ligada a lo mercantil y sobre todo a lo bancario y, por lo tanto, ha tenido transformaciones importantes a la par de la banca nacional. No obstante, en este apartado nos concentraremos únicamente en los momentos

legislativos que dieron origen a la definición del concepto tal y como lo conocemos hoy.

La primera vez que se introdujo a la legislación mexicana el término fideicomiso, fue en la **Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios (LGCIEB) de 1924**. Esta ley, fue producto de la Convención Bancaria celebrada en ese año, ya que se tenía como intención modernizar el marco legal mexicano y se pasó a un modelo de banca de especialización. Lo cual implicó establecer los diversos tipos de instituciones bancarias que habrían de funcionar en nuestro país, así como reglamentar sus actividades.

Entre ellas figuraron los Bancos de Fideicomiso (o fiduciarias como también se les conoce) a los cuales se dedicó el breve capítulo VII para delimitar su acción, tal y como puede apreciarse en la siguiente transcripción de dos fragmentos la ley publicada en la edición del 16 de enero de 1925 del Diario Oficial de la Federación:

TÍTULO I

De las Instituciones de Crédito

CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

ARTÍCULO 5o.- Las instituciones de crédito tienen de común la función de facilitar el uso del crédito, y se distinguen entre sí por la naturaleza de los títulos especiales que ponen en circulación o por la naturaleza de los servicios que prestan al público.

ARTÍCULO 6o.- Se consideran instituciones de crédito, para los efectos legales:

I.- El Banco Único de Emisión y la Comisión Monetaria;

II.- Los Bancos Hipotecarios;

III.- Los Bancos Refaccionarios;

IV.- Los Bancos Agrícolas;

V.- Los Bancos Industriales;

VI.- Los Bancos de Depósito y Descuento;

VII.- Los Bancos de Fideicomiso;

ARTÍCULO 7o.- Las instituciones de crédito sólo podrán establecerse en la República mediante concesión especial otorgada por el Ejecutivo de la Unión, con todos los requisitos y condiciones que determina la presente ley.

CAPÍTULO VII

De los bancos de fideicomiso

ARTÍCULO 73.- Los bancos de fideicomiso sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían e interviniendo en representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos estos durante el tiempo de su vigencia.

ARTÍCULO 74.- Los bancos de fideicomiso se regirán por la Ley Especial que ha de expedirse.

Como se puede apreciar en los fragmentos anteriores, no se definió como tal en qué consistía un fideicomiso, pero sí se establecieron las actividades a las que podía dedicarse un Banco de Fideicomiso. Asimismo, el artículo 74 expresaba que se requería de una ley específica para regir a estas instituciones.

Dicha ley entró en vigor el 17 julio de 1926, se llamó Ley de Bancos de Fideicomiso y fue la primera en regular oficialmente al

fideicomiso en nuestro país, aunque tuvo un período de vigencia muy reducido (tan solo 4 meses) y se considera como un ensayo de adecuación. Marcada por la influencia alfarista, asoció la figura al mandato civil en cuanto a la forma de constitución, derechos y obligaciones. Mientras que, para la resolución de conflictos se estableció que sería por la vía mercantil. A continuación, presento el fragmento de la ley publicada en la edición del 17 de julio de 1926 del Diario Oficial de la Federación:

CAPÍTULO II

De las operaciones de fideicomiso

SECCIÓN I

Del fideicomiso propiamente dicho

ARTÍCULO 6o.- El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad de los que entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario.

ARTÍCULO 7o.-El fideicomiso sólo puede constituirse con un fin lícito, esto es, que no sea contrario a la ley ni a las buenas costumbres.

ARTÍCULO 8o.-Se prohíben los fideicomisos secretos. Sólo cuando se trate de liberalidades con objeto de beneficencia o de cultura, podrán los Bancos mantener oculto el nombre del fideicomitente; pero no podrán tener secretos el objeto del fideicomiso ni las instrucciones para su ejecución.

ARTÍCULO 9o.-Será nulo el fideicomiso constituido a título gratuito, que haya de producir sus efectos a la muerte del fideicomitente, en cuanto esté constituido a favor de persona incapaz de heredarlo o recibir legados de él.

ARTÍCULO 10.- Los fideicomisos que tengan por objeto el pago de una pensión o renta, se sujetarán a lo prevenido en el derecho común respecto de usufructo, en cuanto a capacidad legal, duración y término.

ARTÍCULO 11.- El fideicomiso se puede constituir por escritura pública o por documento privado. También podrá constituirse por testamento cuando haya de tener efecto después de la muerte del fideicomitente.

De lo anterior, se rescata la definición del fideicomiso en el artículo 6 de la que podemos identificar a los sujetos que intervienen en la operación recién definida en nuestro contexto: fiduciario, fideicomitente y fideicomisario o beneficiario. También, se destaca el papel del banco como fiduciario y se reconoce el objeto (entrega de bienes) y la finalidad del fideicomiso (la que decida el fideicomitente en función del beneficiario). Así pues, vemos cómo se relaciona con el ámbito civil al definirse como “mandato irrevocable” y en el artículo 11 al hablar sobre la constitución por escritura pública y documento privado.

La **Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926** entró en vigor el 29 de noviembre, y absorbió íntegramente a la Ley de Bancos y Fideicomiso. De manera que, este ordenamiento trató de unificar los criterios para consolidar un marco normativo coherente sobre la figura del fideicomiso en nuestro país. Sin embargo, mantuvo la concepción del fideicomiso como una especie de mandato, entre otras imprecisiones.

Seis años después, los legisladores reconocieron la existencia de lagunas y confusiones sobre la reglamentación del fideicomiso a través de la exposición de motivos de la **Ley General de Instituciones de Crédito (LGIC) promulgada el 29 de junio de 1932**. De acuerdo con la descripción de Batiza (1995) dicha exposición mencionó primeramente que con la institución del fideicomiso en 1926 se había roto la tradición jurídica. A pesar de ello, reconoció la utilidad para el desarrollo económico del país que podía aportar esta figura y en ese sentido, lamentó que la ley anterior dejaba vaguedad en los conceptos. Con eso dicho, añadió que para que la institución prosperara era necesaria una definición clara y una normativa adecuada para las instituciones fiduciarias.

La Ley General de Instituciones de Crédito (LGIC) de 1932, se enfocó a eso último. Por lo que, primero definió a las instituciones de crédito y las facultó para fungir como instituciones fiduciarias. Las cuales debían (y deben) sujetarse a la autorización y vigilancia del Estado para realizar sus actividades. De manera más específica, según Ortiz (2011) esta ley clasificó en dos grupos a las instituciones de crédito: Instituciones Nacionales de Crédito y las Sociedades Mexicanas que tuviesen por objeto exclusivo la práctica y celebración de operaciones como: recepción de depósitos, expedición de bonos (de caja, hipotecarios) y actuar como fiduciarias.

Además, este ordenamiento abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios (LGCIEB), pero no reguló al fideicomiso como tal, ya que consideró que esa tarea le correspondía a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Sobre este hecho, Vargas (2012) explica: “durante más de dos meses desapareció del panorama legal de nuestro país la institución del fideicomiso” (p.73). Pues, fue hasta el **27 de agosto de 1932 entró en vigor la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC)** que finalmente disoció al fideicomiso del mandato y desde entonces es el ordenamiento que lo rige. Sin embargo, introdujo nuevas imprecisiones en torno a la figura, las cuales según Batiza (1995) se deben a la influencia del jurista francés Pierre LePauille, reflejada en la redacción de Pablo Macedo, el encargado del articulado referente al fideicomiso.

He aquí una segunda tendencia en la adaptación del *trust* a nuestro contexto legal. En este caso se trata de la interpretación que hizo LePauille sobre el *trust* angloamericano, la cual resulta algo irónica. Esto debido a que, Francia se maneja bajo un sistema legal romanista (al igual que México), el cual se caracteriza por ser especulativo y abstracto; en contraste con el *common law* que es un sistema mucho más práctico y expositivo. Interpretar el *trust* bajo la lógica romanista francesa (tradicionalista y anti-inglesa) llevó a

LePaulle a una conclusión errónea: “la cosa colocada en el *trust* no es propiedad de nadie” (LePaulle citado por Vargas, 2012, p.58).

Dicha conclusión se deja ver en la definición del fideicomiso que redactó Pablo Macedo en el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932: “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendado la realización de ese fin a una institución fiduciaria”.

Como se puede apreciar, en esta definición omite la explicación sobre qué sucede con la propiedad de los bienes. Simplemente habla de “destinar” y de “encomendar”, quedándose en un plano muy superficial sobre la transmisión de los bienes del fideicomitente al fiduciario. Respecto a este último, tampoco se describe demasiado su campo de acción e incluso excluye al fideicomisario o beneficiario de la operación. Este último sí se retoma, los artículos 347 y 348; el primero establece que el fideicomiso es válido, aunque en su constitución no se señale fideicomisario, mientras que el segundo describe que podrán ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad de gozar del provecho de la operación.

A pesar de las inconsistencias el régimen del fideicomiso, no se modificó sustancialmente durante varios años. De manera que, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LCTOC) de 1932 finalmente consolidó la adecuación de la figura angloamericana del

trust dentro de los límites del derecho mexicano. Esto advirtiendo en su exposición de motivos los riesgos que conllevaba la introducción de una figura ajena a nuestro sistema legal, pero respondiendo a la oportunidad que brindaba para generar beneficios económicos lograron adaptarla y clarificarla, de acuerdo con Batiza (1995).

Otro momento legislativo importante se llevó a cabo en mayo de 1941 cuando surge la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, la cual reemplazó a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 y estuvo vigente por más de cuarenta años. Esta normativa se mantuvo firme en el aspecto de la autorización y vigilancia por parte del Gobierno Federal, específicamente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para que una organización pudiera dedicarse a operaciones relacionadas banca y el crédito. Entre dichas operaciones se consideró la práctica fiduciaria (fracción VI del art. 2º de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941). Por lo que, esta ley especificó que los bancos de depósito, sociedades financieras e hipotecarias y bancos de capitalización pudieran realizar operaciones fiduciarias.

A partir de entonces, el uso del fideicomiso experimentó un despunte en nuestro país, esto debido a su practicidad y flexibilidad. Un momento particular del desarrollo de esta actividad que destaca Vargas (2012) es la década de los setentas, ya que diversos

ordenamientos bancarios, financieros e incluso de la administración pública consideraron al fideicomiso.

Por ejemplo, la Ley del Mercado de Valores, promulgada en 1975, autorizó a las entidades a las casas de bolsa y a las demás entidades financieras que regulaba para fungir como fiduciarias en los fideicomisos que tuvieran como objetivo la emisión de bonos bursátiles. Dicha ley, posteriormente fue abrogada en 2006. Además, en 1976 la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal incluyó la figura de los fideicomisos públicos.

Varias décadas más tarde, **en el año 2000 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC)** experimentó algunos cambios menores respecto al fideicomiso. Como primer punto, los artículos que regulaban esta figura (del art. 346 al 359) se recorrieron íntegramente al Capítulo V que va del artículo 381 al 394. Asimismo, se agregó una segunda sección al capítulo del fideicomiso, la cual se denominó: “Del fideicomiso de garantía”. De manera que se incluyó una especie de nueva modalidad de esta operación cuyo marco legal comprendió del artículo 395 al 414 y se definió así:

En virtud del fideicomiso de garantía, el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomiso el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Desde el momento de la constitución del fideicomiso de garantía, se deberá designar a la institución que fungirá como fiduciaria.

Tres años después, en junio de 2003, finalmente una reforma a la misma ley (LGTOC) enmendó las inconsistencias y completó la definición de fideicomiso introducida en 1932, la cual está vigente hasta el día de hoy y quedó plasmada en el artículo 381 de la siguiente manera:

En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.

Finalmente, logramos tener una definición específica y bien delimitada sobre el fideicomiso, en la que no se dejó lugar a ambigüedades en cuanto a la transmisión de la propiedad del fideicomitente al fiduciario con la intención de que cumpla con determinados fines. Si bien, se respetó la introducción del fideicomisario o beneficiario de la operación hasta el siguiente artículo, el 382.

La definición anterior es la que la ley nos proporciona, pero conviene revisar la doctrina para terminar de comprender las implicaciones de esta figura. De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas (1992), la palabra “fideicomiso” proviene del latín *fideicomissium*; específicamente de las raíces *fides* que significa “fe” y *comissus* cuya traducción es “confiado” y en el sentido jurídico mexicano se define como:

Contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a una institución fiduciaria, para que con ellos se realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo.

Por otra parte, propongo una **definición de fideicomiso**: el fideicomitente tiene la fe y confía sus bienes o parte de ellos a una institución fiduciaria para que lleve a cabo los fines del fideicomitente a un fin lícito.

Ahora bien, esta definición permite pasar al siguiente apartado de este artículo, pero no sin antes mencionar que el actual marco legal del fideicomiso se encuentra delimitado por la **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC)** y la **Ley de Instituciones de Crédito (LIC)**, en lo que respecta al campo de acción de las instituciones fiduciarias.

3. Elementos del contrato de fideicomiso

Partiendo de lo que establece el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018) el fideicomiso siempre debe constituirse por escrito. Se trata de una operación que se constituye a través de un contrato, porque se trata de una formalidad que de acuerdo con Vargas (2012) genera eficacia probatoria y aporta seguridad jurídica.

El mismo Vargas (2012) y Batiza (1995) argumentan que la naturaleza jurídica del fideicomiso es contractual, esto en torno a las

diversas perspectivas y debate que existe sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano.

Así pues, el contrato de fideicomiso mexicano es el aspecto formal de la operación que se compone a su vez de diversos elementos que conviene abordar por separado. Los cuales son: sujetos o elementos personales que tienen sus respectivos derechos y obligaciones en torno al objeto y fines de la operación.

3.1. Sujetos o elementos personales

Desde 1926 la Ley de Bancos de Fideicomiso, estableció las tres figuras que intervienen en el fideicomiso: el **fideicomitente**, la **fiduciaria** y el **fideicomisario** o beneficiario. Cada uno ejerce una función distinta y tienen características, derechos y obligaciones particulares.

El fideicomitente

En primer lugar, quien da origen a la operación en un principio es el **fideicomitente**. Este sujeto manifiesta la voluntad de transmitir bienes o derechos de su propiedad a una institución fiduciaria con la intención de que uno o varios terceros los disfruten, aprovechen o se beneficien de ello.

Existe la posibilidad de que el fideicomitente sea una persona física o moral que actúe en su nombre o a través de un representante

legal facultado para ejecutar tal acción; e incluso Ortiz (2011) menciona que pueden existir una multiplicidad de fideicomitentes, lo cual se puede generar por dos situaciones:

- **Régimen legal al que esté sujeto el bien.** Aquí, se involucran bienes en copropiedad, ya sea entre personas físicas (aquí el autor agrega: sociedad conyugal) o entre personas morales.
- **Voluntad de los contratantes.** En este caso, se pueden tener diversos escenarios, pues la decisión de formar un fideicomiso con la aportación de bienes provenientes de diversos sujetos implica múltiples posibilidades.

La única condición para poder fungir como fideicomitente se encuentra delimitada en el artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018) el cual cito a continuación:

Artículo 384: Solo pueden ser **fideicomitentes** las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello.

Ya en términos de las facultades y obligaciones que tiene este sujeto y que deben señalarse en el contrato, menciono algunas que pueden considerarse básicas e indispensables.

Derechos del fideicomitente

- **Determinar los fines que tendrá el fideicomiso.** Es decir, establecer los objetivos y acciones que la fiduciaria tendrá que cumplir en beneficio del fideicomisario.
- **Elegir a la institución fiduciaria.** El fideicomitente decide quien desempeñará el papel de fiduciaria e incluso puede designar suplentes, o designar varias en un mismo acto para distintos bienes.
- **Designar a los fideicomisarios.** Pueden ser una sola persona o varias, una empresa o cualquier tipo de organización. Asimismo, el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018) señala que es posible que el fideicomitente no designe fideicomisario al momento de constituir la operación, ya que eso puede realizarse en un acto posterior sin perder su validez. Incluso, está permitido que el mismo fideicomitente también sea el fideicomisario o beneficiario de la operación.
- **Vigilar el cumplimiento de los fines y exigir la rendición de cuentas por parte de la fiduciaria.**
- **Reservarse los derechos que considere adecuados.** Tanto Vargas (2012) como Ortiz (2011) puntualizan que en el acto constitutivo el fideicomitente puede establecer derechos como: la modificación de los términos y condiciones de la operación, el nombramiento de

otros sujetos como fideicomitente, entre otros. Para ello, es preciso proyectar la situación a futuro

- **Designar a un comité técnico.** El comité técnico es el órgano de gobierno del fideicomiso ya que su función es instruir, vigilar y dirigir a la fiduciaria en el cumplimiento de los fines de la operación. No es obligatorio contar con esta figura, e incluso existen casos en los que no es necesario. Por lo tanto, dependerá del criterio del fideicomitente y su asesor legal si se utilizará o no esta figura en la operación.

Así pues, es importante delimitar en el contrato de fideicomiso la conformación, facultades, suplencias, votación, frecuencia de reuniones, entre otros aspectos que se consideren importantes relativos a este órgano.

Tomando como referencia los planteamientos que hace Vargas (2012) sobre el comité técnico o de distribución de fondos (como también lo llama) propongo la siguiente definición: es un órgano deliberativo cuya función es auxiliar a la institución fiduciaria en la toma de decisiones en términos de administración y distribución del patrimonio del fideicomiso, en pos de garantizar el cumplimiento de los fines del mismo.

Podría decirse entonces que suple y/o coadyuva al fideicomitente (quien puede participar o presidir el comité) en su derecho a vigilar y exigir a la fiduciaria el cumplimiento del fin.

Por otra parte, en caso de que se verifique un incumplimiento en las funciones fiduciarias, el fideicomitente o en su caso el comité técnico tiene derecho a actuar tal contra la institución. Ortiz (2011) describe las situaciones que generan que el fideicomitente tenga derecho de atacar a la fiduciaria, tal como se describe a continuación:

El de atacar los actos que la fiduciaria cometa en su perjuicio como: el exceso de ejercicio de sus facultades fiduciarias; la omisión de acatar instrucciones que sean procedentes; no rendir cuentas; violar el secreto fiduciario; destinar los bienes a fines distintos a los pactados en el acto constitutivo, entre otros... (p.117).

Obligaciones del fideicomitente

En cuanto a las obligaciones de este sujeto, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018) no establece de forma directa obligaciones al fideicomitente. Sin embargo, el 392 bis, puntualiza que la institución fiduciaria puede dar por terminado el fideicomiso en caso de no recibir el pago de comisiones u honorarios por los servicios prestados. En este punto, se puede interpretar la obligación que adquiere el fideicomitente frente a la fiduciaria: el pago de honorarios y comisiones por el servicio de administración del patrimonio fideicomitado y demás gastos que requiera la operación. Por supuesto, que todos estos aspectos e importes se negocian primero y luego se pactan en el acto constitutivo.

De esa manera, se puede decir que el contrato de fideicomiso mexicano se caracteriza por ser bilateral y oneroso en el sentido de

que generan obligaciones, sacrificios y prestaciones recíprocas para ambos contratantes. En ese sentido, la prestación que recibe el fideicomitente de la fiduciaria es el servicio de administración y gestión de sus bienes para el cumplimiento de fines establecidos por él. Como contraprestación, la labor de la fiduciaria recibe del fideicomitente una remuneración por el servicio prestado.

En consecuencia, ambos quedan obligados recíprocamente: la fiduciaria a cumplir con los servicios encaminados a los fines establecidos por el fideicomitente; y el fideicomitente se obliga a compensar económicamente dicha prestación.

Asimismo, como complemento de lo anterior, conviene revisar algunas obligaciones adicionales del fideicomitente propuestas por Ortiz (2011) que pudieran delimitarse al momento de constituir un fideicomiso:

- Notificar a la fiduciaria de cualquier hecho u acto que afecte o pudiera afectar el patrimonio fideicomitado.
- Designar a la institución fiduciaria que sustituya a la fiduciaria original, en caso de renuncia al encargo por parte de esta última, cuando sea declarada procedente por la autoridad judicial competente [...]
- Entregar la posesión material a la fiduciaria o a quien ella designe cuando sea procedente de acuerdo al contrato de fideicomiso.
- Cumplir con los mandamientos de las disposiciones legales aplicables, que le permitan a la fiduciaria dar cabal cumplimiento a los fines [...] (p.117-118).

La fiduciaria

La **fiduciaria** es el elemento personal del fideicomiso al que se le transmite la titularidad del patrimonio (bienes o derechos) fideicomitado; con la intención de que se encargue de administrarlos de acuerdo con la finalidad o finalidades de la operación establecidas por el fideicomitente.

Se considera el elemento activo del fideicomiso porque es el que ejecuta las acciones encomendadas y delimitadas por el fideicomitente o el comité técnico, para alcanzar las metas de la operación.

En el fideicomiso mexicano no cualquiera puede fungir como fiduciaria, sino que debe ser una entidad financiera o institución de crédito que cuente con especial autorización para operar. Este requisito es indispensable y característico de la interpretación y adaptación de la figura del trust a nuestro sistema legal y se sustenta en el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018):

Artículo 385.- Sólo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello conforme a la ley.

En el fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse.

Con base en el artículo anterior y la legislación mercantil, Vargas (2012) enumera las siguientes instituciones que pueden ser fiduciarias:

- Instituciones de Crédito
- Instituciones de Seguros
- Instituciones de Fianzas
- Casas de Bolsa
- SOFOM
- Almacenes Generales de Depósitos
- Uniones de Crédito

De hecho, las instituciones de crédito que es más común que ofrezcan servicios fiduciarios son los bancos. Por servicios fiduciarios se debe entender todo aquello que tenga que ver con la posesión, administración del patrimonio fideicomitado. Lo cual implica en la mayoría de los casos disponer de un abogado que oriente y ejecute acciones relacionadas con el ámbito legal, así como un contador que se encargue de los efectos contables del patrimonio. En ese sentido, se recomienda previamente investigar y conocer las opciones que ofrezcan este servicio en función de los intereses como fideicomitente.

Una vez elegida la institución fiduciaria y pactadas la remuneración que recibirá, quien firma y se obliga en el contrato de fideicomiso es el **delegado fiduciario**. Este último es una figura muy importante, ya que se trata del representante legal o apoderado de la fiduciaria, quien quedará a cargo de la ejecución de las acciones establecidas en el fideicomiso, responderá y rendirá cuentas al comité

técnico y se encargará de la gestión de los bienes auxiliado de un equipo de trabajo.

Respecto al delegado fiduciario, Vargas (2012) precisa que no se trata de un miembro del personal que labora en el área de fideicomisos de la institución, sino que es un funcionario específico con cierto nivel de jerarquía quien representa a la fiduciaria y actúa en nombre de ella en el cumplimiento del fideicomiso.

Derechos y obligaciones de la fiduciaria

El artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018) le concede a la fiduciaria todos los **derechos** y acciones necesarios para cumplir con el fideicomiso, excepto aquellas limitaciones que se determinen en el contrato que constituye la operación. De esta manera, se puede observar cierta flexibilidad en cuanto a las facultades que se le pueden atribuir a este elemento personal. Puesto que, requiere “disponer cuanto sea necesario para la conservación y defensa del patrimonio fideicomitado y realizar las actividades que le son propias a través de delegados fiduciarios” (Vargas, 2012, p.135).

Cabe recordar que otro derecho de la fiduciaria que garantiza la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el artículo 392 bis (LGTOC, 2018) es el recibir una remuneración por sus servicios y en caso de que esta no sea cubierta en un periodo igual o superior a

tres años puede dar por terminada la operación. Esto con una notificación previa al fideicomitente y fideicomisarios y siguiendo estrictamente lo que marca la ley para estos casos.

Regresando al artículo 391 de Ley General de títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018) la **obligación** principal de la fiduciaria es cumplir con los fines del fideicomiso sin poder excusarse ni renunciar a tal encargo, a menos que se dieran causas graves determinadas por un juez. En ese sentido, también deberá acatar las instrucciones emitidas por el comité técnico y/o fideicomisario. Esto implica, a su vez, proporcionar asesoría o alerta cuando las decisiones de dicho órgano de gobierno pudieran afectar el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Además, dicho artículo regula la forma de dar cumplimiento a la obligación: “deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa” (art. 391, LGTOC, 2018). Respecto a esto último, la ley es bastante clara al delimitar la responsabilidad que recae sobre la fiduciaria. Lo cual, concuerda con el marco legal que siguen las organizaciones autorizadas por el Gobierno Federal para operar como institución crediticia y por ende también como fiduciarias.

Por otra parte, como el fideicomitente y en su caso el comité técnico, tienen derecho a exigir la rendición de cuentas a la institución fiduciaria; esta última adquiere pues la obligación de informar y

presentar informes y resultados que se requieran para transparentar su acción.

El fideicomisario

El **fideicomisario** es quien recibe los beneficios de la operación; ya sea que disfrute directamente de los bienes y/o derechos, o en su caso obtenga rendimientos, provechos, ventajas o utilidades de ellos de acuerdo con la voluntad del fideicomitente.

El único requisito que el marco legal establece para este elemento personal se encuentra plasmado en el primer párrafo del artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018) que dice lo siguiente: “pueden ser fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria par recibir al provecho que el fideicomiso implica”. En consecuencia, puede ser una persona de cualquier naturaleza: física o moral, pública o privada.

En ese sentido, Vargas (2012) menciona que los fideicomisarios pueden ser personas concebidas o limitadas física o mentalmente. Esto de acuerdo con el último párrafo del artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018) que establece lo procedente cuando no exista un fideicomisario o este sea incapaz legalmente; para esos casos los derechos podrán ejercerse por parte de quien ejerza la patria potestad, el tutor o el Ministerio Público cuando así corresponda.

Por otra parte, el nombramiento del o los fideicomisarios no es un elemento esencial para la celebración del contrato de fideicomiso. De hecho, el segundo párrafo del artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito puntualizan que el fideicomitente podrá designar fideicomisario desde el acto constitutivo o en un acto posterior que se conoce como convenio modificadorio. El tercer párrafo del mismo artículo señala que la ausencia de un fideicomisario no le resta validez a la operación mientras que la finalidad sea lícita y siempre y cuando la fiduciaria acepte el encargo.

Asimismo, es posible que el fideicomitente nombre a uno o varios fideicomisarios para que se beneficien del patrimonio fideicomitado de manera simultánea o sucesiva, tal como lo plantea el artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018).

De modo que, el fideicomisario no es un elemento vital para la celebración de un fideicomiso e incluso su ausencia no afecta en nada a la operación. En esos casos autores como Ortiz (2011) señalan que suele interpretarse al fideicomitente como beneficiario, a menos que en el contrato se puntualice lo contrario.

Por otra parte, el fideicomisario no contrae (en teoría) ninguna obligación a menos que así se puntualicé en el contrato; sino que únicamente adquiere facultades, derechos y beneficios.

Derechos y obligaciones del fideicomisario

De acuerdo con Ortiz (2011) la participación del fideicomisario en el contrato depende de la voluntad del fideicomitente, pues este puede atribuirle derechos, facultades y obligaciones relacionados con el patrimonio fideicomitado. De manera que, en función de lo establecido en el contrato el fideicomisario podrá actuar.

Sin embargo, el primer párrafo del artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018) le concede los siguientes **derechos**, además de los que el fideicomitente le otorgue en el contrato:

- Exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria.
- Atacar la validez de los actos la fiduciaria cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de sus facultades; así como reivindicar los bienes que a consecuencia de dichos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

Por otro lado, en la doctrina es posible encontrar propuestas de **derechos y facultades** que se pueden atribuir al fideicomisario en el acto constitutivo del fideicomiso. Tomando como referencia a Ortiz (2011) y Vargas (2012) enlisto los siguientes:

- Ser miembro del comité técnico o en su caso apoyar al fideicomitente en las funciones de: vigilancia e instrucción de la institución fiduciaria, exigirle rendición de cuentas y participar

en la toma de decisiones relacionadas con el patrimonio fideicomitido.

- Exigir a la fiduciaria la entrega del patrimonio o beneficios del fideicomiso.
- Solicitar la remoción y sustitución de la fiduciaria.
- Modificar el contrato de fideicomiso y/o extinguirlo.
- Ceder sus derechos y/o nombrar otros fideicomisarios.

Cabe recordar que el fideicomisario tendrá tantos derechos como el fideicomitente se los conceda. Por lo tanto, este último deberá valorar qué tanta libertad desea concederle y asesorarse legalmente para evitar futuras controversias.

En cuanto a las **obligaciones** que puede tener el fideicomisario, la ley propiamente no establece ninguna. Sin embargo, la doctrina puntualiza que la flexibilidad contractual del fideicomiso permite atribuirle obligaciones. En ese sentido Vargas (2012), explica según se pacte en el contrato, la obligación primordial del fideicomisario puede ser pagar los honorarios fiduciarios y todos los gastos que se generen.

Además de lo anterior, Ortiz (2011) señala que el fideicomisario puede obligarse a avisar a la fiduciaria de situaciones que pudieran afectar el objeto del fideicomiso, notificarle la cesión de sus derechos en favor de terceros (si fuera el caso) y no ser un obstáculo en el cumplimiento de los fines de la operación.

3.2. Distinción entre objeto y fines

El contrato de fideicomiso se plantea y se redacta en función de dos aspectos muy importantes: el **objeto** y los **fines**. Es necesario tener muy claro en qué consiste cada uno para evitar manejarlos como sinónimos, lo cual es un error. Así pues, antes de hacer la distinción, es preciso aclarar que el fideicomiso en sí mismo es una *operación* que se formaliza a través de un contrato.

Por su parte, el retomar el concepto *operación* desde la perspectiva matemática es posible definirlo de la siguiente manera según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE, 2018a): “Conjunto de reglas que permiten, partiendo de una o varias cantidades o expresiones, llamadas datos, obtener otras cantidades o expresiones llamadas resultados”. En ese sentido, si trasladamos lo anterior al ámbito jurídico del fideicomiso, podemos decir que se trata de una operación que parte de reglas y elementos para realizar una acción que permitirá obtener ciertos resultados.

Con eso en mente, es posible decir que las reglas son el marco legal que regula el fideicomiso. Los *elementos* se clasifican en dos: **personales** (fideicomitente, fiduciaria y fideicomisario) y **patrimoniales** (bienes y derechos). Mientras que, la *acción* corresponde al **objeto** y los *resultados* a los **fines** que persigue el fideicomiso.

Ahora bien, al plantear que el **objeto** es la acción, tendremos que entender que se trata de un hecho materializable, directo y real que se realiza a través del contrato. En concreto, el objeto del fideicomiso es la transmisión del patrimonio (bienes o derechos) del fideicomitente al fiduciario, la cual permitirá obtener los resultados de la operación. Entonces, se trata de un elemento fundamental y punto de partida del fideicomiso, ya que sin la transmisión de la propiedad no se podría concebir la operación.

En otras palabras, si el fideicomitente no transmite su patrimonio a la fiduciaria, no es posible que esta última cumpla con los **finés**, metas u objetivos planteados por él en el contrato. De modo que, los fines del fideicomiso pueden definirse como la finalidad para el que fue creado, es decir, son los resultados que se desean alcanzar con la operación. Se determinan en el contrato por voluntad del fideicomitente, quien decide qué se hará y/o dejará de hacer con su patrimonio, o lo que se obtendrá de este para beneficiar a una o varias personas, empresas o asociaciones (fideicomisarios).

En ese sentido, es posible asemejar los **finés** del fideicomiso al **objeto social** de una sociedad mercantil o civil, ya que en ambos casos se requiere ser sumamente específico en lo que se realizará a partir del patrimonio que se aportará. Asimismo, cabe aclarar que los fines que se buscan alcanzar en un fideicomiso deben ser lícitos y de acorde a la ley y las buenas costumbres.

A manera de conclusión de las explicaciones anteriores, el **objeto** del fideicomiso es la transmisión de la propiedad del fideicomitente a la fiduciaria; y este hecho permitirá el cumplimiento adecuado de los **fin**es establecidos por el fideicomitente y que deberá realizar la fiduciaria. Por otra parte, el hecho de que en esta operación se dé una transmisión de propiedad conlleva a interpretar que el contrato de fideicomiso cumple con las características de un **contrato traslativo de dominio**. Sobre estos últimos el civilista Rojina Villegas (1994) cita la definición de contratos traslativos de dominio de José Castán Tobeñas: “los contratos que tienen por objeto la transmisión del dominio de las cosas” (p.55).

Sin embargo, en este caso la transmisión de la propiedad en el fideicomiso mexicano no se da en términos civiles, como sucede en un contrato de compraventa, en el cual se permite el uso y disfrute del patrimonio para beneficio propio del comprador. Al respecto, la ley es muy clara en el segundo párrafo del artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018):

Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.

De lo anterior conviene retomar lo establecido por Ortiz (2011) quien explica que al firmar el contrato de fideicomiso la fiduciaria se convierte en la titular jurídica de los bienes y derechos en un sentido distinto que él nombra como “propietaria fiduciaria” tal y como lo explica a continuación:

El calificativo de fiduciaria determina la naturaleza de la propiedad de los bienes que integran la materia del contrato, cuyo fin no es en sí la transmisión del dominio a la fiduciaria [...] sino por el contrario, es un requisito sine qua non para que la fiduciaria se encuentre en posibilidades de cumplir con los fines lícitos y determinados pactados por las partes.

Como es posible apreciar, el actuar de la fiduciaria respecto a los bienes que le transmite jurídicamente el fideicomitente está limitado también por este último; e incluso dichos bienes crean un patrimonio autónomo y distinto al propio de la institución fiduciaria. Al respecto, Ortiz (2011) menciona que la fiduciaria o institución de crédito administra dos patrimonios: “el suyo propio que surge del pago de las acciones y su utilidad y el que se integra por las transmisiones de los bienes a la fiduciaria por los fideicomisos que celebre” p.103. Por lo tanto, en el contrato se debe establecer una denominación del fideicomiso que permita identificarlo y relacionar los bienes y derechos correspondientes. Es común que la denominación se componga de un número (asignado por la institución de crédito) y un nombre que puede determinar el fideicomitente.

Profundizando más en la transmisión del patrimonio, de acuerdo con Vargas (2012) a través del contrato de fideicomiso se da una especie de “desdoblamiento” o “desmembramiento” de la propiedad objeto del fideicomiso. Con esto se refiere a que la titularidad real del patrimonio fideicomitado la tiene la institución fiduciaria; mientras que el fideicomisario tiene derechos personales sobre los bienes y derechos. De acuerdo con Bejarano (1999) los derechos personales “consisten en la facultad de obtener de otra persona una conducta que puede consistir en hacer algo, en no hacer o en dar alguna cosa” (p.4). Es así como a partir de la administración de los bienes y las instrucciones ejecutadas por la fiduciaria, el fideicomisario obtiene los beneficios y disfruta el patrimonio fideicomitado; además, de que tiene la facultad de exigir el cumplimiento de los fines y la rendición de cuentas.

Por otro lado, existen algunas consideraciones que la ley establece respecto al objeto del fideicomiso conforme a las características que tengan los bienes. En primer lugar, el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018) puntualiza que cualquier tipo de bienes y derechos pueden ser objeto del fideicomiso, a menos que se trate de cuestiones estrictamente personales conforme a la ley. De manera más específica, conviene revisar lo que el Código Civil (2019) dispone sobre el objeto de los contratos en el artículo 1825: debe existir, ser

determinado, determinable y estar en el comercio. Asimismo, al igual que los fines, es requisito que los bienes objeto del fideicomiso sean lícitos y es necesario especificarlos rigurosamente en la redacción del contrato.

Como segundo punto, cuando se trate de bienes inmuebles deberán de inscribirse en la Sección de Propiedad del Registro Público para que surta efectos contra terceros (art. 388, LGTOC, 2018); mientras que, si se trata de bienes muebles, surtirá efectos contra terceros al momento de inscribirse en la Sección Única del Registro Único de Garantías Mobiliarias del Registro Público de Comercio (art. 389, LGTOC, 2018).

Por otro lado, en caso de que el objeto del fideicomiso consista en derechos, Vargas (2012) expone que es posible que el fideicomitente transmita derechos que tengan un tinte económico o patrimonial.

Las consideraciones sobre el objeto del contrato de fideicomiso mexicano permiten adentrarse en otra característica que tiene el contrato que formaliza esta operación, ya que se trata de un **contrato de tipo mercantil**. Además del tinte económico que tienen los bienes y derechos que son susceptibles a ser transmitidos en el fideicomiso; esta operación es considerada un **acto de comercio** conforme a la fracción XXIV del artículo 75 del Código de Comercio. Dicha fracción especifica que las operaciones contenidas en la Ley General

de Títulos y Operaciones de Crédito (marco legal del fideicomiso) se consideran actos de comercio. Por lo tanto, cualquier controversia se resolverá por la vía mercantil.

El contrato de fideicomiso desde sus elementos y características es posible identificar que se está ante un **contrato mixto** que genera relaciones, derechos y obligaciones complejas. En otras palabras, el fideicomiso mexicano combina varias formas contractuales; sin embargo, se trata de una sola operación típica y nominada por la legislación mercantil mexicana.

3.3. Extinción del fideicomiso

Para dar por terminado un fideicomiso, las fracciones del artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2018) indican las siguientes situaciones:

Artículo 392.- El fideicomiso se extingue:

I.- Por la realización del fin para el cual fue constituido;

II.- Por hacerse este imposible;

III.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución;

IV.- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;

V. Por convenio escrito entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario;

VI. Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso;

VII. En el caso del párrafo final del artículo 386, y

VIII. En el caso del artículo 392 Bis.

La **fracción I** proyecta un escenario en el cual los fines delimitados por el fideicomitente en el contrato que se vuelven obligación de la fiduciaria; se cumplen en su totalidad y con la eficacia debida. Por ejemplo, un padre de familia decide constituir un fideicomiso cuyo patrimonio son dos departamentos que se rentan; los fideicomisarios serían sus dos hijos quienes podrían recibir los rendimientos de la renta de los departamentos mientras son menores de edad. Asimismo, otra finalidad sería que una vez que los hijos cumplieren la mayoría de edad el patrimonio fideicomitado pasaría a su propiedad respectivamente.

De manera que, como primer encargo la fiduciaria en su papel se encargaría de cobrar la cuota de arrendamiento de ambos departamentos y entregarla a los menores, o en este caso a sus tutores legales (sus padres). Una segunda acción que tendría que ejecutar la fiduciaria, sería encargarse de efectuar la transmisión de los bienes una vez que los hijos cumplieran la mayoría de edad.

En lo que respecta a la **fracción II**, la ley se refiere a que el fideicomiso puede extinguirse cuando existan obstáculos considerables que impidan el cumplimiento de los fines por parte de

la fiduciaria y, por lo tanto, esta última queda imposibilitada para cumplir con tal encargo. Esta circunstancia depende de múltiples variables que dependerán del caso en particular y usualmente serán detectadas por la fiduciaria, quien tendrá que informar al fideicomitente y/o al comité técnico de la existencia de tales condiciones que le impiden cumplir con los fines pactados.

Las **fracciones III y IV** se refieren a situaciones que se orientan más a la parte técnica del contrato, ya que las **condiciones suspensivas y resolutorias** son cláusulas que se agregan al contrato y como su mismo nombre lo indica condicionan el cumplimiento de las obligaciones. En este caso, es preciso recordar la flexibilidad que permite el contrato de fideicomiso y señalar que no es obligatorio contar con este tipo de cláusulas en el contrato. Sin embargo, es conveniente definir las y explicarlas para identificar en qué se distinguen y por qué el marco regulatorio del fideicomiso mexicano las contempla en las formas de extinción de la operación.

De acuerdo con Bejarano (1999) “la condición es un acontecimiento de realización contingente (incierto), pues no se sabe si habrá de producirse o no” (p.414). Se trata de un acto determinable y que puede o no suceder en un futuro cercano o lejano; de modo que se trata de un hecho cargado de incertidumbre. Ahora bien, nuestro Código Civil Federal (2019) divide a las condiciones en dos: **suspensivas y resolutorias** y las define de la siguiente manera:

Artículo 1939. La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación.

Artículo 1940. La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiese existido.

Estas definiciones proporcionan un punto de partida, pero resulta más sencillo identificar en qué consisten y conocer los efectos que generan en los contratos, esto último es lo más importante. Con base en lo expuesto por Bejarano (1999) presento la siguiente tabla comparativa exponiendo los efectos de los dos tipos de condiciones en tres momentos distintos:

Tabla 9. Tipos de condiciones

Momentos	Condición suspensiva	Condición resolutoria
<i>Antes de realizarse</i>	Las consecuencias del contrato quedan suspendidas, es decir, no surten efectos.	El contrato surte efectos como si fuera puro y simple.
<i>Una vez realizada</i>	El contrato comienza a surtir efectos al momento de efectuarse la condición.	Se resuelve el acto, es decir, se da por terminado. Por lo tanto, los efectos de contrato se borran como si nunca hubiesen pasado.

<p><i>En caso de no realizarse</i></p>	<p>No se produce ningún efecto del contrato y queda como si nunca se hubiese llevado a cabo.</p>	<p>El acto se mantiene como inició, es decir, los efectos permanecen.</p>
--	--	---

Fuente: Elaboración propia con base en lo expuesto por Bejarano (1999), pp. 414-416.

Aterrizando lo anterior en un caso práctico y ya aplicándolo al fideicomiso, propongo el siguiente ejemplo: un accionista que concentra el 25% de acciones de una empresa que lleva pocos años funcionando, decide crear un fideicomiso en el que dispone su condición y derechos como accionista para que la disfrute o se beneficie de ella otro de los accionistas de la empresa que concentra el 5%. Pero, esto con la condición de que la empresa no genere crecimiento o rendimientos considerables durante el siguiente año. En este caso, se trata de una **condición suspensiva**, ya que se plantea un acontecimiento futuro de cuya realización depende que el contrato de fideicomiso surta efectos. Si no se lleva a cabo la condición, entonces el contrato se vuelve inexistente y no produce ningún efecto.

En ese sentido, si la condición de que la empresa no genere un crecimiento o rendimientos considerables se determina como algo imposible, es válida la extinción del fideicomiso de acuerdo con la fracción III del artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC, 2019).

Dicha fracción, retoma también como causa de extinción en fideicomisos que manejen **condiciones suspensivas** que no se haya verificado en el término (tiempo) pactado el cumplimiento de dicha condición o que después de 20 años de la constitución del fideicomiso, tampoco se haya llevado a cabo la condición suspensiva pactada. Esto hace sentido, porque mientras que no se materialice el suceso que condiciona la operación no es posible que el contrato surta ningún efecto.

Por otra parte, retomando el mismo ejemplo del fideicomiso del accionista, pero aplicando una **condición resolutoria**, quedaría así: el accionista que concentra el 25% de una empresa que lleva pocos años en funcionamiento decide constituir un fideicomiso que permita a un accionista minoritario pueda disfrutar de los derechos que corresponden a su porcentaje accionario. Pero, en caso de que la empresa experimente un crecimiento u obtenga rendimientos considerables, la operación queda sin efectos; esta sería la condición resolutoria. Es decir, los efectos del fideicomiso se pierden y el accionista del 25% mantiene su condición y derechos como si nada hubiera pasado. En contraste, si la condición resolutoria no se efectúa, entonces los efectos del contrato permanecen y el accionista minoritario obtiene los beneficios pactados.

Otra causa de extinción del fideicomiso es cuando el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario deciden dar por terminada

la operación a través de un convenio escrito (**fracción V** del artículo 392 de la LGTOC, 2018). Esto quiere decir que independientemente de que se hayan cumplido o no los fines del fideicomiso, los tres sujetos que participan de él pueden negociar y decidir su extinción. La decisión y acuerdo al que lleguen debe formalizarse por escrito a través de un convenio, en el que siguiendo lo expuesto por Ortiz (2011), se libere de toda responsabilidad a la fiduciaria y se instruya el proceder de los bienes objeto del fideicomiso.

En la **fracción VI** en la que se establece que el fideicomitente puede revocar o dar por extinguido el fideicomiso, esto si así se expresó en el contrato, puesto que está en todo su derecho de hacerlo. Asimismo, tiene la facultad de exigir que los bienes retornen a su patrimonio cuando no se haya expresado lo contrario. En ocasiones se pacta que la propiedad de los bienes y derechos fideicomitados se conceda a los fideicomisarios o terceros. Esto debe aclararse desde el acto constitutivo o a través de un convenio modificadorio si se decide sobre la marcha. Sin embargo, siempre deberá instruirse a la fiduciaria sobre el proceder del patrimonio una vez finalizada la operación.

Ahora bien, la **fracción VII** dispone que el fideicomiso se extingue cuando se dé el caso del párrafo final del artículo 386 el cual establece lo siguiente: “el fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados”. De esta manera, se aprecia una correspondencia entre

ambas disposiciones y se condena evidentemente el actuar fraudulento en operaciones de fideicomiso mexicano.

La última razón de extinción del fideicomiso se encuentra contemplada en la **fracción VIII** del artículo 392, la cual remite al **artículo 392 bis**. Dicho artículo concede a la fiduciaria la facultad de extinguir el fideicomiso libre de toda responsabilidad, cuando no se le hayan pagado sus servicios (conforme a lo pactado en el contrato de fideicomiso). Pero, previo a la extinción efectiva del acto, la fiduciaria deberá acreditar que se dio una falta de pago durante un período igual o superior a tres años. Además, tendrá que notificar su decisión de extinguir la operación al fideicomitente, comité técnico (si fuera el caso) y al fideicomisario. A partir de ello, se requiere fijar un plazo de 15 días para liquidar el adeudo. De ahí, el artículo precisa el actuar de la fiduciaria en caso de que persista la falta de pago, no se logre localizar al fideicomitente ni fideicomisario, entre otras que atienden a situaciones más específicas.

4. Clasificaciones del fideicomiso

La doctrina sobre el fideicomiso mexicano se ha encargado de exponer diversos criterios de clasificación de esta figura, entre ellas existen algunas muy rigurosas y específicas; y otras que buscan ser mucho más pragmáticas. Las clasificaciones que propongo van en ese último sentido el de la praxis; ya que, el fideicomiso al ser una

operación tan versátil y diversa puede resultar bastante complejo de tipificar en cada una de sus versiones. Por lo tanto, las clasificaciones a tratar en este apartado son: **por la naturaleza del fin que persiguen y por la acción que se realiza respecto al patrimonio.**

4.1. Por la naturaleza del fin que persiguen

Esta primera clasificación toma en cuenta el trasfondo o intereses que motivan la constitución del fideicomiso, es decir, los resultados y beneficios que se desean obtener de la operación. Conocer la naturaleza de los fines perseguidos en un fideicomiso también implica poner atención en quiénes son los sujetos que participan como fideicomitentes (creador del fideicomiso) y beneficiarios o fideicomisarios. En ese sentido, es posible distinguir entre el **fideicomiso público** y el **fideicomiso privado**.

El fideicomiso público

La razón de que el **fideicomiso público** adquiriera tal clasificación va más allá de la participación gubernamental (a nivel federal, estatal, municipal, entidades paraestatales). También supera el origen de los recursos fideicomitados, pues es posible que provengan del Estado o de un ente privado (donaciones). En realidad, lo que es verdaderamente importante para llamarles “fideicomisos públicos” es la finalidad con la que se constituyen, pues esta debe encaminarse

siempre a beneficiar a la sociedad mexicana en general o a un grupo o comunidad de esta.

Por lo tanto, al ser los mexicanos los fideicomisarios en este tipo de operaciones se vuelven de interés común. Tales aspectos, son los que le permiten atribuirle el término “público” y en consecuencia, esto trae consigo la obligación de transparentar las acciones del fideicomiso, garantizar el cumplimiento de sus fines así como el manejo y administración de los recursos, lo cual también es de interés público.

Además, la función de los fideicomisos públicos es auxiliar al gobierno en aspectos necesarios para el desarrollo. Por ejemplo, el gobierno federal puede constituir un fideicomiso para la construcción de una carretera que conecte de mejor manera a tres estados; el beneficio aquí no sería para el propio gobierno federal o de los estados, sino para una gran cantidad de personas que transitarían la carretera.

La administración pública de nuestro país ha aprovechado la flexibilidad que aporta el fideicomiso en diversos ámbitos y modalidades; pues existen fideicomisos de fomento, de prevención de riesgos, de financiamiento de proyectos, apoyo social, rescate económico y ambiental, desarrollo urbano, entre otros.

Ahora bien, en nuestro país no existe como tal una ley específica y estricta sobre los fideicomisos públicos, sino que su marco legal se

encuentra distribuido en diversos ordenamientos relacionados con la administración pública. Una vez aclarado eso, se puede establecer como punto de partida el **artículo 9 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria** (LFPRH, 2015), el cual establece lo siguiente respecto a los fideicomisos públicos en México:

- *¿Quién puede constituirlos?* el gobierno federal, entidades paraestatales, Poder Legislativo y Judicial, así como entes autónomos a quienes se les asignen recursos presupuestarios.
- *¿Para qué?* Auxiliar al Poder Ejecutivo en áreas prioritarias y estratégicas para el desarrollo de nuestro país. Dichas áreas se encuentran determinadas por el artículo 6 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales (LFEP, 2019), en los artículos 25, 26 y 28 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), o incluso pueden establecerse en el Plan Nacional de Desarrollo propuesto por el presidente.
- *Dos tipos de fideicomiso público.* En el segundo y tercer párrafo de este artículo, se señala la clasificación del fideicomiso público mexicano originando dos figuras: **fideicomiso considerado como entidad paraestatal** y el **fideicomiso no considerado como entidad paraestatal**. Siguiendo lo establecido por el artículo 9, el primero se considera de tal forma según lo dispuesto por la Ley Orgánica de la Administración Pública y la Ley Federal

de Entidades Paraestatales. Mientras que el segundo, lo sujeta a los términos del Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

De esta manera, es posible observar cómo la legislación hace un desdoblamiento del fideicomiso público y presenta dos posibilidades de uso de esta figura por parte de la administración pública y en beneficio de los mexicanos. Cada uno tiene sus características y marco legal, este último señalado puntualmente por la disposición anterior y que señaló en la siguiente tabla:

Tabla 10. Marco legal del fideicomiso público en México	
Fideicomiso considerado como entidad paraestatal	Fideicomiso NO considerado como entidad paraestatal
<ul style="list-style-type: none"> • Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF). • Ley Federal de las Entidades Paraestatales (LFEP). • Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria. 	<ul style="list-style-type: none"> • Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

Fuente: Elaboración propia con base en el art. 9 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria (LFPRH).

En cuanto al **fideicomiso público considerado como entidad paraestatal**, se entiende que este se convierte en un ente que forma parte de la administración pública y por lo tanto deberá sujetarse a las

disposiciones legales que corresponden a las entidades paraestatales, así como cumplir con los requisitos estructurales y presupuestarios de este tipo de sujetos. Por lo tanto, se debe observar lo dispuesto en la **Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF)**.

Con fundamento en el artículo 3 de dicha ley (LOAPF, 2019), el Poder Ejecutivo puede auxiliarse, según las normas correspondientes, de entidades de la Administración Pública paraestatal; entre las cuales figuran los organismos descentralizados (fracción I); empresas de participación estatal, instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito e instituciones nacionales de seguros y de fianzas; y los fideicomisos (fracción III).

La misma ley, en su artículo 47 (LOAPF, 2019) describe las características de este tipo de fideicomisos públicos:

- *¿Quién puede constituirlos?* Gobierno Federal o demás entidades paraestatales.
- *Condiciones principales:* que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y tengan comités técnicos. Este requisito se vuelve fundamental para este tipo de fideicomisos, ya que como su mismo nombre lo dice, se consideran entidades paraestatales y requieren por tanto una estructura orgánica y funcional semejante o idéntica a este tipo de organismos de la administración pública.

- *Función (para qué constituirlos):* corresponde a lo mencionado ya en el artículo 9 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria (LFPRH, 2015) sobre el auxilio al Ejecutivo Federal en las áreas prioritarias de desarrollo.
- *Cuando los constituye el Gobierno Federal:* Este artículo, decreta como requisito de constitución de fideicomisos considerados entidades paraestatales por parte del Gobierno Federal, que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) debe fungir como fideicomitente único de la Administración Pública Federal.

Por otro lado, la **Ley Federal de las Entidades Paraestatales (LFEP)** proporciona un marco regulatorio más específico al que se sujetan los fideicomisos públicos que se consideran entidades paraestatales. Lo anterior con fundamento en el artículo 40 de dicha ley (LFEP, 2019), el cual además proporciona una definición de este tipo de fideicomisos:

Los fideicomisos públicos que se establezcan por la Administración Pública Federal, que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, que tengan como propósito auxiliar al Ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias, serán los que se consideren entidades paraestatales conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y quedarán sujetos a las disposiciones de esta Ley.

De forma puntual y específica, la conducción y organización de los sujetos (institución fiduciaria, comité técnico, fideicomitente) que

participan del fideicomiso considerado entidad paraestatal está comprendido a partir del artículo 40 al 45 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales (LFEP, 2019).

Otro ordenamiento que deben observar los fideicomisos considerados entidades paraestatales es el **Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria** (2016), el cual en el cuarto párrafo del artículo 213 establece que este tipo de fideicomisos deberán observar y seguir lo que dicho reglamento disponga en términos de estructura, formalización, modificación y extinción del contrato constitutivo del fideicomiso.

En lo que concierne al **fideicomiso público no considerado como entidad paraestatal** cabe decir que este únicamente se considera como un instrumento o vía de financiamiento que utiliza la administración pública y por lo tanto, no forman parte de ella como una entidad sino como una operación o fondo. Su fundamento legal y la regulación de su actuar se encuentran delimitados en el **Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria** (2016) a partir del artículo 213 al 222. En dicho articulado se tratan cuestiones particulares relacionadas con el otorgamiento de recursos, la celebración de contratos, registro, renovación, modificación y extinción que ambos tipos fideicomisos públicos deben acatar.

Así pues, del artículo 213 del Reglamento, es posible identificar los aspectos básicos de los fideicomisos no considerados como entidades paraestatales:

- *¿Quién puede constituirlos?* La Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), entidades, ley o decreto.
- *Característica principal:* carecen de una estructura orgánica análoga a las entidades paraestatales.
- *Propósitos (para qué constituirlos):* también se observa correspondencia con disposiciones anteriores en cuanto a este punto, al mencionar que deberán relacionarse invariablemente con las áreas prioritarias o estratégicas delimitadas por la Constitución. Sin embargo, se agrega a aquellas actividades tendientes a satisfacer los intereses nacionales y necesidades populares.
- *¿Quiénes son responsables?:* se establece que las dependencias en cuyo sector se coordine la operación de los fideicomisos o que hayan aportado recursos con cargo a su presupuesto son las responsables de cumplir obligaciones, vigilar el actuar del fideicomiso y resolver situaciones relacionadas con el mismo.

Ahora bien, en ambos casos se mantiene la esencia de la operación de fideicomiso en la que el fideicomitente transmite su patrimonio a una institución fiduciaria con la intención de cumplir ciertos fines que generarán beneficios para una o varias personas que

se denominan fideicomisarios. Sin embargo, para los **fideicomisos públicos**, la legislación insiste en que tienen que contar con un **comité técnico** cuya conformación deberá ser mayoritariamente de servidores públicos, esto según la fracción I el artículo 215, del Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

Además, la legislación aplicable a los fideicomisos públicos incluye a una figura denominada **Unidad o Entidad Responsable o Coordinadora**, a cuyo cargo administrativo, organizacional o presupuestal se encuentre el fideicomiso y por tanto, se considera responsable de cumplir con obligaciones y resolver situaciones relacionadas con el mismo.

El fideicomiso privado

Un fideicomiso se considera privado porque los objetivos o fines que persigue desde su constitución solo beneficiarán a un grupo determinado de personas y se consideran de **interés particular**. Además, su patrimonio comúnmente es privado y puede constituirlo cualquier persona física o moral sin importar si tiene o no un cargo público, ya que la razón para crearlo atiende a cuestiones meramente personales. La única condición para actuar como fideicomitente es ser propietario de bienes y derechos.

Aunque, cabe mencionar que este tipo de fideicomisos, en comparación con los públicos, está mucho más abierto en términos de las finalidades que se desean alcanzar. Como ejemplo de ello, dos empresarios crean un fideicomiso cuya meta sea crear una fundación para apoyar económicamente a personas con alguna enfermedad terminal. En este ejemplo, se habla de un bien común a distintas personas, pero carece de interés público en primer lugar por el alcance del patrimonio fideicomitado que se considera privado, y porque el Estado no está interviniendo como fideicomitente en dicha operación.

Incluso, está también la posibilidad de constituir fideicomisos privados en los que alguna institución o dependencia estatal sea la fideicomisaria, pero en este caso ya se estaría hablando de un fideicomiso de tipo mixto.

De esta manera se puede apreciar, de nuevo, la gran variedad de posibilidades que ofrece el fideicomiso mexicano de tipo privado; entre los cuales figuran planeación patrimonial y testamentaria, financiamiento de negocios y empresas, administración y gestión de inmuebles, inversión, obras de beneficencia, entre muchas otras que dependerán de la creatividad e intenciones que se tengan al momento de planear la operación.

4.2. Por la acción que se realiza respecto al patrimonio

Esta segunda clasificación, considera como criterio base la acción que el fiduciario tendrá que ejecutar sobre los bienes y derechos del fideicomiso; lo cual es determinado por el fideicomitente. En este caso, se pone un énfasis en qué se hace o deja de hacer con el patrimonio para cumplir con los fines (objetivos, metas) de la operación. De esa manera, se pueden distinguir tres tipos de fideicomiso: de **inversión, garantía y administración**.

Fideicomiso de inversión

Vargas (2012) define a este tipo de fideicomisos como: “aquellos en los cuales el patrimonio fideicomitado debe invertirse y reinvertirse conforme a lo convenido”. Mientras que Villagordoa (2003), profundiza más sobre el concepto señalando lo siguiente respecto al fideicomiso de inversión:

El fideicomitente busca un rendimiento a través de una inversión que efectúa el fiduciario; dicho rendimiento puede beneficiar al fideicomitente mismo, si es que se designó como fideicomisario, o también puede beneficiar a otras personas, según las finalidades que persiga dicho fideicomitente (p.232).

De las definiciones anteriores, es posible identificar que en esta operación el fideicomitente busca que su patrimonio se invierta y reinvierta, lo cual es tarea de la institución fiduciaria elegida, para

hacerlo rendir y poder obtener utilidades para él mismo u otros sujetos y con ello cumplir con los fines deseados.

Una característica especial de los fideicomisos de inversión es que el patrimonio debe conformarse de valores o dinero, pues ambos recursos permiten generar intereses, rentas o rendimientos al momento de invertirse. Asimismo, cobra relevancia la labor de la fiduciaria quien cuya acción respecto al patrimonio es la inversión y reinversión siguiendo las instrucciones y límites pactados en el contrato, los cuales fueron señalados por el fideicomitente.

Por otra parte, conviene hacer la distinción entre la acción que el fideicomitente dispone que ejecute la institución fiduciaria respecto al patrimonio: inversión para obtener réditos; y los fines que motiva o se desea alcanzar con tal acción: qué hacer con dichos réditos. Para ello, Vargas (2012) puntualiza que la finalidad puede de los fideicomisos de inversión puede ser simple o múltiple. La primera, consistiría únicamente en la entrega de los beneficios obtenidos al fideicomitente o fideicomisarios, según se pacte.

Mientras que, la finalidad múltiple consistiría en hacer algo más con los resultados generados, es decir, destinarlos a otras funciones. Vargas, (2012) ejemplifica esto con las siguientes situaciones: “fideicomiso para la educación de descendientes, planes de pensiones, fondos de ahorro, primas de antigüedad” (p.242). Aquí se puede identificar las diferentes finalidades que puede tener un fideicomiso

de inversión, que buscará generar ganancias que permitan realizar actividades de ahorro, planeación y financiamiento.

Villagordoa (2003) es más específico en cuanto al actuar de la fiduciaria y las formas de inversión que pueden darse en este fideicomiso. El autor menciona que esta última puede realizarse mediante la “adquisición de bienes que producen rendimientos como lo son los valores de renta fija o variable, las obligaciones o las acciones comunes o preferenciales de sociedades anónimas” (p.232). Asimismo, agrega que la inversión también puede producirse mediante el otorgamiento de créditos de los que se obtengan pagos de primas o intereses. Estas condiciones de inversión del patrimonio son aspectos fundamentales que deberán precisarse en el acto constitutivo del fideicomiso de inversión; esto aunado a las reglas y límites a los que deberá sujetarse la fiduciaria en lo que concierne al monto y tipo de inversión que tendrá permitido realizar.

Siguiendo con la precisión que hace Villagordoa (2003) sobre el actuar de la fiduciaria en los fideicomisos de inversión, es importante mencionar los siguientes aspectos:

- Una vez obtenidos las utilidades de la inversión, el fiduciario tendrá que liquidar los gastos e impuestos que se generaron de la operación y después entregar lo restante al fideicomisario o fideicomitente o destinarlo a la finalidad del fideicomiso, según sea el caso.

- La institución fiduciaria será responsable y tendrá que responder cuando el patrimonio fideicomitado experimente daños o detrimentos debido a su actuar, ya sea por negligencia o por conducirse con mala fe.
- En este tipo de fideicomisos se recomienda conformar un comité técnico que tome decisiones, plantee soluciones y vigile e instruya el actuar de la fiduciaria en términos de la inversión del patrimonio. En consecuencia, cuando la fiduciaria siga las instrucciones del fideicomitente o comité técnico, no asume ninguna responsabilidad. Sin embargo, está obligada a advertir de riesgos y obstáculos que pudieran presentarse.

Fideicomisos de administración

En primer lugar, es preciso señalar que cualquier fideicomiso implica que la fiduciaria ejerza una labor de administración del patrimonio, por el hecho de que el objeto de la operación es precisamente la transmisión del dominio de la propiedad del fideicomitente a la fiduciaria, para que esta última disponga y actúe en función de las finalidades planteadas por el fideicomitente.

En ese sentido, conviene entonces revisar tres definiciones de “administrar” que propone el Diccionario de la Real Academia Española (2018b) y que aplican para explicar la labor de la institución fiduciaria en el fideicomiso:

3. Ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes.
5. Suministrar, proporcionar o distribuir algo.
6. Graduar o dosificar el uso de algo para obtener mayor rendimiento de ello o para que produzca mejor efecto.

Las primeras dos definiciones corresponden a un sentido más general sobre lo que implica la administración del patrimonio fideicomitado, mientras que la tercera definición aplica más para el fideicomiso de inversión. Aunque estas explicaciones ayudan a comprender qué implica “administrar”, es conveniente analizar de la particularidad y características que plantea la doctrina sobre el fideicomiso de administración. Para ello, cito a Villagordoa (2003) quien define a los fideicomisos de administración de la siguiente manera:

Aquellos en virtud de los cuales se transmiten al fiduciario determinados bienes o derechos, para que dicho fiduciario proceda a efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitados que le señale el fideicomitente entregando los productos al fideicomisario (p.231).

Con base en lo anterior, se puede identificar que los fideicomisos de administración se caracterizan por las acciones que deberá realizar la fiduciaria respecto al patrimonio fideicomitado, las cuales son: **guarda, conservación y cobro de productos** (si es que aplica). En este caso se puede considerar que la acción y finalidad de un fideicomiso de administración son análogas, porque la intención de que el fideicomitente transmita su patrimonio a la fiduciaria consiste

en que esta lo gestione; y por lo tanto la acción que dicha institución efectuará será la de administración.

Un ejemplo de fideicomiso de administración sería: una persona de la tercera edad es propietario de tres casas en distintos puntos de la ciudad y las renta. Decide cambiar su residencia a otro estado, lo cual le impedirá estar al pendiente del cobro y demás situaciones relacionadas con el arrendamiento de sus propiedades. Por lo que, crea un fideicomiso en el que encarga todo lo relacionado con el arrendamiento de sus casas a una institución fiduciaria, y establece que él quiere seguir disfrutando de las rentas quedando como fideicomisario.

Otra perspectiva sobre los fideicomisos de administración es la de Vargas (2012) quien agrega que en última instancia este tipo de fideicomisos tienen como intención la reversión de los bienes al fideicomitente o en su caso su transmisión a un fideicomisario o tercero, esto de conformidad a lo pactado.

Esto último, resulta relevante, ya que algunos doctrinistas plantean el **fideicomiso traslativo de dominio**; el cual siguiendo a precisamente tiene la intención de transmitir el patrimonio fideicomitado a quien señale el fideicomitente, toda vez que se reúnan requisitos o se cumplan condiciones preestablecidas. De nuevo, se puede identificar la acción de la fiduciaria que consistirá en entregar y transmitir la titularidad de los bienes y derechos del fideicomiso

cuando sea preciso y siguiendo la voluntad de la fideicomitente expresada en el contrato.

De acuerdo con Villagordoa (2003), este tipo de fideicomisos se utilizan comúnmente cuando existen situaciones complicadas en términos prácticos y legales momentáneos que impiden la ejecución de actos como la compraventa, donaciones o aportaciones societarias. Algunos casos específicos para los que se utilizan fideicomisos de este tipo son: sucesión empresarial, planeación patrimonial y testamentaria.

Aunque algunos autores presentan por separado el fideicomiso de administración y el traslativo de dominio, desde mi punto de vista ambos van de la mano; pues mientras se cumplen las condiciones previas a la transmisión de la propiedad, la fiduciaria es la titular del patrimonio y lo guarda, conserva, administra y defiende según sea el caso.

El fideicomiso de garantía

El fideicomiso de garantía según Villagordoa (2003) es aquel en el que “se transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación”. De modo que, este tipo de fideicomisos suponen la existencia de una obligación previa y formalizada a través de un contrato principal; por lo tanto, el contrato de fideicomiso de garantía se considera accesorio,

porque su finalidad es asegurar que se cumpla con lo pactado en el contrato principal.

Lo anterior implica que dos elementos personales del fideicomiso tengan una doble categoría. La persona que adquiere la obligación en el contrato principal se denomina **deudor**, quien en el contrato de fideicomiso funge como **fideicomitente** porque manifiesta su voluntad de garantizar el cumplimiento a dicha obligación. En consecuencia, el **acreedor** del contrato principal es el **fideicomisario** en el contrato de fideicomiso de garantía.

De esa manera tenemos al **fideicomitente deudor** y al **fideicomisario acreedor**, como dos de los tres elementos personales que participan en el fideicomiso de garantía. El tercer elemento personal, la **institución fiduciaria** no se modifica en nada, sigue siendo el tercero intermediario, titular y administrador de los bienes.

Puntualmente, la esencia del fideicomiso de garantía radica en que la finalidad que desea alcanzar el fideicomitente deudor es garantizar el pago de una obligación que contrajo con el fideicomisario acreedor, para lo cual transmite sus bienes a la fiduciaria; quien en caso de que se presente un incumplimiento por parte del fideicomisario deudor, actuará y venderá el patrimonio fideicomitado para resarcir la obligación al fideicomisario acreedor. Mientras que no exista un incumplimiento, entonces la fiduciaria

únicamente realiza sus funciones de administración de los bienes y derechos fideicomitidos.

En ese sentido, conviene abordar lo que señala Villagordoa (2003) en cuanto a los derechos que tiene el fideicomisario acreedor en un fideicomiso de garantía. Puntualmente, ese sujeto no tiene un derecho real sobre el patrimonio fideicomitado, es decir, que no lo aprovecha o utiliza directamente. En su defecto, el fideicomisario acreedor tiene el derecho personal de exigir a la fiduciaria la venta de los bienes (hacer valer la garantía) en caso de registrarse un incumplimiento en la obligación a su favor y así recibir el pago de la misma.

Por otro lado, la garantía que se pacta en este fideicomiso (venta de los bienes por parte de la fiduciaria) se aplica únicamente en caso de que el fideicomitente deudor incumpla. Pero, de acuerdo con Vargas (2012) si existe un cumplimiento oportuno de la obligación contraída por parte del fideicomitente deudor, entonces se procede a la reversión de los bienes a dicho sujeto y se extingue la operación.

Ahora bien, la legislación mexicana regula de manera específica la constitución y conducción de los fideicomisos de garantía a partir del artículo 395 al 407 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC). A continuación, presento los aspectos más generales que maneja dicho articulado respecto al fideicomiso de garantía:

- Presenta una definición concisa de esta operación: “fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago” (art. 395, LGTOC, 2019).
- Dispone concretamente cuáles instituciones de crédito pueden fungir como fiduciarias en los fideicomisos de garantía (art. 395, LGTOC, 2018).
- Permite que las fiduciarias sean también fideicomisarias en fideicomisos que busquen garantizar el cumplimiento de una obligación a su favor. Esto con la condición de que las partes convengan los términos para resolver posibles conflictos de intereses. Para ello, se introduce la figura del ejecutor o instructor quien ejercerá sus funciones en nombre de la fiduciaria sin sujetarse a su instrucción, y actuará de conformidad a lo establecido en el contrato y la legislación aplicables (art. 396, LGTOC, 2018).
- Un mismo fideicomiso puede ser garantía de varias obligaciones, ya sea de manera sucesiva o simultánea. Tal disposición y proceso a seguir, se encuentra delimitado por el artículo 397 de la LGTOC (2018).

El resto del articulado establece lo relativo a la posesión, disfrute y venta de los bienes fideicomitidos. Lo cual deberá convenirse entre las partes y formalizarse en el contrato.

5. Consideraciones finales

Para cerrar este artículo, en primer lugar, concluyo que la evolución legislativa que implicó la adaptación del trust a nuestro sistema legal y que estuvo influenciada por diferentes perspectivas y marcada por confusiones formales, no fue mayor obstáculo para el uso práctico del fideicomiso. Lo cual, permitió reconocer las bondades legales y económicas de dicha operación. Basta ver que la misma administración pública reconoció la utilidad del fideicomiso, para dar cuenta de la relevancia de esta figura en México.

Como segundo punto, hago énfasis en la libertad y flexibilidad que caracteriza al fideicomiso mexicano, que permite a los interesados tener creatividad al momento de constituir esta operación. Al respecto, considero que dicha creatividad e ingenio deben acompañarse de claridad en las intenciones y acciones que se desea realizar, así como un acercamiento a las partes técnicas del contrato de fideicomiso. De esa manera, se podrá adaptar efectivamente el contrato a la situación particular.

Con base en lo anterior, considero que es bastante complicado intentar clasificar exhaustivamente el fideicomiso mexicano, cuando se trata de una figura que ofrece múltiples posibilidades que tienen características muy específicas y versátiles que no es posible tipificar de forma rigurosa. Por lo tanto, conviene más orientarse a estudios

basados en la práctica sin ignorar los aspectos básicos que propone la doctrina y por supuesto la ley.

6. Bibliografía

ALI- American Law Institute. (2019). About ALI. About. Visto el 22 de abril de 2019 de: <https://www.ali.org/about-ali/>

Arnold, T. (1931). “The Restatement of the Law of Trusts”. Faculty Scholarship Series. 4257. Yale Law School. Visto el 22 de abril de 2019 de: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4257/

Batiza, R. (1995). El Fideicomiso: Teoría y Práctica. Editorial Jus: México.

Bejarano, M. (1999). Obligaciones civiles. Oxford University Press: México.

Código Civil Federal. (2019) Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_030619.pdf

Código de Comercio. (2018). Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3_311218.pdf

DOF-Diario Oficial de la Federación. “Ley de Bancos de Fideicomiso” en edición matutina del Diario oficial de la Federación del sábado 17 de julio de 1926. Recuperado de: <https://www.dof.gob.mx/index.php?year=1925&month=01&day=16>

DOF-Diario Oficial de la Federación. “Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios” en edición matutina

del Diario oficial de la Federación del viernes 16 de enero de 1925. Recuperado de:
<https://www.dof.gob.mx/index.php?year=1925&month=01&day=16>

DOF-Diario Oficial de la Federación. “Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios” en edición matutina del Diario oficial de la Federación del viernes 16 de enero de 1925. Recuperado de

Enciclopedia Británica. (2019). Standard Oil-American Corporation. Articles. Visto el 18 de abril de 2019 de:
<https://www.britannica.com/topic/Standard-Oil>

LFEP-Ley Federal de las Entidades Paraestatales. (2019) Recuperada de:
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/110_010319.pdf

LFPRH-Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria. (2015). Recuperada de:
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPRH_301215.pdf

LGTOC-Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (2018). Recuperada de:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145_220618.pdf

LOAPF-Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. (2019).
Recuperada de:
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/153_140519.pdf

López Monroy, J. (1999). Sistema jurídico del Common Law.
Editorial Porrúa: México.

Ortiz, S.M. (2011). El fideicomiso mexicano. Cuarta edición.
Editorial Porrúa: México.

RAE-Real Academia Española. (2018a). “Definición de operación”.
Diccionario de la Lengua Española. Recuperada de:
<https://dle.rae.es/?id=R5wfzUM>

RAE-Real Academia Española. (2018b). “Definición de administrar”.
Diccionario de la Lengua Española. Recuperada de:

Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad
Hacendaria. (2016) Recuperado de:
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LFPR_H_300316.pdf

Rojina Villegas, R. (1994). “Contratos: Volumen I” de la colección
Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa: México.

Vargas Díaz, L. (2012). Aspectos prácticos del contrato de fideicomiso. Editorial Porrúa: México.

Villagordoa, J.M. (2003). Doctrina General del Fideicomiso. Editorial Porrúa: México.

Derecho Corporativo se terminó de editar en el mes de febrero de 2022
en la Editorial Abogados García Maldonado, S.C.
Zapopan, Jalisco, México.

WWW.GMLS.COM.MX

**Gastón Leroux #745
Col. Paseos Universidad
Zapopan, Jal. C.P. 45016 Tel. 36582498.**

Este libro busca abarcar el programa general del Derecho Corporativo: un tema de interés para emprendedores, micro, pequeños y grandes empresarios, así como estudiantes, docentes, profesionales del derecho y todo aquel que esté interesado en conocer el tema.

El contenido se compone de diez capítulos temáticos, los cuales son: el derecho aplicado a los negocios, el derecho y la empresa, constitución de sociedades mercantiles y civiles, franquicias, el deber vs. la obligación, la empresa y el comercio, gobierno corporativo, Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión (S.A.P.I), Sociedad Financiera de Objeto Múltiple (S.O.F.O.M.) y el fideicomiso.



GARCIA MALDONADO, LEDEZMA SAAVEDRA

Abogados de Empresa

Cerramos tratos. Abrimos negocios