



ENSAYOS DE DERECHO CORPORATIVO

COORDINADORAS

MARÍA ESTELA AYLLÓN GONZÁLEZ
Y DORA GARCÍA FERNÁNDEZ



MÉXICO NORTE

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD ANÁHUAC

RECTOR

Dr. Cipriano Sánchez García, L.C.

VICERRECTORA ACADÉMICA

Dra. Sonia Barnetche Frías

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO

Mtro. Ricardo Sodi Cuellar

DIRECTOR DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

DE LA FACULTAD DE DERECHO

Dr. José Antonio Núñez Ochoa

DIRECTOR DE COMUNICACIÓN INSTITUCIONAL

Lic. Abelardo Somuano Rojas

COORDINADORA DE PUBLICACIONES

Mtra. Alma E. Cázares Ruiz

ENSAYOS DE DERECHO CORPORATIVO

María Estela Ayllón González
Dora García Fernández
Coordinadoras



MÉXICO NORTE

Ayllón González, María Estela (coord.)

Ensayos de Derecho Corporativo/ María Estela Ayllón González, Dora García Fernández, coordinadoras. – México : Universidad Anáhuac México Norte, Facultad de Derecho, 2015

152 pp.; 23 x 17 cm.

ISBN: 978-607-7652-68-7

PDF

1. Derecho corporativo–México–Ensayos, conferencias, etc. I. Ayllón González, María Estela, coordinadora. II. García Fernández, Dora, coordinadora. III. Universidad Anáhuac México Norte, Facultad de Derecho.

LC: KGF1319

Dewey: 346.72066

Diseño de portada: VLA.Laboratorio Visual

Revisión técnica:

Dr. Carlos Cabrera Beck

El contenido y las opiniones vertidas en esta publicación son responsabilidad de sus autores.

El hecho de que los ensayos aparezcan publicados no significa que sus editores compartan el contenido de los mismos.

Primera edición, 2015

ISBN: 978-607-7652-68-7

La presente edición de la obra

Ensayos de Derecho Corporativo

le pertenece al editor mediante licencia exclusiva.

El editor autoriza el acceso a la totalidad de la obra para su consulta, reproducción, almacenamiento digital en cualquier dispositivo e impresión para uso personal y privado y sin fines de lucro.

Ninguna parte de la presente obra podrá ser alterada o modificada ni formar parte de nuevas obras, compilaciones o colecciones. Queda prohibida su difusión y comunicación pública en plataforma digital alguna distinta a la cual se encuentra almacenada, sin permiso previo del editor.

Derechos reservados:

© 2015, Investigaciones y Estudios Superiores SC

Universidad Anáhuac México Norte

Av. Universidad Anáhuac 46, Col. Lomas Anáhuac

Huixquilucan, Estado de México, C.P. 52786

Miembro de la Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana.

Registro núm. 3407

Contenido

PRESENTACIÓN	7
Fuga de información en las empresas: ¿cómo protegernos legalmente? <i>Verónica Margarita Arce Newland</i>	9
Participación de los particulares de buena fe, afectados por los juicios de extinción de dominio <i>Rodrigo Avilés González</i>	21
Planeación del proyecto en el contrato de obra pública <i>Rubén Gerardo Bolado Díaz</i>	31
La toma de decisiones de financiamiento de las empresas familiares a través de las Sofomes <i>Jaqueline Lizbeth Campirán Gil</i>	41
El contrato de transferencia de tecnología <i>Gerardo Jonathan Herrera Báez</i>	49
Los efectos de las acciones colectivas en materia de derechos al consumidor <i>Miguel Francisco Jiménez Hernández</i>	63
Gobierno corporativo en la sociedad anónima bursátil <i>Yoshiko Guadalupe Oda Solano</i>	77
¿Realmente afectan los monopolios en telecomunicaciones en México? <i>Luis Fernando Osuna Márquez</i>	87
La piratería en México <i>Emilio Román Zavaleta</i>	97
Cláusula arbitral, implicaciones legales de su inserción en contratos mercantiles en el Distrito Federal <i>Sandra Serrano Heredia</i>	111

Adquisición y administración de carteras. Algunos aspectos jurídicos <i>José Enrique Servín Fernández</i>	123
Generalidades de las sociedades anónimas promotoras de inversión <i>Luis Gonzalo Torres Villaseñor</i>	133
La protección de las minorías societarias en la Ley del mercado de valores, ¿avance o retroceso? <i>Carlos Edmundo Villarreal Rosas</i>	145

Presentación

La maestría en Derecho corporativo inició su primera generación en octubre de 1993. Al paso del tiempo, el programa fue creciendo hasta consolidarse como una opción más de posgrado de nuestra universidad. Esta solidez permitió que la maestría se impartiera en diferentes sedes foráneas, como son los casos de Mérida, Cancún, Tampico, Querétaro, bajo la coordinación y responsabilidad académica de la Facultad de Derecho de este campus Anáhuac Norte.

Después de veinte años, el programa cuenta con 30 generaciones –casi 600 egresados– y tres obras colectivas publicadas por la Universidad Anáhuac en convenio con Editorial Porrúa, cuyos títulos son los siguientes: *Temas selectos de Derecho corporativo* (2000), *Nuevos temas de Derecho corporativo* (2003), y a partir de 2010 se presentó la Colección de Derecho Corporativo, cuyo primer tomo se tituló *Introducción al Derecho corporativo*.

Obras colectivas en las cuales el talento de los profesores que participan en el programa, han plasmado, en más de 60 artículos, diferentes temas jurídicos que contribuyen en la consolidación de expertos comprometidos en el Derecho de la empresa.

La presente publicación comprende 13 reflexiones de alumnos y egresados del programa, las cuales versan sobre temas de actualidad en el Derecho corporativo.

Para este programa es muy importante contribuir en la formación de líderes de acción positiva, profesionistas éticos, capaces, responsables y comprometidos con el bien común, para que hagan frente a los problemas económicos, sociales, jurídicos y políticos del mundo actual.

En estos 20 años hemos adquirido experiencia valiosa y calidad alcanzada, siempre con el interés y esfuerzo por cuidar y mejorar este programa de posgrado, mismo que se ha ido adaptando según las demandas y necesidades reales del competitivo mercado laboral.

Los egresados del programa se desarrollan como líderes de acción positiva, con responsabilidad social en empresas y despachos nacionales e internacionales, ocupando cargos de primer nivel. Colaboran también en la formación de futuros abogados como docentes en diversas instituciones de educación superior; algunos otros se han incorporado como profesores en la planta docente de la maestría en esta sede o en las foráneas donde se imparte.

Los alumnos del programa tienen oportunidad y aprovechan los beneficios de los convenios firmados por parte de la Facultad de Derecho con los diferentes Colegios de Abogados, como son: Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, A.C.; Barra Mexicana Colegio de Abogados, A.C.; la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, A.C. y la U.S. Mexico Bar Association (USMBA).

En el éxito del programa participan diversos elementos: excelencia y prestigio académico de la Universidad Anáhuac; el crecimiento de la Facultad de Derecho en el área de posgrado; la experiencia de vanguardia en el conocimiento jurídico del claustro docente; así como la confianza e interés de los alumnos que decidieron elegir este programa de posgrado para continuar su plan de vida y abrir mejores oportunidades en su éxito profesional.

Dra. María Estela Ayllón González
Coordinadora Académica
Maestría en Derecho corporativo
Facultad de Derecho

Fuga de información en las empresas: ¿cómo protegernos legalmente?

Introducción

Las empresas siempre han manejado gran cantidad de información. La diferencia de épocas anteriores con la actual, es la forma y los medios que se utilizan para crear y guardar dicha información. Imaginemos una empresa del siglo xv, seguramente su acta constitutiva fue escrita con pluma de ave, tal vez de cisne, ganso o de águila. Existía el oficio de escribano, persona que no sólo se dedicaba a plasmar, por medio de la escritura con pluma de ave y tinta, acuerdos entre partes, sino que también gozaba de fe pública. Es muy probable que estos documentos los guardaran en cajas de madera o cestas de paja para preservarlos.

Posteriormente, el mundo fue cambiando; en el siglo xviii sale al mercado la primera máquina de escribir, fabricada por ingleses; se trataba de una máquina mecánica que fue evolucionando con el tiempo, lo mismo que sucedía también con la tecnología en las comunicaciones, tales como el teléfono, telégrafo, fax. Esta evolución fue acelerada, y así se llega al siglo xx en el que sucedió lo impensable. En 1946, John Mauchley y John Presper Eckert, de la Universidad de Pensilvania, construyeron la computadora ENIAC (Electronic Numerical Integrator and Computer), diseñada para producir tablas de disparos balísticos para la artillería norteamericana.

De un uso militar, las computadoras pasaron a convertirse en una herramienta personal. En 1977 se comercializa la primera computadora personal barata y fácil de usar: Apple II. Éste fue el inicio de nuestra vida actual acelerada, en la que las comunicaciones humanas cada vez son más virtuales, la creación de negocios se realiza en forma electrónica, los contratos son electrónicos, la información viaja en forma de *bits* y *bytes* a través de cables o en el aire —a lo que los técnicos llaman “redes virtuales”. ¿Cómo proteger legalmente la información en este recorrido virtual que se realiza de un servidor a otro, de una red interna a una red externa, de un servidor mexicano a un servidor en “la nube”?¹ ¿Por qué la debo proteger? ¿Contra qué o contra quién debo proteger esta información? ¿Cómo vinculo

¹ La nube es una metáfora de Internet. El National Institute of Standards and Technology (NIST) define el cómputo en la nube como un modelo que proporciona, mediante la red y según se requiera (en demanda), acceso a un conjunto compartido de recursos de cómputo configurables, e. g. redes, servidores, almacenamiento, aplicaciones y servicios ubicados en Data Centers.

a un equipo de cómputo con la persona que, haciendo uso de dicho equipo, ha sustraído información?

¿Que información manejan las empresas?

Una empresa, entendiendo dicho término como una unidad económica de producción o distribución de bienes y servicios,² maneja un sinnúmero de información. Empecemos por precisar qué es “manejo de información”, esto es, cualquier creación, modificación, destrucción, envío, recepción, transmisión y almacenamiento de información.

En forma enunciativa, más no limitativa, cuando se habla de información de una empresa, se hace referencia a:

1. Información de su constitución: datos contenidos en acta constitutiva, como pueden ser: objeto social, accionistas, distribución accionaria, capital social.
2. Propiedad industrial: marcas, avisos comerciales, nombres comerciales; patentes, modelos y diseños industriales, modelos de utilidad, secretos industriales.
3. Propiedad intelectual: obras literarias, dibujos, programas de cómputo.
4. Información comercial: contratos con distribuidores, agentes de comercio, comisionistas, consignatarios, clientes; listas de precios y de clientes.
5. Información de proyectos ante autoridad pública: toda la información necesaria para participar en una licitación: propuesta económica, propuesta técnica.
6. Información laboral: reglamento interior de trabajo, código de conducta, contratos laborales, integración de comisiones, contratos colectivos, nóminas, sueldos, afiliaciones al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), afiliaciones al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit).
7. Datos personales: aquella información concerniente a una persona física identificada o identificable, tales como nombre, domicilio, teléfono, huella dactilar, preferencia sexual, afiliación política o sindical, edad, estado de salud presente o futuro, entre otros.

¿Contra qué o quién se protege la información?

Hoy en día, la información significa poder, quien más información tiene, más poderoso es. Por lo tanto, existen en el mundo gran cantidad de personas deseosas de poseerla, de mal usarla, de obtener ventaja. Si hablamos de aquel que se roba un libro, nos referimos a un ladrón; si hablamos de aquel que se roba información contenida en medios electrónicos con la finalidad de obtener un beneficio económico, nos referimos, en un lenguaje técnico, a un *cracker*.

² Cfr. Art. 16, Ley Federal del Trabajo, Cámara de Diputados disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_120615.pdf, consultado el 14 de julio de 2015, p. 5.

Hablamos así, de: (1) una amenaza, que pudiera ser cualquier persona deseosa de mal usar la información. Esta amenaza se va a valer de una (2) vulnerabilidad, esto es cualquier situación de riesgo en que se ubique la información, que no se encuentre debidamente protegida, que se pueda tener fácil acceso a la misma. La amenaza valiéndose de la vulnerabilidad, va a realizar un (3) acto ilícito, es decir, robo, destrucción, modificación, alteración o pérdida de la información. Dicho acto va a causar un (4) daño y/o perjuicio a la empresa, esto es, pérdida económica en el mejor de los casos, privación de la vida o de la libertad en el peor.

A manera de ejemplos:

Si la información de nuestra empresa relativa a finanzas es mal usada, robada o de alguna forma vulnerada, podríamos ser objeto de delitos, tales como robo, fraude, extorsión, secuestro, lo que nos traerá como consecuencia pérdida económica, pérdida de la tranquilidad, de continuidad o de la vida.

Si la información de nuestra empresa relativa a una Licitación pública es mal usada o robada o transmitida a una persona que no debe conocerla, podemos perder la licitación, el dinero y la credibilidad.

En el caso de la propiedad industrial, si no la protegemos conforme a la ley, podemos ser objeto de usurpación de identidad, causando a la empresa pérdida de credibilidad y, por supuesto, de dinero.

¿Por qué se debe proteger la información?

Hay tres razones principales por las cuales debemos proteger la información de la empresa:

1. Para resguardar los propios activos de mi empresa y evitar daños o perjuicios;
2. Porque tengo una obligación contractual;
3. Por mandamiento de Ley

Analicemos los motivos de protección citados anteriormente.

Para resguardar los propios activos de mi empresa y evitar daños o perjuicios

Como ya lo vimos líneas arriba, nuestra empresa guarda gran cantidad de información que forma parte de los activos de la misma, aquellos activos que identificamos contablemente como “intangibles”. ¿Cuánto pueden valer nuestros intangibles?, esto dependerá de la empresa de que se trate y, por supuesto, de la información y el momento en que se ubique dicha información.

Por ejemplo, si contamos con un secreto industrial sobre información tecnológica relativa a procesos de creación de aparatos novedosos para que un programa de cómputo identifique

mi voz y así pueda dar instrucciones a mi teléfono móvil para realizar determinadas acciones, como podría ser llamar a mi casa. Esta información con toda seguridad valió mucho dinero hace unos dos años, cuando estaba en boga esta tecnología. Hoy en día, dicha tecnología ya no resulta tan novedosa y cada vez mayor cantidad de empresas de tecnología las implementan en sus productos, por lo tanto, esta información hoy vale menos que lo que valía antes.

Por otro lado, en el caso de una patente, un requisito indispensable para que se otorgue es precisamente la secrecía de la misma. La Ley de la Propiedad Industrial dice que serán patentables las invenciones que sean nuevas, y será nuevo todo aquello que no se encuentre en el estado de la técnica,³ esto es, que no se haya divulgado, en esta etapa nuestra información patentable es muy valiosa. Una vez otorgado el registro de la patente de que se trate, el Estado brinda protección durante 20 años para explotarla en forma exclusiva; sin embargo, con el paso de los años, nuestra patente comenzará a perder valor, por un lado, porque le restan menos años para su explotación exclusiva y, por el otro, pudiera ser que la parte novedosa de nuestro invento, ya no lo sea tanto, por el surgimiento de nuevas tecnologías en el mercado.

Una vez identificado el valor de nuestros intangibles, podremos definir cómo estructurar la seguridad de la información de la empresa, protegiendo la de mayor valor y disminuyendo de manera gradual la protección conforme el valor de dicha información pierde importancia. Al lograr identificar estos valores y equilibrar nuestro esquema de seguridad, estaremos reduciendo el riesgo de pérdida o menoscabo en nuestro patrimonio y de privarnos de cualquier ganancia lícita que pudiéramos llegar a obtener por el beneficio que nos brinda la información que poseemos.

Porque tengo una obligación contractual

En la actualidad, las empresas para poder obtener continuidad en el mercado, crecer y desarrollarse económicamente, necesitan aliarse con otras empresas. Los esquemas de alianza son diversos, entre éstos se encuentran: contratos de distribución, de suministro, subcontrataciones conocidas como “Esquemas de *Outsourcing*”; esquemas de alianzas estratégicas conocidas en el mercado internacional como “Joint Ventures”, esquemas de asociación en participación (parecidos a *Joint Ventures*), entre otros.

Al realizar este tipo de alianzas, las empresas tienen que compartir información, misma que deben proteger. Nuestra empresa trasladará en múltiples negociaciones información valiosa, y también obtendrá la posesión y el resguardo de información de otras empresas. Es común que a la par de estas alianzas se celebren contratos de confidencialidad con obligaciones específicas de secrecía y respeto a la información compartida. En estos contratos se estipula preservar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información. Para esto, por lo

³ Cfr. Arts. 12 y 16 de la Ley de la Propiedad Industrial, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/50.pdf>, consultado el 14 de julio de 2015, pp. 6 y 7.

general se solicita que las partes también suscriban con sus propios empleados y con cualquier tercero, que tenga acceso a dicha información, contratos de confidencialidad. En algunos casos, se establecen penas convencionales de cantidades considerables por incumplimiento.

Por mandamiento de ley

La obligación de respetar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información no sólo nace de relaciones privadas entre empresas, como lo vimos antes. El Estado se ha preocupado por integrar en nuestra sociedad un esquema de respeto a la información, por un lado encaminado a proteger datos personales y, por el otro, a promover el respeto a la información en general, donde entra la información de las empresas.

México, como miembro integrante de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico de los Países (OCDE), tiene el compromiso internacional de respetar los datos personales, motivo por el cual en 2010 se logró la aprobación del proyecto de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, dicha ley otorga el derecho a la autodeterminación informativa, esto es, decidir cuándo, cómo, dónde, a quién y para qué proporcione mis datos personales. Este derecho a la autodeterminación informativa va de la mano con el derecho a la intimidad y a la privacidad, derechos humanos de tercera generación. En su artículo primero, nuestra Constitución Política establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en dicha Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como las garantías para su protección. Asimismo, la fracción II del artículo 6 constitucional señala que la información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijan las leyes.⁴

Respecto a la información de empresas, existen leyes que protegen y brindan medios de defensa a las empresas que sufran de algún mal uso de información, entre las cuales es importante mencionar a la Ley de la Propiedad Industrial, Ley Federal del Derecho de Autor, Ley Federal del Trabajo, la cual contiene obligaciones de los empleados de guardar la secrecía de la información de las empresas para las cuales laboran; y el Código Penal Federal.

Formas de protección

Hay tres tipos de controles para proteger la información:

1. *Controles físicos:* en este caso las medidas de control pueden ser el archivero con llave o el policía que vigila y controla el acceso.

⁴ Cfr. Arts. 1 y 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm> consultado el 14 de julio de 2015.

2. *Controles técnicos*: aquí se encuentran las claves de acceso a sistemas de cómputo, *tokens*, *software* de seguridad para evitar manipular archivos electrónicos.
3. *Controles administrativos*: comprende las políticas de seguridad de la información, en éstas se encuentran los controles legales, que a continuación analizaremos.

Controles legales

Para la implementación de controles legales de seguridad de la información se recomienda tomar en consideración los siguientes aspectos:

1. Establecimiento de reglas que definan el uso de la información;
2. Brindar certeza jurídica a las relaciones de uso de la información;
3. Cumplimiento a la legislación vigente.

Establecimiento de reglas que definan el uso de la información

Para implementar cualquier tipo de control dentro de una organización, es necesario contar con políticas de seguridad de la información. Para crearlas hay que trabajar de la mano con los departamentos involucrados en la toma de decisiones respecto al uso de información dentro de la empresa, como podrían ser los departamentos de Recursos Humanos, de Informática, y por supuesto la Dirección general y el área legal.

Para empezar, habrá que definir las reglas respecto a qué voy a controlar, cómo lo voy a controlar y hasta dónde. Para ello se recomienda responder primero al ¿qué voy a controlar?: haciendo un listado de activos intangibles de mayor a menor valor. Después responderemos el ¿cómo lo voy a controlar?, aquí se definirán los controles físicos, técnicos y administrativos a implementar. Y el último cuestionamiento ¿hasta dónde quiero controlar?, se refiere a definir el lugar geográfico que abarcará mi protección, puedo implementar controles sólo dentro de determinadas oficinas de la empresa, o en todas las sucursales, o tal vez abarcar las casas de mis empleados porque se llevan información de la empresa para trabajar desde sus casas, o incluso internacionalmente, implementando controles en los dispositivos electrónicos que se llevan mis empleados a sus viajes.

Una vez que contemos con Políticas Generales de Seguridad de la Información resulta necesario elaborar o modificar la siguiente documentación legal cuyo contenido debe incluir también reglas de protección de información y de uso de los equipos que procesan información: Reglamento Interior de Trabajo, Código de Conducta, Contratos de Confidencialidad, Aviso de Privacidad en términos de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

¿Qué pasa si no están bien definidas las Reglas de Protección de Información?:

- Los empleados y colaboradores de la empresa no conocerán la importancia de la información que manejan y por lo tanto lo más probable es que no la respeten;
- Los empleados y colaboradores no sabrán con quién sí y con quién no compartir la información que manejan;
- En el supuesto de una violación a la información, la empresa no tendrá elementos para probar un incumplimiento.

Brindar certeza jurídica a las relaciones de uso de información

Entre los controles legales que se implementen en la empresa, se debe procurar que cada creación, almacenamiento, envío y recepción de información esté debidamente documentada de manera legal, de tal forma que al enfrentar un litigio, las obligaciones al respecto queden claras y precisas, y constituyan un mejor medio de prueba.

Se sugiere tener por escrito contratos individuales de trabajo, en los que quede clara la relación laboral existente y las obligaciones de confidencialidad del trabajador respecto a la información tanto de propiedad de la empresa como de terceros con quienes la empresa guarde relación. Asimismo, se sugiere celebrar a la par contratos de confidencialidad con dichos empleados, en los cuales se especifique que la información es confidencial, y que existen obligaciones no sólo de secrecía, sino también de resguardo de la integridad de dicha información.

Por otro lado y en relaciones que no sean de tipo laboral, lograremos certeza jurídica al celebrar los contratos de que se trate la relación (prestación de servicios, asesoría, de comisión, de suministro, distribución, de agencia) por escrito con cláusulas claras de transmisión de información y obligaciones de confidencialidad, integridad y disponibilidad conforme a las reglas definidas entre las partes.

Otro tema que brinda certeza jurídica es el registro de la propiedad industrial e intelectual de la empresa. La empresa debe tener debidamente registradas sus marcas, avisos comerciales, nombres comerciales, modelos de utilidad, diseños industriales, patentes ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), con el fin de evitar usurpación de identidad, piratería, confusión entre los consumidores, desprestigio, entre otros. Además, la empresa debe cuidar que sus creaciones literarias, artísticas y sus programas de cómputo se encuentren debidamente registrados ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor (Indautor).

Cumplimiento a la legislación vigente

El deber de protección que las empresas otorguen a su propia información y a la de terceros —a la que tengan acceso por motivo de sus relaciones—, se enfatiza con las disposiciones legales vigentes en la materia.

Al respecto, se citan algunas de las siguientes obligaciones:

- **Código Penal Federal:** regula los delitos informáticos en su título noveno, Revelación de Secretos y Acceso Ilícito a Sistemas y Equipos de Informática, específicamente en el artículo 211 Bis 1, que a la letra señala:

Artículo 211 Bis 1. Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática **protegidos por algún mecanismo de seguridad**, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática **protegidos por algún mecanismo de seguridad**, se le impondrán de tres meses a un año de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.⁵

Como nos podemos dar cuenta, la obligación a cargo de la empresa es la de implementar mecanismos de seguridad a sus sistemas o equipos de informática, de lo contrario, no podrá acreditar el supuesto contenido en esta disposición legal, por lo que si sufriera pérdida de información no tendría elementos para denunciar penalmente al delincuente de que se trate.

- **Ley de la Propiedad Industrial:** regula la protección de secretos industriales.
Al respecto, el artículo 82 señala:

Artículo 82. Se considera secreto industrial a toda información de aplicación industrial o comercial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y **respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma**.⁶

De acuerdo con el artículo anterior, la obligación en materia de seguridad de la información, a cargo de la empresa que pretenda conservar y proteger secretos industriales, es la de adoptar medios o sistemas suficientes para preservar la confidencialidad de la información y el acceso restringido a ésta última, esto es, implementar controles físicos, técnicos y administrativos, dentro de los cuales están los legales.

Por otro lado, el artículo 85 de la ley en comento señala:

Toda aquella persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a un secreto industrial **del cual se le haya pre-**

⁵ Cfr. Código Penal Federal, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_120315.pdf, consultado el 14 de julio de 2015, p. 57.

⁶ Art. 82, Ley de la Propiedad Industrial, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/50.pdf>, consultado el 14 de julio de 2015, pp. 19 y 20.

venido sobre su confidencialidad deberá abstenerse de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que guarde dicho secreto, o de su usuario autorizado.⁷

Según el artículo anterior, se puede desprender la obligación de la empresa de prevenir a sus empleados y colaboradores (prestadores de servicios, proveedores, clientes, etc.) sobre la confidencialidad de un secreto industrial, de lo contrario no podrá hacer valer una impugnación en contra de quien revele injustificadamente el secreto industrial respectivo.

Asimismo, la Ley de la Propiedad Industrial contiene un capítulo de delitos relacionados con el mal uso de información, entre los cuales podemos citar:

Artículo 223. Son delitos:[...]

- IV. Revelar a un tercero un secreto industrial, que se conozca con motivo de su trabajo, puesto, cargo, desempeño de su profesión, relación de negocios o en virtud del otorgamiento de una licencia para su uso, sin consentimiento de la persona que guarde el secreto industrial, habiendo sido prevenido de su confidencialidad, con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para el tercero o con el fin de causar un perjuicio a la persona que guarde el secreto;
- V. Apoderarse de un secreto industrial sin derecho y sin consentimiento de la persona que lo guarde o de su usuario autorizado, para usarlo o revelarlo a un tercero, con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para el tercero o con el fin de causar un perjuicio a la persona que guarde el secreto industrial o a su usuario autorizado, y
- VI. Usar la información contenida en un secreto industrial, que conozca por virtud de su trabajo, cargo o puesto, ejercicio de su profesión o relación de negocios, sin consentimiento de quien lo guarde o de su usuario autorizado, o que le haya sido revelado por un tercero, a sabiendas que éste no contaba para ello con el consentimiento de la persona que guarde el secreto industrial o su usuario autorizado, con el propósito de obtener un beneficio económico o con el fin de causar un perjuicio a la persona que guarde el secreto industrial o su usuario autorizado.

Los delitos previstos en este artículo se perseguirán por querrela de parte ofendida.⁸

- **Ley Federal del Derecho de Autor:** esta ley contiene disposiciones que sancionan conductas en materia de comercio, tales como:

Artículo 231. Constituyen infracciones en materia de comercio las siguientes conductas cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto:

- I. Comunicar o utilizar públicamente una obra protegida por cualquier medio, y de cualquier forma sin la autorización previa y expresa del autor, de sus legítimos herederos o del titular del derecho patrimonial de autor;

⁷ *Ibid.*, art. 85, p. 20.

⁸ *Ibid.*, art. 223, pp. 58 y 59.

- II. Utilizar la imagen de una persona sin su autorización o la de sus causahabientes;
- III. Producir, reproducir, almacenar, distribuir, transportar o comercializar copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por los derechos de autor o por los derechos conexos, sin la autorización de los respectivos titulares en los términos de esta ley; [...]
- VII. Usar, reproducir o explotar una reserva de derechos protegida o un programa de cómputo sin el consentimiento del titular;
- VIII. Usar o explotar un nombre, título, denominación, características físicas o psicológicas, o características de operación de tal forma que induzcan a error o confusión con una reserva de derechos protegida[...]⁹

Respecto a los programas de cómputo, es conveniente precisar en el deber de respeto a las licencias de uso de dichos programas:

- **Licencias de uso de *software*:** las empresas que utilicen programas de cómputo distintos a los de su propia creación, deben cumplir con las obligaciones derivadas de lo que se conoce en el medio como EULA (por sus siglas en inglés End User License Agreement), hablamos en especial de: obligaciones de pago, respeto al número de usuarios para el cual se contrató la licencia respectiva, evitar hacer copias de dicho programa (es decir, *software* pirata o clonado) o en cualquier forma alterarlo y/o modificarlo. Es necesario estar en cumplimiento con estas licencias, de lo contrario podríamos caer en incumplimiento a la Ley de la Propiedad Industrial, lo que significa sanciones que van desde 5 mil hasta 10 mil días de salario mínimo.

Existe un organismo denominado Business Software Alliance, con sede en varios países, entre los que se encuentra México, que se encarga de proteger y promover el desarrollo económico de las empresas creadoras de *software*. En México dicho organismo ha celebrado convenios de colaboración con el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, Instituto Nacional del Derecho de Autor y la Procuraduría General de la República, con la finalidad de vigilar el respeto a los programas de cómputo. Las empresas están obligadas a evitar la descarga y/o el uso de *software* pirata en sus instalaciones, por lo que se sugiere vigilar e implementar medidas adecuadas para que sus empleados eviten estas conductas delictivas, que repercutirán en la empresa, la cual normalmente es la propietaria de los equipos donde pueden estar instalados estos *software*.

- **Ley Federal de Protección de Datos Personales:** esta ley vigente a partir del 6 de julio de 2010 contiene importantes obligaciones a cargo de las empresas con miras a proteger los datos personales que se manejan dentro de dichas organizaciones. Entre las más relevantes, podemos citar:

⁹ Art. 231, Ley Federal del Derecho de Autor, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122_170315.pdf, consultado el 14 de julio de 2015, pp. 43 y 44.

1. Elaborar un aviso de privacidad que informe acerca del tratamiento actual que se da a los datos personales que se recaben y cumpla con los requisitos de los artículos 16 y 17 de la ley en comento;
2. Poner a disposición de los titulares de datos personales el aviso de privacidad respectivo;
3. Designar a un responsable del tratamiento de datos personales, por cuenta de la empresa de que se trate. Responsable que puede ser persona física o departamento de datos personales;
4. Designar a una persona encargada de atender solicitudes de derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición (ARCO);
5. Implementar un procedimiento para la atención de solicitudes ARCO por parte de los titulares de los datos personales;
6. Implementar medidas de seguridad técnicas y físicas para proteger los datos personales contra daño, pérdida, alteración, destrucción o el uso, acceso o tratamiento no autorizado. Estas medidas deben ser no menores a aquellas que se mantengan para la propia información de la empresa de que se trate;
7. Políticas de seguridad de la información exigibles al interior de la empresa (establecer sanciones por incumplimiento);
8. Capacitación permanente en materia de seguridad de la información, del personal involucrado en el tratamiento de datos personales: concientización.¹⁰

Conclusión

La palabra concientización resume todo el tema de evitar la fuga de información en las empresas. A pesar de los enormes esfuerzos realizados tanto en el ámbito internacional como nacional, la fuga de información no será controlada si no concientizamos a las personas involucradas en los flujos de información, esto es, a los empresarios, a los proveedores, clientes, visitantes y, en especial a nuestro personal. Implementemos controles: sí, pero siempre de la mano con personas conscientes de que la información que entra por cada uno de sus sentidos (oídos, vista, tacto, gusto, olfato) es un activo necesario para el desarrollo económico de la empresa, y si éste no se consigue, los empleados tampoco lograrán dicho desarrollo en lo personal.

Es urgente cambiar la mentalidad de la relación patrón-empleado, ya no es esa relación subordinada que la Ley Federal del Trabajo ha pretendido y sigue pretendiendo regular, sino una relación de coordinación, de complementación, de apoyo y solidaridad. Un patrón no existe sin sus empleados y viceversa; el desarrollo económico de un país se logra con sus em-

¹⁰ Cfr. Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares y su Reglamento, Cámara de Diputados, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>, y en el *Diario Oficial de la Federación*, del 21 de diciembre de 2011, disponible en <http://dof.gob.mx>, consultado el 14 de julio de 2015.

presarios y también con sus empleados. Un esquema de respeto a los bienes de una empresa, entre los cuales se encuentran como principales y relevantes el motivo de este estudio: la información, sólo se logra con empleados y patrones comprometidos a trabajar de la mano para cumplir con la visión específica del proyecto al que están dedicando la mayor parte de las horas de su vida.

Comprometámonos con una cultura de respeto y de trabajo en equipo, y así disminuirémos los riesgos de mal uso de información que, como ya vimos, nos pueden llevar desde pérdida económica y de credibilidad en nuestras empresas, en el mejor de los casos, hasta la pérdida de la libertad (como es el caso de un secuestro) o incluso de la vida de nuestros empresarios, empleados o colaboradores.

Bibliografía

Legislación consultada

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm> consultado el 14 de julio de 2015.

Código Penal Federal, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_120315.pdf, consultado el 14 de julio de 2015.

Ley Federal del Trabajo, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_120615.pdf, consultado el 14 de julio de 2015.

Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>, consultado el 14 de julio de 2015.

Ley Federal del Derecho de Autor, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122_170315.pdf, consultado el 14 de julio de 2015.

Ley Federal de la Propiedad Industrial, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/50.pdf>, consultado el 14 de julio de 2015.

Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, *Diario Oficial de la Federación*, 21 de diciembre de 2011, disponible en <http://dof.gob.mx>, consultado el 14 de julio de 2015.

Obras consultadas

Navarro Islas, Jorge (coord.), *Tecnologías de la información y de las comunicaciones: aspectos legales*, México, Porrúa, 2005.

Téllez Valdés, Julio, *Derecho informático*, 3ª ed., México, McGraw-Hill, 2004.

Consulta en Internet

National Institute of Standards and Technology, disponible en http://www.nist.gov/customcf/get_pdf.cfm, consultado el 12 de diciembre de 2012.

Participación de los particulares de buena fe, afectados por los juicios de extinción de dominio

Legislación del Distrito Federal

Introducción

En el sistema jurídico mexicano es ampliamente conocido y difundido el hecho de que los juicios de naturaleza civil son por lo regular conflictos o controversias que se suscitan entre particulares,¹ y la materia del juicio trata sobre derechos patrimoniales, con excepción de las controversias del orden familiar.

En este sentido, nos enfocaremos sólo en aquellos litigios cuya naturaleza es la solución de disputas de carácter patrimonial, de acuerdo con el procedimiento de extinción de dominio que pretendemos analizar y tratar.

Las controversias de carácter civil se rigen por principios especialmente aplicables, como lo son el principio de estricto derecho, igualdad de las partes en el proceso, *litis* cerrada, el que afirma está obligado a probar, inaplicabilidad de la suplencia de la queja deficiente, irrenunciabilidad de las normas procesales, orden público del proceso, entre otros.

No obstante lo anterior, en el Distrito Federal en 2008, entró en vigor la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal, mediante la cual se le otorga la naturaleza de procedimiento de carácter civil al Juicio Especial de Extinción de Dominio, que en nuestro concepto puede acarrear graves consecuencias, para los derechos de propiedad de que son titulares los terceros afectados de buena fe, cuando sus bienes son utilizados por la delincuencia sin su conocimiento, por lo que el objeto del presente artículo será analizar la participación de estos terceros dentro de dicho procedimiento, así como realizar un breve análisis sobre la legalidad de la citada ley, frente a los derechos humanos.

¹ Por excepción, también las personas de derecho público pueden estar legitimadas jurídicamente para ser consideradas como parte de procedimientos civiles, siempre y cuando se afecten sus derechos de carácter privado.

Antecedentes del juicio especial de extinción de dominio

Marco constitucional

El Juicio Especial de Extinción de Dominio tiene su origen constitucional en lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual en su parte conducente establece lo que se indica a continuación:

Art. 22.[...]

No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:

- I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;
- II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes:
 - a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.
 - b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.
 - c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.
 - d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.
- III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

De la anterior lectura se desprende que el constituyente, mediante la modificación establecida en el artículo 22 de nuestra Carta Magna, tuvo la finalidad de dotar a las autoridades administrativas de una herramienta más para el combate a la delincuencia, misma que se materializa en un procedimiento judicial a través del cual se intentará restringir las posibilidades económicas de quienes cometen delitos en agravio de la sociedad, y así evitar la

proliferación de delitos que han venido perturbando la vida pública de los gobernados, respecto de aquellos delitos considerados lesivos para nuestro entorno actual, como la delincuencia organizada, y los que atentan contra la salud, robo de vehículos y trata de personas.

Por mandato constitucional este procedimiento debe ser jurisdiccional y autónomo de la materia penal, por lo que es fácil advertir que al tratarse la acción de extinción de dominio de un procedimiento que afecta el Derecho de propiedad de los gobernados, el procedimiento es de naturaleza civil, y por otro lado independiente de la penal; la resolución del procedimiento penal instaurado por la comisión de los delitos, referido por el artículo 22 constitucional, no debiera influir en lo que se resuelva en el procedimiento penal, incluso se sostiene que la acción de extinción de dominio puede proceder aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para precisar que el hecho ilícito sucedió.

Marco secundario: Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal

El 8 de diciembre de 2008, el C. Marcelo Luis Ebrard Casaubón, publicó en la *Gaceta del Gobierno del Distrito Federal* el Decreto por el que se expide la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal (LEDDF) y se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

De la lectura del artículo 4 de la LEDDF podemos advertir las características inherentes al procedimiento de extinción de dominio instaurado en el Distrito Federal, como se muestra a continuación:

Art. 4. La Extinción de Dominio es la pérdida de los derechos de propiedad de los bienes mencionados en el artículo 5 de esta Ley, sin contraprestación ni compensación alguna para el afectado, cuando se acredite el hecho ilícito en los casos de delincuencia organizada, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, y el afectado no logre probar la procedencia lícita de dichos bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedido para conocer su utilización ilícita.

La Extinción de Dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido.

La acción es autónoma, distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente, de la que se haya desprendido, o en la que tuviera origen, sin perjuicio de los terceros de buena fe.

La extinción de dominio no procederá sobre bienes decomisados por la autoridad judicial, en sentencia ejecutoriada.

Los bienes sobre los que se declare la Extinción de Dominio se aplicarán a favor del Gobierno del Distrito Federal y serán destinados al bienestar social, mediante acuerdo del Jefe de Gobierno que se publique en la Gaceta Oficial del Distrito Federal. Cuando se trate de

bienes fungibles se destinarán en porcentajes iguales a la Procuración de Justicia y la Seguridad Pública.

Toda la información que se genere u obtenga con relación a esta Ley se considerará como restringida en los términos de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Distrito Federal. La Secretaría de Finanzas y la Oficialía Mayor, entregarán un informe anual a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, sobre los bienes materia de este ordenamiento.

De lo anterior se colige que la definición legal de la acción de extinción de dominio es la pérdida de los derechos de propiedad de los bienes que hayan sido objeto o instrumento de delito, sin contraprestación ni compensación alguna para el afectado, cuando se acredite el hecho ilícito en los casos de delincuencia organizada, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, y el afectado no logre probar la procedencia lícita de dichos bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedido para conocer su utilización ilícita.

Además, también se advierte la naturaleza civil del procedimiento, en razón de que la acción de extinción de dominio es de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido.

Y por último, se reafirma el principio constitucional de que la acción de extinción de dominio es autónoma, distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente, de la que se haya desprendido, o en la que tuviera origen, sin perjuicio de los terceros de buena fe.

Por otra parte, es importante destacar que las partes legitimadas para intervenir en el procedimiento son las que se señalan en el artículo 27 de la LEDDF, disposición legal que establece lo siguiente:

Art. 27. Son partes en el procedimiento de Extinción de Dominio:

- I. El afectado;
- II. La víctima;
- III. El ofendido;
- IV. El tercero; y
- V. El Agente del Ministerio Público.

No obstante lo anterior, el objeto de nuestro análisis se centrará en el afectado y el agente del Ministerio Público.

Cabe señalar que de conformidad con el análisis integral de la LEDDF, el Ministerio Público especializado en extinción de dominio será quien ejercite la acción en contra del afectado, de donde resulta destacable que el particular va a ser demandado por una autoridad, de ahí la relevancia de analizar si dicho procedimiento es justo y equitativo, estableciendo los mismos derechos y obligaciones para cada uno de los contendientes.

Participación de los particulares afectados en el procedimiento de extinción de dominio

Distinción de los particulares que intervienen en el procedimiento

Para estos efectos, resulta trascendente diferenciar a los dos particulares afectados que intervienen en el procedimiento de extinción de dominio ante el Ministerio Público.

Desde mi opinión, los afectados se diferencian por su intervención en la comisión del delito o delitos por los cuales procede dicha intervención, pues de la relevancia de ésta dependen las cargas procesales.

En efecto, del análisis minucioso de lo dispuesto por el artículo 5° de la LEDDF se desprende que la acción de extinción de dominio es procedente sobre aquellos bienes que hayan sido objeto o producto de un delito; sin embargo, distingue claramente las cargas procesales de la prueba, cuando el bien es utilizado por el delincuente o por un tercero, tal y como se aprecia con la transcripción siguiente:

Art. 5. Se determinará procedente la Extinción de Dominio, previa declaración jurisdiccional, respecto de los bienes siguientes:

- I. Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió;
- II. Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior;
- III. Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo;
- IV. Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.

El supuesto previsto en la fracción III será aplicable cuando el Agente del Ministerio Público acredite que el tercero utilizó el bien para cometer delitos patrimoniales, delincuencia organizada, secuestro, trata de personas o robo de vehículos y que el dueño tenía conocimiento de esa circunstancia.

En este orden de ideas, es claro que cuando el bien es utilizado por el delincuente, es a éste a quien corresponde probar la legal procedencia de los recursos con que adquirió los bienes, y que los mismos no son objeto o instrumento del delito, cuestión que no sucede cuando los bienes están en posesión de un tercero ajeno al delincuente, en cuyo caso corresponde al Ministerio Público acreditar que el tercero utilizó el bien para cometer delitos patrimoniales,

delincuencia organizada, secuestro, trata de personas o robo de vehículos y que el dueño tenía conocimiento de esa circunstancia.

Participación activa de los afectados en el procedimiento de extinción de dominio

Teniendo en mente que en el procedimiento de extinción de dominio existen dos tipos o clasificaciones de parte afectada, ocupémonos de aquel que resulta ser tercero ajeno al delincuente que comete el delito, pues por obvias razones no es nuestra intención abordar las defensas que pudiera tener el sujeto activo del delito en una acción de extinción de dominio, que es la verdadera intención loable de la ley que se analiza, sino que nuestro objetivo es concientizar al lector de la existencia de verdaderos peligros que pueden avecinarse con la aplicación de la LEDDF, sin que sean parte de la comisión de un delito y aun más cuando no tengan conocimiento de la utilización de sus bienes en poder de un tercero.

La participación del tercero de buena fe consiste en acreditar que no tenía conocimiento de que los delincuentes estaban utilizando los bienes de su propiedad para cometer delitos, o que teniendo conocimiento de dicha circunstancia lo haya denunciado a las autoridades correspondientes, o haya realizado un acto positivo para impedir que el delito se siga cometiendo.²

Dicho lo anterior, parecería que para el afectado de buena fe las cargas impuestas por la LEDDF son fáciles de cumplir a simple vista, sin embargo, recordemos que la acción de extinción de dominio procede por delitos de delincuencia organizada, contra la salud, robo de vehículos y trata de personas, delitos que implican una estructura sofisticada de organización para cometer habitualmente delitos, por tal razón la citada ley en este concepto pone en peligro al tercero de buena fe lo más valioso que tiene, que es la vida.

En efecto, en la vida cotidiana nos hemos enterado de múltiples acontecimientos que entrañan el homicidio o desaparición de personas quienes se han atrevido a denunciar las actividades ilícitas de los criminales habituados a cometer las conductas ilícitas previstas por la LEDDF, por lo que establecer por mandato de ley la condición de denunciar estas actividades, so pena de perder el patrimonio cuyo dominio se extinguirá con la acción que ejerza el Ministerio Público, me parece arbitraria y carente de sustento.

Esto es así, porque es de explorado derecho que la vida es el bien fundamental que el Derecho reconoce y protege, por lo tanto, el temor a perderla debiera ser considerado, expresamente por la ley, como una causa excluyente para dejar de cumplir con el deber de denunciar,³ pues de lo contrario se coloca a los afectados de buena fe en total estado de indefensión y no se logra cumplir con el espíritu de este tipo de legislaciones, que es abatir los índices de delincuencia, sin causar afectación a los individuos que la padecen.

² *Cfr.* Con lo dispuesto por la fracción III y último párrafo del artículo 5° de la LEDDF.

³ Sobre todo si a quien hay que denunciar normalmente tiene los recursos y capacidad para ejercer actos de represalia sobre quien atente contra sus intereses mediante la denuncia correspondiente.

Por otra parte, si bien es loable que la autoridad busque a toda costa mermar los recursos de la delincuencia mediante la instauración de nuevos mecanismos jurídicos que contribuyan al debilitamiento de la organización delincriminal, ello no puede ser fundamento o justificación para que los derechos de terceros de buena fe se vean afectados, con el pretexto de evitar la delincuencia, por lo que se debiera buscar un equilibrio entre la legítima obligación del Estado de proteger y brindar seguridad a su población, pero respetando en todo momento los derechos fundamentales y humanos de aquellos quienes no cometemos delitos, y que somos la inmensa mayoría.

Desde esta perspectiva, es que creo legítimamente que la LEDDF es ilegal a la luz de los derechos de los propietarios de buena fe que se ven afectados por un procedimiento de extinción de dominio, por las circunstancias que sucintamente describo a continuación:

- **Derecho a indemnización justa.** El artículo 21.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, establece con toda claridad que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, **excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.**

No obstante lo anterior, el primer párrafo de la LEDDF aclara que el Gobierno del Distrito Federal, mediante el procedimiento de extinción de dominio, puede privar de la propiedad a un gobernado, **sin contraprestación ni compensación alguna para el afectado**, circunstancia que contradice a la Convención, de la que México es parte.

- **Derecho a la presunción de inocencia.** El artículo 8.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos establece que toda persona inculpada en un delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se establezca legalmente su culpabilidad.

Si bien, el Gobierno del Distrito Federal pretende burlar mediante tecnicismos legales, la protección de los derechos humanos y la aplicación del principio de presunción de inocencia, al establecer en el artículo 4° de la LEDDF que la acción de extinción de dominio es autónoma, distinta e independiente de cualquier otra naturaleza penal, paradójicamente en el proceso civil en el que se sigue la acción de extinción de dominio **debe probarse la existencia de un ilícito.**

Entonces resulta evidente que ante la obligación de probar la existencia de un ilícito, con independencia a como la autoridad llame al procedimiento, debe aplicar el principio de presunción de inocencia a efecto de respetar los derechos humanos, sin embargo, esto no es así con la LEDDF.

La interpretación que se realiza al aplicar la LEDDF, se aparta de manera dramática del respeto a los derechos humanos de sus ciudadanos, pues con dicha ley se pretende imponer el poder de las instituciones del Estado sobre los gobernados, utilizando un pretexto burdo pa-

ra disfrazar a una institución eminentemente penal o que debe ser una consecuencia de ésta, manifestando que la extinción de dominio es un procedimiento civil independiente del penal, aun cuando su finalidad esencial es la misma, **probar la existencia de un delito**.

Asimismo, en el derecho mexicano, sobre todo en el Distrito Federal, la acción de extinción de dominio únicamente puede ejercitarse a través del Ministerio Público (autoridad del Estado), cuya función primordial o esencial en nuestro Derecho es la de investigar y perseguir los delitos, así como ejercitar la acción penal en los casos que proceda conforme a Derecho.

En ese sentido, se debe entender que lo único que pretende la ley es que el demandado, es decir, el ciudadano, demuestre **la procedencia lícita de los bienes objeto de la acción y además debe probar su buena fe, así como que estaba impedido para conocer la utilización ilícita de sus bienes**.

Lo cual significa que la LEDDF establece la **presunción de culpabilidad** en contra del gobernado y que siempre se actúa de mala fe, salvo prueba en contrario, esto redundaría en una clara violación de los derechos humanos.

Ante esa tesitura, si el proceso de extinción de dominio es de carácter civil, el cual se caracteriza por una igualdad de las partes en el proceso, y la autoridad no investiga como debiera, ni procesa eficazmente a los delincuentes ni establece investigaciones confiables ni protege a las víctimas, ni presta protección a los periodistas que presentan denuncias, ¿por qué el Estado no pierde también sus bienes a favor de la sociedad?, es evidente que existe un desequilibrio inmenso de poderes en el juicio de extinción de dominio.

- **Derecho a ser juzgado por tribunales imparciales.** El artículo 8.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos es claro al establecer que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal independiente.

No obstante lo anterior, la LEDDF concede beneficios y prerrogativas al Ministerio Público que no se aplican al afectado de la acción de extinción de dominio, como por ejemplo:

- a) En el capítulo III de la LEDDF se establece la facultad del Ministerio Público de solicitar al juez, la imposición de medidas cautelares, sin necesidad de garantizar los daños y perjuicios que se causen, y contra las cuales el afectado no tiene ningún medio inmediato para que dejen de surtir sus efectos.

Si el proceso fuera justo, como lo es cuando dos efectivos particulares están en controversia ante Tribunales Civiles, y si aplicáramos el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, primero el Ministerio Público tendría que garantizar los daños y perjuicios que pudiera ocasionar con la solicitud de adoptar medidas cautelares, a su vez, el demandado inmediatamente podría contra afianzar para que la medida cautelar no le causara perjuicio, si-

tuación que no sucede con la LEDDF que por más que se diga que tiene el carácter civil, ésta no proporciona igualdad de trato a las partes.

- b) Según se deduce de la lectura del capítulo V de la LEDDF, el Ministerio Público puede solicitar la revelación de información financiera a través de las autoridades supervisoras del sistema financiero, situación que no puede hacer el afectado.

Con lo anterior se acredita una vez más que la autoridad está ejerciendo funciones de policía e investigación, por lo que debe aplicarse el principio de presunción de inocencia al afectado, por más que se diga en la ley que el procedimiento de extinción de dominio es civil.

- c) De la lectura del artículo 38 de la LEDDF se desprende que basta la manifestación del Ministerio Público de que se desconoce el domicilio de la persona a notificar para que proceda su notificación por edictos, sin embargo, si se tratara de un particular, se tendría que llevar a cabo la diligencia, primero a través de actuarios o fedatarios públicos que acrediten que no se puede notificar y, en su caso, después de una extensa investigación, se procedería a realizar la notificación por edictos.
- d) De la lectura del artículo 39 se desprende que en contra del acuerdo que admita la demanda de extinción de dominio, no admite recurso alguno, pero el que la niega admite apelación.

Si se tratara de un juicio normalmente civil, todas las resoluciones fueran apelables o por cualquier otro medio combatibles mediante recurso ordinario, no sólo cuando conviene al Ministerio Público.

- e) De la lectura del artículo 42 se desprende que si el afectado no tiene en su poder documentos que le sean necesarios como pruebas, debe manifestar en dónde se encuentran y haber acreditado que solicitó dicha información al momento de contestar la demanda.

El Ministerio Público no tiene necesidad de hacerlo.

- f) El artículo 43 de la LEDDF establece un término de diez días adicionales para el Ministerio Público a efecto de que ofrezca pruebas diversas a las presentadas en su escrito inicial de demanda, en cambio, el gobernado sólo tiene derecho a opinar sobre ellas, lo cual es un grave desequilibrio procesal, puesto que el gobernado tiene que ofrecer pruebas al contestar la demanda.
- g) De la lectura del artículo 53 de la ley en comento se permite que aun cuando haya concluido la etapa de instrucción, se pueda modificar la *litis* a efecto de encaminar debidamente la acción de extinción de dominio, lo cual verdaderamente es un contrasentido en cualquier clase de procedimiento judicial porque se evidencia la parcialidad del juez.

- h)* El artículo 44 de la LEDDF señala que la audiencia de pruebas se lleva a cabo aun con la ausencia del afectado, pero no ocurre lo mismo si el Ministerio Público no está presente, lo anterior retrata, una vez más, la falta de imparcialidad de la ley.

Por lo que con todas estas ventajas procesales, lo mínimo que pudo haberse previsto por la LEDDF en beneficio de los afectados de buena fe, sería que los juicios relativos se llevaran a cabo por tribunales imparciales o independientes de la estructura del Gobierno del Distrito Federal, tomando en consideración que por propia disposición de la ley, el producto de los bienes cuyo dominio ha sido extinto, se repartirá entre las autoridades que se encargan de la procuración de justicia y seguridad pública, de ahí que se tenga un interés especial por las autoridades que intervienen en el procedimiento de extinción de dominio en obtener una sentencia favorable a sus intereses, pues así se ve incrementado su presupuesto.

Conclusiones

Tomando en consideración de que las empresas son entes económicos que en la generalidad de las ocasiones actúan de buena fe, será importante establecer políticas que permitan el conocimiento profundo de los clientes con los que tienen cualquier tipo de relación, y en especial cuando derivado de esas relaciones se pone en manos de un tercero, un bien propiedad de la empresa, sobre todo cuando la tendencia de las leyes que intentan abatir los índices de criminalidad, pretenden obligar a los ciudadanos a preocuparse u ocuparse más por la comisión de delitos, delegando así la responsabilidad de las autoridades en el combate a la delincuencia.

En esa tesitura, las empresas situadas en el Distrito Federal, expuestas bajo la tutela de la LEDDF, pueden ser de índole tan variado como restaurantes, bares, centros nocturnos, bodegas, locales comerciales, hoteles, talleres mecánicos, agencias de automóviles, etcétera, toda vez que en dichos lugares es viable que algún tercero cometa cualquiera de los delitos previstos por la ley, o los utilice como medio para su comisión, por lo que es recomendable que ante cualquier sospecha de delitos dentro de la propiedad de las empresas, se presente la denuncia ante las autoridades competentes, con la finalidad de evitar la aplicación de la acción de extinción de dominio.

Bibliografía

Legislación consultada

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

Convención Americana de los Derechos Humanos, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal, disponible en www.aldf.gob.mx/archivo-25f91950e0d8db5947822f3403995be7.pdf

Planeación del proyecto en el contrato de obra pública

Introducción

El contrato de obra pública es un tema relevante para la sociedad, pero poco conocido. Todos los días nos encontramos con actividades económicas relacionadas con el contrato de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas –contratación de personal, proveedores, administradores, arrendadores de equipo, de maquinaria pesada, de renta de inmuebles para oficinas, para alojamiento, para bodegas–, y como ciudadanos no prestamos atención a estas actividades, que tienen un efecto económico y social relevante en nuestra vida diaria.

En el último sexenio tanto en el Distrito Federal como en el Estado de México, entre otras entidades de la República, se realizaron grandes y trascendentes obras, de las que muchas veces nos quejamos por los problemas que nos causaron, al impedir el tránsito, además del caos vehicular provocado. En el Distrito Federal fue construido un segundo nivel sobre el Periférico, que abarca gran parte de la ciudad, lo que permite circular de manera rápida de Norte a Sur y viceversa, entre otras obras públicas.

En nuestro país, la mayor inversión del gobierno es en obras públicas, porque están asociadas a diversos proyectos de infraestructura, ya que su objeto es la construcción, ampliación o modificación de bienes inmuebles destinados directamente a la prestación de servicios de comunicaciones, transportes, hidráulico, medio ambiente, turístico, educación, salud y energético, tal y como lo señala la fracción VIII del artículo 2 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas.¹ Esto ejemplifica la importancia de esta industria en nuestro país y el mundo, ya que las actividades que la integran son tan grandes y diversas que permean la economía nacional y regional de cualquier país. En México, la industria de la construcción es la actividad que utiliza la mayor cantidad de mano de obra, sobre todo la obra pública, que ejerce recursos del Estado.

La obra pública es muy interesante desde el punto de vista técnico legal, pues tiene un efecto directo en la percepción y vida de las personas involucradas, así como por la comple-

¹ Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, art. 2 fracción VIII.

alidad de su planeación, ejecución, operación y mantenimiento, y por el marco legal que la rige, pero más importante aún cómo la regula y cómo debemos interactuar como profesionales del Derecho.

El sexenio pasado del gobierno federal pudo ser, en materia de obra pública, el mejor y más reconocido, pero las irregularidades en la planeación y ejecución de los trabajos de esas obras creadas con recursos públicos dejaron, desde mi punto de vista, una percepción negativa del gobierno en este rubro.

Sólo como referencia en este punto, en 2010 se festejaron los 100 años del inicio de la Revolución mexicana y 200 años de nuestra Independencia. Era la oportunidad del gobierno federal de planear y ejecutar obras públicas de relevancia, trascendencia y utilidad para todos los mexicanos, que dejaran un precedente de tal celebración. Se realizaron muchas obras importantes, como carreteras, puentes atirantados, puertos, hospitales, ciudades rurales. Sin embargo, la percepción del ciudadano común en todos los proyectos y los resultados de dichas obras, dejaron un mal sabor de boca, pues en la mayoría de los casos se tuvo que incrementar el presupuesto debido a la deficiente planeación del proyecto, lo que se estableció en el contrato respectivo en sus diferentes cláusulas y anexos, entre ellos el presupuesto y su catálogo de conceptos por construir, y como consecuencia, todos estos errores se reflejaron durante la etapa de ejecución del proyecto, es decir, durante su construcción y además se precisaron durante las fases de terminación de la obra, la entrega-recepción física de la obra y finalmente durante el cierre de obra.

En mi caso, me gusta recordar la construcción de una obra compleja, ordenada por el presidente Porfirio Díaz: el Palacio de Bellas Artes, cuya construcción abarcó dos épocas históricas de nuestro país: el régimen de Porfirio Díaz y la Revolución mexicana.

Desde mi punto de vista, sobre todo en lo que respecta a la materia de infraestructura y obras públicas, Porfirio Díaz fue uno de los mejores presidentes que ha tenido México, ya que a pesar de sus errores –grandes y pequeños– tuvo una visión a largo plazo. El Palacio de Bellas Artes es el mayor reflejo de la trascendencia e impacto que puede tener la ejecución de los recursos en obra pública. En la actualidad, celebramos, presumimos, valoramos y queremos esta construcción, porque es un símbolo de la ciudad de México y del país que enaltece los principios y valores de los mexicanos como grandes y valiosos. La construcción del Palacio de Bellas Artes tardó muchos años su terminación, pues se atravesó una revolución que duró más de seis años.

El contrato de obra pública es muy complejo en su elaboración y difícil de ejecutar, pero con una adecuada planeación y ejecución del proyecto, coordinando los esfuerzos de todas las disciplinas que integran los proyectos a realizar, el resultado siempre será positivo. La entidad pública federal, estatal o municipal cumplirá con el objetivo de ejecutar los recursos públicos de forma transparente, puntual y útil para el sector de la sociedad que verá reflejado ese trabajo, por ejemplo: los puentes, pasos a desnivel, carreteras, hospitales, termoeléctricas, presas, drenaje, plantas residuales, unidades habitacionales.

El objeto de este trabajo es aportar herramientas a los lectores que de alguna forma están involucrados en la planeación y ejecución de trabajos de obra pública, como pueden ser funcionarios públicos, contratistas, proveedores, supervisores, auditores y público en general interesado en el tema. Quienes de forma breve obtendrán información que les puede ser útil para la mejor aplicación de la normatividad técnica, administrativa y legal en la contratación y en el seguimiento de la ejecución de las obras públicas y los servicios relacionados con las mismas a fin de dar cumplimiento a los objetivos proyectados.

Para iniciar el tema es importante saber en primer lugar ¿qué es el contrato de obra pública?, para lo cual sólo señalaremos dos definiciones: la primera, contemplada en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, publicada el 4 de enero del año 2000, y última reforma el 9 de abril de 2012, que a la letra dice en el artículo 3º:

Para los efectos de esta Ley, se consideran obras públicas los trabajos que tengan por objeto construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles. Asimismo, quedan comprendidos dentro de las obras públicas los siguientes conceptos [...]²

El Contrato de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas es el acuerdo de voluntades celebrado entre las entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, órganos descentralizados, o cualquier persona moral de Derecho público que ejecute recursos públicos de manera separada o conjunta y uno o varios particulares denominados contratistas que se obligan de forma conjunta o separada con el objeto de construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y/o demoler bienes inmuebles a través de métodos de selección para su celebración.

Si el objetivo del contrato de obra pública es ejecutar recursos públicos para construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y/o demoler bienes inmuebles, **éste debe tener las bases de una adecuada planeación del proyecto y una ejecución respetuosa de dicha planeación**, así como una atenta y rápida respuesta a las situaciones imprevistas que seguramente se presentarán buscando siempre el cumplimiento de las cláusulas y anexos del contrato firmado, el cual logrará que las dependencias públicas y sus funcionarios alcancen los objetivos, esto es, cubrir la necesidad de un sector de la sociedad.

Fases de los proyectos

En los proyectos de ingeniería generalmente se tienen las siguientes fases:

- **Planeación.** Es una serie de razonamientos y actividades previas a la ejecución de un proyecto que ayudarán a lograr los objetivos del mismo.

² *Ibid.*, art. 3.

- **Ejecución.** Es llevar a cabo todas las actividades designadas en la planeación para materializar un proyecto.
- **Operación.** Es la utilización de una instalación de acuerdo con las funciones para la cual fue programada.
- **Mantenimiento.** Conservar en buen estado de uso una instalación hasta cumplir con su ciclo de vida útil o cambio de destino.

En este artículo se abordará la fase de **planeación** y su relación con las leyes aplicables a las obras públicas y los servicios relacionados con las mismas, contempladas desde la óptica de las empresas contratantes, y con el objetivo de dar cumplimiento a todas las obligaciones que éstas adquieren al momento de firmar un contrato para construir obras públicas o ejecutar servicios relacionados con las mismas, tema relevante para los abogados corporativos internos o externos, ingenieros y profesionales involucrados que trabajan o asesoran a las empresas constructoras dedicadas a la obra pública, una de las industrias más importantes en el país.

Para dar cumplimiento a las cláusulas y anexos de un contrato de obras públicas o de servicios relacionados con las mismas, es necesario que los abogados, ingenieros, arquitectos, financieros, economistas y cualquier otra persona involucrada en la obra pública tenga los conocimientos básicos de las diferentes fases y áreas que intervienen en el proceso, como lo son las áreas de ingeniería y de finanzas y, por supuesto, el área legal, para determinar las estrategias en el proceso, tomando en consideración que en la aplicación de los principios de la planeación no se garantiza el éxito del proyecto, pero no aplicarlos indudablemente conducirá al fracaso. Todo ello con el fin de que se tomen las mejores decisiones y de esa manera cumplir al 100% con los compromisos establecidos en las cláusulas del contrato y sus anexos.

Ahora bien, para llegar a la firma del contrato de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, se debe pasar por un proceso de **planeación del proyecto**, en términos del artículo 17 de la Ley de la materia.³ Las dependencias deberán cubrir los objetivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo y de los programas sectoriales, institucionales, regionales y especiales que correspondan, así como las previsiones contenidas en sus programas anuales, cubrir también las metas y previsiones de recursos establecidos en el Presupuesto de Egresos de la Federación o, en su caso, el presupuesto destinado a las contrataciones que los fideicomisos públicos no considerados entidades paraestatales prevean para el ejercicio correspondiente.

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas señala en su artículo 18, cuarto párrafo que:

Los contratos de servicios relacionados con las obras públicas sólo se podrán celebrar cuando las áreas responsables de su ejecución no dispongan cuantitativa o cualitativamente de los ele-

³ *Ibid.*, art. 17.

mentos, instalaciones y personal para llevarlos a cabo, lo cual deberá justificarse a través del dictamen que para tal efecto emita el titular del área responsable de los trabajos.⁴

Ahora bien, si la dependencia ya contempló la contratación de una empresa o varias empresas para la ejecución de los trabajos en términos del párrafo anterior, lo puede hacer a través de tres mecanismos que permitan celebrar el contrato, los cuales son la Licitación Pública, y a través de los procedimientos de excepción de la Licitación Pública que son, Invitación a Cuando Menos Tres Personas o Adjudicación Directa. Recordando que esto se hace hoy día utilizando los medios electrónicos como el Internet, que para efectos de este tipo de contrataciones se debe hacer a través del **CompraNet**, que:

Es el sistema electrónico de información pública gubernamental sobre obras públicas y servicios relacionados con las mismas, integrado entre otra información, por los programas anuales en la materia, de las dependencias y entidades; el registro único de contratistas; el padrón de testigos sociales; el registro de contratistas sancionados; las convocatorias a la licitación y sus modificaciones; las invitaciones a cuando menos tres personas; las actas de las juntas de aclaraciones, del acto de presentación y apertura de proposiciones y de fallo; los testimonios de los testigos sociales; los datos de los contratos y los convenios modificatorios; las adjudicaciones directas; las resoluciones de la instancia de inconformidad que hayan causado estado, y las notificaciones y avisos correspondientes. Dicho sistema será de consulta gratuita y constituirá un medio por el cual se desarrollarán procedimientos de contratación.⁵

Para llegar a este punto –firma de contrato– la dependencia deberá desarrollar la planeación del proyecto; el objetivo de la planeación señalado por el Manual Administrativo de Aplicación General en Materia de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas es:

Identificar los requerimientos y características de los proyectos de obras públicas que pretendan llevar a cabo, con base en las necesidades y objetivos a cumplir, para confirmar un programa de obras públicas y servicios relacionados con las mismas, factible de desarrollar de acuerdo a las prioridades y a la previsión de los recursos necesarios para realizarlos.⁶

Esto debe estar fundamentado en los artículos 17 y 21 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, así como por el artículo 16 del Reglamento de la propia ley.⁷

⁴ *Ibid.*, art. 18, párrafo cuarto.

⁵ *Ibid.*, art. 2 fracción II.

⁶ *Manual Administrativo de Aplicación General en Materia de Obras Públicas*, disponible en http://www.normateca.gob.mx/Archivos/50_D_2794_29-08-2011.pdf, p. 9.

⁷ Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas y su Reglamento, arts. 17 y 21.

Planeación

¿Qué es la planeación?

Es una serie de razonamientos y actividades previas a la ejecución de un proyecto que ayudarán a lograr los objetivos del mismo.

Luego entonces, la planeación que deberá hacer la dependencia contendrá por lo menos las siguientes etapas:

- a) Instrucción para iniciar el proyecto, analizando, identificando y priorizando con base en los objetivos de sus programas y presupuestos las necesidades de obras públicas o servicios relacionados con las mismas, considerando cuando corresponda los planes de desarrollo locales.
- b) Nombramiento del líder del proyecto.
- c) Integración de participantes.
- d) Plan general del proyecto.
- e) Definición de sistemas del proyecto.
- f) Definición de estudios por realizar.
- g) Proyecto arquitectónico.
- h) Desarrollo de ingenierías.
- i) Antepresupuesto.
- j) Presupuesto autorizado.
- k) Ruta crítica.
- l) Programas de ejecución.
- m) Sistemas de comunicaciones.

Lo anterior tendrá como resultado final el **proyecto ejecutivo**, que es el conjunto de planos y documentos que conforman los proyectos arquitectónicos y de ingeniería de una obra, el catálogo de conceptos, así como las descripciones e información suficiente para que ésta pueda llevarse a cabo, en términos de lo dispuesto por el artículo 2 de Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.⁸ De los planos y documentos del proyecto ejecutivo se obtienen los anexos que formarán parte integral del contrato (escrituras constitutivas, escrituras que contengan las facultades de los representantes legales y apoderados, nombramientos de las autoridades y sus facultades, proyectos, presupuestos, planos, especificaciones técnicas, catálogo de conceptos, garantías, seguridad social, ruta crítica, escrituras liberadas de los predios donde se llevará a cabo la obra, permisos y licencias, derechos de bancos de materiales, etc.).

⁸ *Ibid.*, art. 2.

Estos anexos nos señalan cómo debemos cumplir con la construcción de la obra pública contratada o bien con el servicio relacionado con obras públicas, además de dar cumplimiento a todas las leyes y reglamentos que tengan relación con los mismos, aspectos que no sólo deben conocer los ingenieros, sino los abogados, quienes, de manera preventiva, podrán aportar sus conocimientos e ideas para lograr el objetivo. Con toda la información anterior se puede llevar a cabo **la fase de licitación del proyecto** a través de cualquiera de los procedimientos administrativos establecidos, ya mencionados, y posteriormente llegar a la firma del contrato de obra pública, con lo cual se daría cumplimiento a la etapa de planeación del proyecto de obra pública.

De todos estos aspectos, se deriva la importancia de conocer la relación que existe entre las disciplinas que intervienen en el desarrollo de estos proyectos de obra pública. Esto no es sólo tarea de los ingenieros y técnicos, es también tarea y obligación de los abogados, quienes deben interrelacionarse con esas otras disciplinas para entender el negocio. Desde mi punto de vista, el trabajo del abogado corporativo es comprender el negocio del que se trata, saber qué y cómo se está fabricando el producto, la comercialización del mismo, qué busca el empresario. En el contrato de obra pública se establecen los objetivos que desean alcanzar las dependencias que convocan para la ejecución de los trabajos. Para lograrlo, nosotros sugerimos que todos deben entender el procedimiento de planeación para lograr el objetivo, es razón por la cual se propone este trabajo.

En la planeación de los proyectos de obra pública y servicios relacionados con las mismas existen insumos que debemos conocer y entender y no sólo la dependencia, como pueden ser el Plan Nacional de Desarrollo, fuentes de financiamiento, estudios o proyectos previamente realizados, licencias y permisos, tenencia de la tierra, derechos de vía, normas aplicables para cada caso.

Por su parte, el abogado debe estar pendiente de que se cumpla con la norma para prevenir posibles contingencias, y ser cuidadoso de la elaboración del contrato y sus anexos. En este tipo de contrato, los anexos son el *quid* del negocio, pues dichos anexos contienen el cómo, cuándo, por qué y para qué de la obra, su desconocimiento necesariamente causará el incumplimiento y como consecuencia las sanciones respectivas. El abogado debe conocer toda su integración y cómo se llegó a ésta a través de la planeación.

La naturaleza del contrato de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas es administrativa, pues la Administración Pública no se coloca en un plano de igualdad con su contratista, se causan cláusulas exorbitantes que permiten a la dependencia contratante ejercer ciertas facultades que le otorgan para constreñir al contratista de forma más eficaz, como puede ser la rescisión administrativa del contrato por el incumplimiento de las obligaciones de éste; por ejemplo, cuando por causas imputables, el contratista no inicie los trabajos en el término establecido sin causa justificada, suspenda las obras sin justificación, incumpla el programa de ejecución por falta de materiales, trabajadores, o equipo de construcción, en términos de los supuestos señalados en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados

con las Mismas y su Reglamento, sin dejar de observar que supletoriamente puede aplicarse el Derecho civil en la solución de controversias si las partes así lo acordaron.⁹

Es con la ayuda del abogado corporativo como la administración de obra podrá disminuir los riesgos para la empresa, planeando, organizando, dirigiendo y controlando, en este caso la ejecución de la obra pública.

¿Qué leyes son aplicables?

Algunas de las leyes y otras normas que tienen relación con las obras públicas y servicios relacionados con las mismas, son las siguientes: Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y su Reglamento, Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Pública, Ley Federal del Procedimiento Administrativo, Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, Ley Federal de Derechos, etc. Existen cerca de 28 leyes relacionadas con el contrato de Obras Públicas; cerca de 14 reglamentos y, por supuesto, decretos, acuerdos, lineamientos internos de las dependencias, todos éstos los debe conocer por lo menos el abogado de la empresa.

¿Qué problemas se presentan al no cumplir con las leyes y normas aplicables al contrato durante la planeación de las obras públicas?

La obra pública inicia con la necesidad de las dependencias públicas para ejecutar un presupuesto con base en las obras proyectadas y no contar con los recursos humanos y materiales propios para ejecutarla. Las entidades públicas que ejecutan obra pública por sí mismas, cuentan con departamentos de diseño y planeación, o de lo contrario pueden invitar o licitar para que los contratistas intervengan en el diseño y planeación.

Los errores o carencias en la etapa de planeación de un proyecto se reflejarán indiscutiblemente en la etapa de ejecución de las obras públicas. El conocimiento de la planeación del proyecto en el contrato de obra pública permitirá en primer lugar ejecutar los recursos públicos de forma eficaz, y no incurran en sanciones de carácter administrativo, económico y penal ni el servidor público ni el contratista.

Un ejemplo de sanción para el servidor público es la consecuencia de suscribir y autorizar las estimaciones para trámite de pago por un monto de dinero, sin que los trabajos estuvieran totalmente terminados, como lo establece el artículo 45, fracción II, de la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas, para la condición de los contratos de obra pública a precio alzado.¹⁰

⁹ *Ibid.*, art. 52.

¹⁰ *Ibid.*, art. 45.

En el caso del contratista, un ejemplo puede ser cuando incurre con dolo, mala fe o descuido en un error aritmético o de cálculo para la autorización del pago en exceso por parte del residente de obra, debido a las estimaciones que haya revisado la empresa supervisora de la obra. Hay que recordar que el contratista se obliga conjunta, solidaria y mancomunadamente con la empresa supervisora de la obra a reintegrar las cantidades pagadas en exceso y que el contratista haya recibido, de conformidad y con fundamento en los artículos 115 y 116 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria,¹¹ así como en lo establecido por los artículos 1984, 1987, 1988, 1989, 1997, 2002 y 2006 del Código Civil Federal,¹² de aplicación supletoria por disposición expresa del artículo 13 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas,¹³ más los gastos financieros que se generen, conforme a una tasa que será igual a la establecida por la Ley de Ingresos de la Federación, en los casos de prórroga para el pago de créditos fiscales.

Los cargos se calcularán sobre las cantidades pagadas en exceso en cada caso y se computarán por días naturales, desde la fecha del pago y hasta la fecha en que se pongan efectivamente las cantidades a disposición de la dependencia.

Por lo anterior, el contratista está obligado a devolver las cantidades pagadas en exceso, más los gastos financieros que se generen dentro de los 20 (veinte) días naturales, contados a partir del día siguiente de aquél en que haya recibido el pago en exceso por parte de la dependencia, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 54 y 55 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.¹⁴

Como podemos observar, las leyes involucradas son muchas y todas tienen una correlación directa con la ejecución de los trabajos, el incumplimiento de estas disposiciones traerá para la empresa repercusiones, en primer lugar, de carácter económico, administrativo y, finalmente, de carácter penal para los profesionistas que pudieran intervenir en el proceso. Es por esto que el abogado debe estar al pendiente de todas las obligaciones contraídas en el contrato, pero entendiendo la operación del negocio o trabajo, no solo debe saber leer el contrato, sino saber cómo se llegó a él –planeación– y cómo se ejecutará el mismo, pues de eso depende el éxito del proyecto.

Agotado el procedimiento de planeación con el proceso de la licitación y firma del contrato de obra pública, como lo señala el doctor Daniel Ramos Torres, en el libro *El contrato de obra pública*:

La licitación no es ni contrato, ni acto. Es un procedimiento administrativo que se rige por una Ley que se autodefine como de orden público y consta de una serie de actos reglados concate-

¹¹ Arts. 115 y 116, Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

¹² Código Civil Federal, arts. 1984, 1987, 1988, 1989, 1997, 2002, 2006.

¹³ Art. 13, Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

¹⁴ *Ibid.*, arts. 54 y 55.

nados de tracto sucesivo, que tienen que ver con la formación del vínculo jurídico; con la forma de escoger a la persona con la cual la Administración Pública celebra el Contrato.¹⁵

Finalmente, si partimos de la premisa de que el Derecho corporativo nos indica el marco legal bajo el cual la empresa desarrollará su actividad —obra pública— ilustrándola para saber qué puede hacer y cómo debe hacerlo. Luego entonces, el conocimiento de la planeación para un proyecto de obra pública permitirá su cumplimiento y ejecución dentro del marco legal, obteniendo los resultados deseados.

Bibliografía

Código Civil Federal.

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria

Manual Administrativo de Aplicación General en Materia de Obras Públicas. Recuperado el 12 de enero de 2015 en: http://www.normateca.gob.mx/Archivos/50_D_2794_29-08-2011.pdf

Ramos Torres, Daniel, *El contrato de obra pública y el contrato de servicios relacionados con las obras públicas*, México, PACJ, 2008.

¹⁵ Daniel RAMOS TORRES, *El contrato de obra pública y el contrato de servicios relacionados con las obras públicas*, México, PACJ, 2008, p. 28.

La toma de decisiones de financiamiento de las empresas familiares a través de las Sofomes

Empresa familiar

En México, el concepto familia va más allá de un grupo de personas que tienen en común vínculos de afinidad y consanguinidad; es la institución social más importante, de la cual se forman otras con mayor complejidad, ya que es el elemento fundamental que rige la personalidad del individuo y hasta se podría decir, que su forma de vida.

La familia tiene derecho a recibir protección de la sociedad y del Estado, pues se considera variable importante para el desarrollo de un país, como lo es la economía con la creación de empresas para el fomento de empleos, a razón que la familia tiene una estrecha relación con las empresas.

El mundo de la empresa familiar es mucho más complejo de lo que nos podemos imaginar, ya que si no existe una verdadera división del negocio y la familia, lo cual no es fácil, puede conllevar a una crisis que impida el objetivo final: la consolidación de la empresa familiar.

La planeación estratégica debe llevarse a cabo preferentemente en momentos de interés y de oportunidad, mediante una guía, si es posible, de esquemas probados y estudios que combinen diferentes factores internos como externos, para llevarse a cabo en momentos de crisis, crecimiento o estabilidad, y así lograr crear una interacción adecuada gracias a diversos elementos como la comunicación, profesionalización y visión para la prosperidad de la empresa.

Definiremos a la empresa familiar como aquel negocio cuya propiedad pertenece en su totalidad o en su mayoría a miembros de una sola familia junto con la administración y dirección de la misma. Es importante señalar que el concepto “familiar” se extiende más allá de los lazos consanguíneos y afinidad, como ya lo señalamos inicialmente.

Según los últimos censos económicos realizados a las empresas mexicanas, más del 90% de las mismas cuentan con estructuras accionarias familiares. Lo que nos deja ver que la mayoría de las fuentes de empleos lo tienen las empresas familiares.

Características de la empresa familiar

Podemos diferenciar a las empresas familiares de los otros negocios que no lo son por los siguientes elementos:

- a) la propiedad del negocio surge de una familia;
- b) los cargos distintivos e importantes son ocupados por los mismos miembros de la familia; y
- c) el sobre interés y voluntad por los mismos miembros de la familia de crecimiento y expansión en la empresa, debido primordialmente a la incorporación de la segunda generación de los miembros de la familia a la empresa.

Los retos de la empresa familiar

La mayoría de la gente suele pensar que llevar una empresa familiar sólo consiste en saber dividir a la familia y el negocio, pero no es así, implica mayores retos que una simple división.

Según estudios realizados, los principales retos que debe atravesar una empresa familiar son los siguientes:

1. Sistema de creencias negocio-familiar: existe un sistema predeterminado por la propia familia, el cual se conforma por un conjunto de reglas, valores y estructuras que se traducen en una serie de obligaciones que día a día deben cumplirse en el mundo familiar y en el de los negocios.

Esto confiere a desarrollar lo siguiente:

- a) *Entendimiento*. Determinar una vía de comunicación efectiva, ya que existe la enorme posibilidad de que los problemas que se pueden presentar en el seno familiar se trasladan a su vez a las propias empresas.

En virtud de lo anterior, es indispensable establecer estos conductos de entendimiento y llevarlos a cabo para evitar que **la efectividad sea sacrificada por la afectividad**; es decir, que al contar con un par de miembros de la familia en puestos directivos y que diariamente deban convivir y tomar decisiones de importancia para que la empresa pueda permear la vida familiar en ellas, sin lograr la objetividad deseada, es decir, no separar los problemas familiares de los problemas que puede presentar la empresa.

2. Continuidad generacional: esto sucede en el momento en que decide el fundador o empresario dejar el negocio por cualquier razón, ya sea por cuestiones de edad, salud o por

así convenir a sus intereses a la siguiente generación. Este escenario es trascendental, ya que implica un proceso de incorporación de un nuevo socio, que puede ser éste miembro de la familia o no.

Obviamente, cada supuesto conlleva un proceso diferente, ya que el miembro de la familia en la etapa de preparación debe conocer el sistema del punto uno, antes mencionado.

Sin embargo, en el caso de que un nuevo miembro de la empresa no sea familiar, es crucial colocarlo en un proceso de incorporación, ya que regularmente los fondos privados pueden tener una visión o intereses diferentes a los que se tienen en el seno de la organización familiar. Más radical se vuelve esta situación cuando la generación siguiente no cuenta con las capacidades suficientes para administrar el negocio.

3. Profesionalización: lamentablemente no siempre en las empresas familiares existe la preparación adecuada por parte de los miembros de la familia, por lo que pueden surgir los siguientes escenarios:

- a) *Empresa “cuna familiar”*. **Considerar a la empresa como una fuente de trabajo inagotable para la familia; es decir, un tipo de casa hogar**, ya que algunas empresas parecen tener como objetivo mantener cada vez a más miembros de la familia sin importar las aportaciones reales que éstos hacen a ella.

- b) *Carencia de indicadores*.

- **Clave de desempeño**. El miembro de la familia que ejerce un puesto directivo o gerencial no está sujeto a parámetros claros y objetivos de rendimiento y por tanto no existe una medida de resultados requeridos por la empresa.¹
- **Competencias**. Generalmente los miembros de la familia no cuentan con un entrenamiento formal para ser empresarios, es decir, no poseen estudios especializados, por lo que es muy común que la empresa se dirija desde el área de producción o por ideas infundadas.

- c) *Falta de seguimiento a metas y compromisos*. Es muy común que en la empresa familiar no exista quién le exija resultados al puesto de director de la empresa, pues normalmente este último también es el dueño de la misma (nótese que en una empresa el dueño y el director son roles distintos con derechos y obligaciones diferentes).²

4. Permanente innovación: con el tiempo logran profesionalizar los puestos, incluyendo personas que no pertenecen al **grupo familiar** en altos y medianos mandos. Otras cla-

¹ Claves del éxito y fracaso en las empresas familiares, consultado el 29 de noviembre de 2012, disponible en: <http://goo.gl/iYL0nk>

² *Idem*.

ves consisten en conseguir los recursos necesarios para crecer, lograr una sucesión efectiva y establecer claramente los beneficios de cada heredero, evitando luchas de poder.

Factor de éxito en la toma de decisiones

La toma de decisiones es crucial para que una empresa familiar sea exitosa o fracase al desear acceder al financiamiento. En virtud de lo anterior, es indispensable considerar lo siguiente:

1. Planificación a largo plazo.
2. La agilidad y flexibilidad mediante la concentración de la propiedad.
3. Estabilidad de los principios básicos y sistema establecido por la familia y para el negocio.
4. Responsabilidad social.
5. Alta calidad del servicio y bienes producidos.
6. Políticas de recursos humanos personalizadas.

Estas ideas pueden materializarse de una manera más fácil con la ayuda de expertos, por ejemplo mediante el *coaching*.

El *coaching* el día de hoy es considerado una ventaja muy competitiva para las empresas familiares, puesto que la labor primordial de un *coach* de negocios es convertir a la empresa familiar en una empresa institucional; es decir, transformarla en una empresa que domina todas las habilidades y destrezas que necesita para crecer con sustentabilidad.

El dominio del que se menciona en el párrafo anterior se puede dividir en cinco áreas:

1. Destino: es determinar a dónde se quiere ir, es decir, se definen cuáles son las metas primordiales y diferenciar cuáles son los factores clave para lograrlo.
2. Tiempo: es el activo más importante de cualquier empresa y de cualquier persona. Si se tiene dominio sobre este, se puede conseguir la rentabilidad y la productividad requerida para la empresa.
3. Servicio al cliente: es el factor que determina el crecimiento de toda empresa, ya que un cliente satisfecho convierte en exitosa a una empresa.
4. Indicadores clave de desempeño: ayuda a determinar lo que cada puesto directivo debe realizar para la empresa, con lo que se permite maximizar la efectividad de cada cargo y así crear certidumbre en las funciones que ejerce el miembro de la familia, consecuentemente, éste sabe lo que se espera de su desempeño.
5. Dinero: cada área de dominio es importante, y lograr la armonía entre estas implica tener mayores utilidades. Es elemental establecer estrategias que se puedan llevar a cabo para generar utilidades.

Otra tarea importante para el *coach* de negocios dentro de una empresa familiar consiste en ser el mediador entre los miembros de la familia aportando objetividad, credibilidad, control y experiencia.

Generalmente, una decisión que requiere estos elementos es la del financiamiento, pues no se desea perder el control, ni realizar modificaciones que impliquen gastos y movimientos no deseados ni esperados en la estructura de la empresa.

Financiamiento

El capital es fundamental para cualquier negocio, pero la empresa debe dedicarle tiempo al desarrollo, y arriesgar por un sector económico que tenga un impacto mínimo en el medio ambiente, poca competencia, costos competitivos y grandes ganancias, así como propuestas de valor para que tenga la posibilidad de ser parte de la economía de este país.

Las principales fuentes de financiamientos que la empresa familiar puede utilizar de acuerdo con sus necesidades y situación en la que se encuentre, son las siguientes:

1. **FFF (Friends Family and Fools):** primera fuente de financiamiento. Este capital se usa para la constitución de la empresa.
2. **Fondos gubernamentales:** estos instrumentos se utilizan para generar modelos de negocio y desarrollo del proyecto, es decir, cuando éste se encuentra más avanzado que una simple idea.
3. **Capital semilla:** se define como la cantidad de dinero necesaria para implementar una empresa y financiar actividades clave en el proceso de su iniciación y puesta en marcha de un proyecto.
4. **Inversionistas ángeles:** las aportaciones de este tipo se dan generalmente para las empresas que ya están funcionando, y que por su alto contenido innovador o desarrollo potencial atraen créditos.
5. **Capital de riesgo:** también se conoce como *venture capital*, y se utiliza cuando la empresa tiene cierto nivel de desarrollo, pues es un fondo que invierte mayores cantidades.
6. **Private equity:** éste es un fondo para empresas muy grandes y se utiliza generalmente para expansión importante del negocio o para la internacionalización. El *private equity* aporta capital a cambio de acciones que la empresa otorga, y además contribuye con recursos no monetarios, como contactos, mejores prácticas, administración profesionalizada, institucionalidad, transparencia, entre otros. Su participación en el negocio es temporal.
7. **Financiamientos bancarios:** en los que las empresas pueden acudir para capital de trabajo o para tener flujo en la operación diaria del negocio.

Además de la banca comercial existen las Sofomes (Sociedades Financieras de Objeto Múltiple), que pueden ayudar a las empresas, así como firmas dedicadas al factoraje financiero³.

Sofom: una alternativa para el financiamiento

Concepto y actividades que realizan

Primeramente definiremos lo que es una Sofom, su acrónimo significa Sociedad Financiera de Objeto Múltiple.

Según la actual Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (LGOYAAC) en su capítulo II (De la realización habitual y profesional de operaciones de crédito, arrendamiento financiero y factoraje financiero), describe a las Sofomes como sociedades anónimas que, en sus estatutos sociales, contemplen expresamente como objeto social principal la realización habitual y profesional de brindar créditos y financiamientos de diversos tipos, como:

1. Crédito: actividad financiera más común. Se caracteriza por materializarse a través de un contrato, por el cual un sujeto llamado acreditante se obliga a poner a disposición de otro llamado acreditado, una determinada cantidad de dinero; y por su parte, el acreditado se obliga a restituir ese dinero en el término pactado.

El dinero que se otorga por medio del crédito puede utilizarse de diversas maneras para implantar un nuevo proyecto según las diferentes necesidades del empresario, por ejemplo la compra de activos fijos, capital de trabajo, equipo, inmuebles, maquinaria, reestructuración de pasivos.

2. Arrendamiento financiero: actividad financiera que se otorga a través de un contrato en el que el arrendador traspaşa el derecho a usar un bien a un arrendatario, a cambio del pago de rentas durante un plazo determinado, al término del cual el arrendatario tiene la opción de comprar el bien arrendado pagando un precio determinado, devolverlo o renovar el contrato.

Dicho contrato posee una característica principal, que consiste en las condiciones económicas que lo conforman, permite transferir sustancialmente todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo objeto del arrendamiento.

3. Factoraje financiero: actividad financiera en la que mediante contrato que celebre la empresa de factoraje financiero con sus clientes, personas morales o personas físicas que realicen actividades empresariales, la primera adquiera de los segundos derechos de crédito relacionados a proveeduría de bienes, de servicios o de ambos, pactados en moneda nacional o extranjera, independientemente de la fecha y la forma en que se pague.

³ Los 7 financiamientos para PYMES, consultado el 29 de noviembre 2012, disponible en: <http://goo.gl/h6gEYN>

Las empresas eligen esta actividad financiera como alternativa para disponer anticipadamente de las cuentas por cobrar, ya que el cliente no recibirá el importe total de los documentos cedidos, toda vez que la empresa de factoraje cobrará un porcentaje por la prestación del servicio.

Clasificación de las Sofomes

Las Sofomes no están limitadas a otorgar financiamiento para un sector específico, sino que cada una se especializa en diferentes tipos de crédito. Según la ley LGOYAAC las Sofomes se dividen en dos:

1. Sociedades financieras de objeto múltiple entidad regulada (Sofom E.R.).
2. Sociedades financieras de objeto múltiple entidad no regulada (Sofom E.N.R.)

Esta división no impone ninguna diferencia, en ambos casos están reguladas por la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de las Instituciones Financieras (Condusef).

Las Sofomes obtienen fondos monetarios generalmente de instituciones gubernamentales que las apoyan para promover el desarrollo de la economía en el país y otras tantas veces de las bancas múltiples.

Algunas de las ventajas que se tienen por contratar crédito con una Sofom son las siguientes:

- a) Cubren la necesidad de financiamiento a corto, mediano y largo plazo.
- b) Dan crédito a personas que por lo general no cuentan con acceso a la banca comercial. Los bancos en ocasiones no pueden ser la opción para todas las empresas familiares, ya que dependen de las condiciones en la que se encuentre la empresa como su crecimiento, estabilidad, qué es lo que se desea hacer con dicho crédito (desarrollo, posicionamiento), aunque las obligaciones de dicho otorgamiento del crédito en ocasiones implican la pérdida del control del negocio, el estilo de gestión, entre otros.
- c) Cuentan con atención especializada. Regularmente se especializan por sectores o regiones, lo que les permite atender de manera eficaz y directa a las personas que se encuentren dentro del ramo.
- d) Ofrecen precios competitivos por los servicios que prestan. Puede que estas sociedades no siempre sean la opción más barata, pero generalmente ofrecen opciones financieras relativamente amigables, como tasas de interés, plazos, comisiones y demás condiciones.

Conclusión

En una economía cada vez más exigente y difícil de sobrellevar, las empresas familiares han demostrado ser el elemento más importante y significativo para el mercado mexicano, por

convertirse en uno de los principales motores de la economía, ya que sin duda representan más del 90% de las empresas en México.

Existen diversas características a las que se expone una organización familiar al sujetar a su empresa a diferentes tipos de procesos, pero lo que es fundamental comprender que constantemente debe existir el valor de mejora y preparación para evitar errores por culpa de la improvisación.

Informarse, pedir ayuda de los expertos y dejar orientarse de manera objetiva para tener un crecimiento total bajo el establecimiento de reglas claras y condiciones de control adecuadas, permitirá hacer llegar los recursos necesarios a la organización sin la desventaja de perder el control y la visión de los ideales familiares, dicha combinación se logra al institucionalizar la empresa familiar convirtiéndola en un verdadero negocio de éxito.

Fuentes electrónicas

Claves del éxito y fracaso en las empresas familiares, consultado el 29 de noviembre de 2012, disponible en:

<http://goo.gl/iYL0nk>

Los 7 financiamientos para PYMES, consultado el 29 de diciembre de 2012, disponible en <http://goo.gl/h6gEYN>

El contrato de transferencia de tecnología

Introducción

La Segunda Guerra Mundial culminó con los Acuerdos de Bretton Woods, en los que se fijaron las reglas de las relaciones comerciales y financieras entre los países más industrializados del mundo. Además, se decidió la creación del Banco Mundial (BM), del Fondo Monetario Internacional (FMI) y el uso del dólar como moneda comercial.

La política comercial también se estableció en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés),¹ ahora Organización Mundial del Comercio (OMC).

De 1940 a 1970 en nuestro país,² el Producto Interno Bruto (PIB) creció a un ritmo superior a 6%, se redujeron las importaciones sobre la base de que se debía consumir únicamente lo que se produjera en el país; era común leer en motores, radios, televisores, compresoras y hasta en lápices la leyenda “Hecho en México”.

Se critica mucho la calidad de estos productos, como el hecho de que el gobierno era muy proteccionista con las empresas nacionales, lo cual, se dice, evitaba que éstas fueran más eficientes y que pudieran competir con sus similares en el extranjero. Desde mi punto de vista se estaba actuando muy bien, ¿acaso no fue de esta misma forma como empezaron Japón, Estados Unidos y la propia China?

Lo que se debió de haber hecho fue desarrollar más este modelo mexicano, generar más empresarios, fabricantes, emprendedores nacionales, darles el mercado interno para que se capitalizaran y perfeccionaran su calidad. Sólo después de esto, abrir la economía para exportar nuestros productos en los que los productores nacionales fueran más competitivos.

Hoy en día y a raíz de la gran depresión de 1929, los países industrializados son quienes más defienden su mercado interno, además de que subsidian muchos de los productos agrícolas y tecnológicos que se consumen en nuestro país.

¹ México se incorporó al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y de Comercio en 1986.

² A este periodo de nuestra historia se le conoce como el milagro mexicano.

En lugar de seguir fomentando la creación de empresas, el gobierno mexicano las vendió —algo que debió de ser bueno, sin embargo estos negocios no se otorgaron a gente cualificada³ ni sirvió para producir el ascenso social—, se alegó que fomentarlas no era una prioridad del Estado, y que además tales empresas habían contribuido a endeudar al país.

La deuda pública mexicana en los años setenta del siglo pasado ascendía a 7 mil millones de dólares, en la actualidad rebasa los 300 mil.

Se dejó de ser un país soberano en alimentos y productor de tecnología, el financiamiento a las pequeñas empresas prácticamente desapareció, se suscribieron de forma desmesurada acuerdos de libre comercio, lo anterior pronto ocasionó que desaparecieran los fabricantes, pues no pudieron competir con sus similares extranjeros. En la actualidad se cuenta con un déficit en la balanza comercial, pues México importa tecnología muy cara y exporta materia prima económica.

El problema del endeudamiento y la posible mora de México coinciden con la adhesión al GATT, así como el inicio de la política económica neoliberal y la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Derivado de estos hechos muchas leyes mexicanas fueron modificadas.

La adaptación fue lenta, generó una nueva forma de hacer negocios, distribuidores, franquiciatarios y maquiladores, han contribuido a mantener el empleo formal y un crecimiento apenas perceptible.

En las ferias internacionales⁴ es triste ver el papel que juega nuestro país. Los *stands*, propiedad de fabricantes mexicanos, brillan por su ausencia.

México no sólo acató lo establecido en los acuerdos internacionales, sino que se ha dado una mayor protección a la propiedad intelectual, por ejemplo, respecto a la vigencia de los derechos patrimoniales en los derechos de autor.

No obstante lo anterior, aún existen muchas lagunas en la legislación mexicana al respecto, así como en los contratos de transferencia de tecnología.

¿Qué sucede entonces en la práctica? Pues que muchos contratos son de adhesión, ya que las partes que los celebran guardan entre sí una relación de desigualdad, en aspectos técnicos y económicos.

Con la enorme protección que se ha dado, también se ha desalentado el desarrollo o la utilización de tecnología que podría haber caído en el dominio público.

Hoy en día vivimos una gran recesión económica. España, por ejemplo, señala como un origen de este caos su dependencia a la tecnología extranjera, y sugiere volver a apoyar el desarrollo tecnológico.

³ El término se emplea mucho en los países europeos para referirse al personal especialmente preparado para una tarea determinada. Por ejemplo, en Alemania existen universidades de ciencias aplicadas, un programa que está básicamente orientado a la práctica, ya que los estudiantes mezclan horas en el aula y en las empresas, con la ventaja de decidir si se quedan a laborar en ellas.

⁴ En ellas se exponen las nuevas tecnologías y productos que habrán de ser vendidos en todo el mundo.

Sobre la base de la libertad contractual y de que México es un país predominantemente receptor de tecnología, se estudian en este trabajo, ciertos aspectos que son muy importantes a fin de obtener beneficios cuando se negocia un contrato de transferencia de tecnología.

En ocasiones el poder del transmisor es tan grande que desea imponer no negociar,⁵ en este caso también es útil conocer las disposiciones jurídicas, con el fin de ejercitar nuestro derecho de libertad de contratación.

Es de vital importancia que nuestro país empiece a invertir en mejor educación, en una cultura emprendedora, en universidades tecnológicas aplicadas y que se apoye con financiamiento a los generadores de tecnología.

Por último, es importante que se deje de satanizar a las compañías privadas, pues sólo ellas pueden cambiar la situación económica de millones de mexicanos. Deseo reconocer de forma pública a la Universidad Anáhuac por mantener actualizados sus planes de estudio y apoyar a las empresas.

Disposiciones importantes contempladas en la Ley de Invenciones y Marcas, y en la Ley de Transferencia de Tecnología

El Estado se preocupaba por garantizar ciertos derechos, que favorecían a los receptores, con lo cual se pretendía impulsar el desarrollo de la industria nacional.

La Ley de Invenciones y Marcas (LIM), publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 10 de febrero de 1976, cuidaba que el precio pagado por una transferencia no fuera excesivo:

No eran patentables: los alimentos o bebidas para consumo humano y animal, las invenciones relacionadas con la energía nuclear, los productos químicos-farmacéuticos, los medicamentos en general, los fertilizantes y los plaguicidas.⁶

La Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas (LCRITT), se promulgó el 11 de enero de 1982, así se estableció la obligación de inscribir los siguientes contratos en un registro nacional: la concesión de uso, explotación o cesión de marcas, patentes, modelos o dibujos industriales; la transmisión de conocimientos técnicos, la asistencia técnica, servicios de operación o administración de empresas, servicios de asesoría, concesión de derechos de autor y los programas de cómputo.

La LCRITT castigaba con pena de nulidad la no inscripción del contrato, además señalaba que no podría en consecuencia hacerse valer ante ninguna autoridad o tribunal nacional. Era la autoridad la que resolvía sobre la procedencia o improcedencia de una inscripción.

⁵ Esto ha generado que muchos modelos de negocio fracasen.

⁶ Cfr. Artículo 10, de la Ley de Invenciones y Marcas, *Legislación sobre Propiedad Industrial, Transferencia de Tecnología e Inversiones Extranjeras*, 15ª ed., México, Porrúa, 1990, pp. 10-12.

De esta forma, quedaba garantizado que el gobierno tendría acceso a los acuerdos de transferencia de tecnología y podría negar la inscripción en los siguientes supuestos: cuando la contraprestación no guardaba relación con la tecnología adquirida;⁷ cuando se establecieran términos excesivos de vigencia; cuando las partes se sometían a jurisdicción extranjera para resolver un conflicto; cuando se obligara al receptor a adquirir equipos, herramientas, partes o materias primas, exclusivamente de un origen determinado, existiendo otras alternativas de consumos en el mercado nacional o internacional.⁸

En la LIM se señalaba que los avisos comerciales sólo podían tener una vigencia de 10 años, vencido este plazo caerían en el dominio público.

También se regulaba la figura del certificado de invención, los requisitos exigidos para la obtención, eran prácticamente los mismos que para una patente, los efectos de este registro eran de 14 años. Este se diferenciaba de la patente en la facultad que tenía cualquier persona de explotar una invención materia de registro, mediante el acuerdo con el titular de dicho certificado. Se trataba de un caso en donde si bien no se permite el uso exclusivo de la patente, sí daba derecho a exigir por su titularidad el pago de regalías. Estos certificados se concedían en dos casos específicos: en los procedimientos para la obtención de bebidas y alimentos para consumo humano y en ciertos procedimientos para la obtención de algunos productos como fármacos, químicos, medicamentos, alimentos y bebidas para consumo animal, fertilizantes, plaguicidas, herbicidas y fungicidas.⁹

Con respecto a los secretos industriales, la LCRTT señalaba que no se otorgaría la inscripción de un contrato si se obligaba al adquirente a guardar en secreto la información técnica suministrada por el proveedor más allá de los términos de vigencia del contrato.

Finalmente, el 27 de junio de 1991, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial (ahora Ley de la Propiedad Industrial) que en su artículo 2 transitorio, preveía la abrogación tanto de la LIM como de la LCRTT.¹⁰

Derivado de la anterior abrogación, los contratos de transferencia de tecnología quedaron regidos por la voluntad de las partes, las cuales deben respetar las reglas legales referentes a los contratos.

⁷ Hoy en día, en plena globalización, países como Argentina establecen en sus leyes que esta contraprestación no debe de ser mayor de 5% de las ventas al público que realice el receptor de la tecnología.

⁸ Cfr. Arts. 11, 15 y 16, de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, *Legislación sobre Propiedad Industrial, Transferencia de Tecnología e Inversiones Extranjeras*, 15ª ed., México, Porrúa, 1990, pp. 312-314.

⁹ Cfr. Fernando SERRANO MIGALLÓN, *La Propiedad Industrial en México*, 2ª ed., México, Porrúa, 1995, pp. 9-10.

¹⁰ Alejandra TORRES DE LA TORRE, *El contrato de franquicia en el Derecho mexicano*, 2ª ed., México, Porrúa, 2006, p. 28.

Contrato de transferencia de tecnología

En el momento que una empresa tiene interés en fabricar un producto, ensamblar, capacitar a su personal u otorgar un servicio y no puede hacerlo por sí sola, se dice que está interesada en que le transfieran tecnología.

La tecnología puede revestir diferentes formas: asistencia técnica para realizar un proceso patentado, secretos industriales, autorización para utilizar una patente o marca, nombres o avisos comerciales y derechos de autor.

El contrato de transferencia de tecnología es un acuerdo de voluntades por medio del cual una de las partes denominada proveedora se compromete a transferir un conjunto de derechos de propiedad inmaterial,¹¹ y la otra parte llamada receptora, se obliga a pagar por esta transacción un precio.

Como lo hemos señalado, los bienes que se transfieren tienen una naturaleza especial, ya que son incorpóreos o intangibles como lo es el conocimiento; *éste*, a pesar de que se tenga que poner en diseños, planos, videos, o algún otro medio material para ser comunicado, sigue siendo intangible en estricto sentido.

Contratos de cesión y licencia

En la práctica mexicana la forma en que se suele transferir la tecnología es a través de dos tipos de contratos atípicos: cesión y licencia.¹²

El contrato de cesión es un acuerdo de voluntades atípico, bilateral, generalmente oneroso, de tracto sucesivo, por medio del cual el cedente, titular de un bien inmaterial, transfiere de forma total éste. Por tal motivo, el receptor o cesionario pasa a tener todos los derechos y obligaciones del cedente.

La licencia es un acuerdo de voluntades bilateral, por medio del cual el licenciante titular de un bien inmaterial autoriza sin desprenderse de la titularidad a otro llamado licenciataria, la explotación de estos bienes de propiedad intelectual, recibiendo como contraprestaciones en ocasiones regalías.

Estas figuras apenas si se mencionan en la Ley de la Propiedad Industrial (LPI), tampoco la legislación mercantil o civil las regula, por lo que la doctrina los ha llamado contratos in-nominados o atípicos.

La cuestión principal que plantean los contratos atípicos es determinar cómo deben interpretarse e integrarse en sus lagunas los puntos en que las partes fueron omisas.

¹¹ Francisco Canelutti es el creador de la teoría de la propiedad inmaterial, véase: Ignacio OTERO MUÑOZ y Miguel Ángel ORTIZ BAHENA, *Propiedad intelectual, simetrías y asimetrías entre el Derecho de autor y la propiedad industrial, el caso mexicano*, México, Porrúa, 2011, pp. 179-181.

¹² Muchos desean equiparar a estos contratos con los de compraventa y arrendamiento, situación que no compartimos, ya que son contratos *sui generis*, pues lo que se transmite son derechos inmateriales.

Existen varias teorías que tratan de resolver el problema planteado anteriormente, sin embargo la más aceptada es la Teoría de la analogía, la cual consiste en establecer las reglas que deben de aplicarse para interpretar el contrato atípico —en tesis de Messineo— son las del contrato típico con el que tenga mayor analogía. La teoría no está exenta de críticas por parte de los autores. Se dice que los contratos atípicos se caracterizan por ser distintos de los típicos y no análogos o afines. Por otro lado, el sentido en el que una figura atípica debe ser análoga o semejante a una típica no es fácilmente determinable, pues la afinidad puede aparecer en elementos que no son esenciales para un contrato atípico concreto.¹³

La tesis de la analogía la recoge nuestro Código Civil Federal (CCF),¹⁴ el cual señala en el artículo 1858 lo siguiente:

Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.

Es preciso añadir que habrá que acudir a las normas que regulan los contratos de compraventa para interpretar los acuerdos de cesión y fundamentalmente, del arrendamiento de cosas, para deducir el contrato de licencia, teniendo presente que la aplicación de los preceptos de Derecho común deberán respetar las especialidades del Derecho mercantil en materia de obligaciones y contratos, cuya aplicación por analogía precede a las normas civiles, centradas en la prohibición de términos de gracia o cortesía y en todos los cómputos de días, meses y años, se entenderán: día de 24 horas, los meses según estén designados en el calendario gregoriano, y el año de 365 días.¹⁵

Clasificación del contrato de transferencia de tecnología

Generalmente, el contrato de transferencia es de naturaleza mercantil, pues se celebra entre comerciantes, personas físicas con capacidad para ejercer el comercio de forma ordinaria, así como por personas morales constituidas de acuerdo con la legislación mercantil. Además de que tienen como fin un lucro o provecho, son actos de comercio de conformidad con las fracciones I y II del artículo 75 del Código de Comercio en relación con el artículo 1 de este mismo ordenamiento. A efecto de abundar más sobre este tema se recomienda ver la tesis aislada denominada “Contratos Mercantiles. Forma de establecer que se está en presencia de obligaciones de tal naturaleza”.¹⁶

¹³ JAVIER ARCE GARGOLLO, *Contratos mercantiles atípicos*, décima tercera ed., México, Porrúa, 2009.

¹⁴ El cual es supletorio del Código de Comercio.

¹⁵ Véase el artículo 84 del Código de Comercio en México.

¹⁶ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito; Amparo directo 50/2006. Desarrollos Turís-

- Es bilateral porque produce obligaciones y derechos para las dos partes.
- Es oneroso porque se establecen provechos y gravámenes recíprocos. En materia de derechos de autor esto es mucho más marcado. Artículo 30 de la Ley de Derechos de Autor (LDA).
- *Intuitio Personae*, cualquier transacción de transferencia de tecnología se basa en la confianza y un interés entre las partes que lo celebran.
- Atípico, no existe ninguna regulación jurídica para el contrato de cesión ni para el de licencia de bienes inmateriales.
- Formal, en el caso de derechos de autor se señala en la LDA,¹⁷ que todo contrato por el cual se transmitan derechos patrimoniales debe constar por escrito, de lo contrario serán nulos. Y en el caso del artículo 9 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial se establece que toda solicitud de inscripción debe de acompañarse del documento con firmas autógrafas donde consten las transmisiones de derechos. En ambos casos se requiere de inscripción con el fin de poder surtir efectos contra terceros.
- Es conmutativo porque las prestaciones de las partes son ciertas desde que se celebra el contrato.
- Es de tracto sucesivo porque las prestaciones de las partes se van ejecutando de momento a momento durante la vigencia del contrato.
- Puede ser un contrato principal o accesorio.
- Algunas veces es un contrato de adhesión. Esto derivado del hecho que el poder de la parte que transfiere los derechos es sumamente superior al del receptor.

Elementos personales y materiales

Los elementos personales están integrados por:

- a) El transmisor, proveedor, licenciante o cedente. El titular del derecho de propiedad industrial o derechos de autor será el encargado de transferir la tecnología, en la práctica se solicita que tenga poder especial para ceder o licenciar los derechos de propiedad intelectual.
- b) El receptor, licenciataria o cesionario será la persona física o moral que acepte la transferencia de tecnología. Si es persona física se requiere la capacidad de ejercicio. Si es persona moral se requerirá que esté dentro del objeto social la actividad que desea desarrollar. En ambos casos se necesita de algunas calidades especiales como solvencia y no estar impedido para ejercer el comercio.

ticos de Manzanillo, S.A. de C.V. 17 de febrero de 2006; Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Jair David Escobar Magaña. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXIV, Julio de 2006, p. 1176. Tesis Aislada.

¹⁷ Párrafo último del artículo 30 de la Ley Federal de Derechos de Autor en México.

Los elementos materiales se integran con un objeto doble:

- a) La remuneración (regalías que como vimos en materia de derechos de autor son irrenunciables), las cuales cubre el licenciatario o cesionario.
- b) Los secretos industriales, marcas, inventos, tecnología, *know-how*, asistencia técnica, derechos de autor, conocimientos, diseños, planos, instrucciones, derechos, entre otros, que constituyen el objeto mismo de la transferencia y obligaciones.

Elementos de existencia

Los elementos de existencia son el consentimiento y el objeto. Son aplicables a estos contratos las reglas generales del Derecho de las obligaciones en materia del consentimiento.

El consentimiento está integrado por la oferta y la aceptación; y en la reglamentación mercantil se considerará perfeccionado cuando existe acuerdo de las partes y el consentimiento recae sobre la cosa, los servicios, el precio, los derechos y las obligaciones de las partes. Sin embargo, no cualquier revelación de conocimientos, en la etapa precontractual, presupone una autorización para explotar la tecnología.

El objeto es el segundo elemento de existencia; no toda deficiencia de éste presupone la inexistencia del contrato, sino que sólo acarrearía la nulidad, como sucede en la pérdida parcial de la cosa vendida.

El objeto se conforma por la contraprestación, bienes y servicios, jurídicamente se distingue entre objeto directo y objeto indirecto.

El objeto directo está constituido por los derechos y obligaciones contraídas por las partes, por ejemplo la obligación del proveedor de transferir la tecnología, no oponerse a su uso, la obligación del receptor a usar la tecnología y pagar regalías.

Y el objeto indirecto o mediato lo constituyen las cosas, o servicios que son materia respectiva de las obligaciones de dar o hacer y que, a su vez, son las sumas que se cubren con remuneración, y los conocimientos, derechos, documentos que proporcione el proveedor: marcas, derechos de autor, secretos industriales, patentes, asistencia técnica, entre otros.

Para los contratos de tecnología no registrada o de *know-how*, es requisito indispensable la eficacia jurídica, y diríamos que de validez, desde el punto de vista del objeto del contrato, que ha de tratarse de innovaciones tecnológicas que pueden catalogarse como secretas, que tengan carácter sustancial y que estén correctamente identificadas. El objeto en todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes.

En los contratos relativos a patentes o derechos registrados equivalentes (a lo que se equipara la solicitud debidamente registrada), el objeto ha de ser una patente válida. La nulidad de la patente sobre la que se ha fundado el contrato de licencia ha de acarrear la nulidad de

la correspondiente licencia (y de los subcontratos que de ella dependan) por imposibilidad en el objeto.

Requisitos de validez del contrato de transferencia de tecnología

Los requisitos de validez del contrato, a falta de los cuales se verá afectado de nulidad relativa o absoluta, según sea el caso, son:

1. Capacidad (de contratar) del proveedor o receptor de tecnología. Como es sabido se requiere la capacidad de ejercicio en el caso de las personas físicas, es decir, mayor de edad con capacidad para disponer libremente de sus bienes (artículo 24 del CCF). Y en caso de personas morales se requiere poder para actos de dominio si se va a ceder, sin embargo en la práctica se aconseja que, en caso de otorgamiento de poderes generales, se especifique particularmente la facultad de ceder, gravar o licenciar derechos de propiedad intelectual y de realizar cuantos actos sean necesarios para la eficacia de tales contratos.

2. Consentimiento exento de vicios (error, dolo, mala fe, violencia).

Aunque exista el consentimiento en un contrato, puede ser deficiente por falta de conocimiento o por falta de libertad, esto es, por un vicio que afecte la inteligencia (error o dolo) o por un vicio que afecte la voluntad (violencia) o por un vicio que afecte a una y otra facultad (lesión).

La presencia de cualquiera de estos vicios puede invalidar el contrato y lo hiere de nulidad relativa.

3. Objeto motivo o fin lícitos. Un hecho es ilícito cuando contradice las leyes del orden público o las buenas costumbres, así pues sería nulo un contrato en el que un autor transmitiera los derechos personalísimos.

4. Consentimiento expresado en la forma que diga la ley.

En cuanto a la forma debe constar por escrito tanto el contrato en materia de propiedad industrial como el de derechos de autor, y además ambos deben inscribirse para surtir efecto frente a terceros. El registro en materia industrial es constitutivo de derechos, en cambio el registro en derechos de autor es sólo declarativo.

El contrato de licencia en derechos de autor debe constar por escrito, de lo contrario serán nulos de pleno derecho, además de que se tiene que establecer una remuneración, pues este derecho no es renunciable, y debe ser temporal (excepto cuando recae en programas de cómputo).

Todos los contratos en materia de derechos de autor sobre derechos patrimoniales, que se formalicen ante notario, corredor público o cualquier fedatario público y que se encuentren inscritos en el Registro Público del Derecho de Autor, traerán aparejada ejecución.

Duración y terminación del contrato de licencia

Por vencimiento del plazo. Lo que las partes pueden acordar dependerá de la duración de la tecnología de la menor o mayor capacidad de volverse obsoleta, de la vigencia de la patente, de que el secreto industrial conserve su secrecía, de que el derecho de autor no caiga en el dominio público, inclusive de que la marca no se vuelva genérica o descriptiva. A su vez, renovar el contrato dependerá de un elemento de gran importancia en los negocios sin la cual la relación comercial simplemente desaparece nos referimos a la confianza.

La confianza se traduce en un código de ética, en cumplir con lo acordado de forma voluntaria, en realizar los pagos oportunos, en proteger los secretos comerciales, habitualmente este último compromiso puede prolongarse más allá de la vigencia del contrato de transferencia de tecnología.

En virtud de la confianza, creemos, que cabe también la tácita reconducción, con el consentimiento del proveedor.

Además del transcurso del plazo acordado por las partes, el contrato terminará por las demás causas establecidas en Derecho de las obligaciones. Las partes pueden incluir expresamente determinados supuestos.

Por tratarse de un contrato *intuitu personae*, las cualidades de las partes son muy importantes, por lo que todo cambio en ellas acarreará por lógica la terminación del contrato.

También conviene prever la terminación en caso de que el comerciante sea declarado en concurso mercantil. Pero en estos casos debe verse la imposibilidad del comerciante para cumplir con sus obligaciones.

Por rescisión. Como es obvio, el contrato también se extinguirá en caso de rescisión por incumplimiento de una de las partes; no es muy conveniente a este respecto (aunque así se haga en ocasiones) especificar qué obligaciones se considerarán de tal relevancia que su incumplimiento daría lugar a la rescisión del contrato.

Terminado el contrato el licenciatario debe cumplir con ciertas obligaciones, como dejar de explotar la tecnología, conservar los secretos industriales y respetar la cláusula de jurisdicción, arbitraje y elección de la ley o procedimiento. Asimismo, debe establecerse en el contrato para el caso de rescisión del mismo, la obligación del licenciante de comprar los productos que tenga en existencia el licenciatario.

Puntos que deben tomar en cuenta ambas partes con el fin de salir beneficiadas en un contrato de transferencia de tecnología y tratar de asegurar el éxito del negocio

Será una lista no cerrada de temas que consideramos de gran interés. El éxito no depende de la suerte, porque ésta no existe, pero sí del trabajo.

El proceso de negociación y preparación de documentos es muy complejo, no hay reglas para el plazo, pero en ocasiones puede llevar de seis meses a tres años.¹⁸

- I. **Idioma y forma de pago.** En contratos internacionales de transferencia, cuando el idioma no es el español lo usual es que se redacten en idioma inglés, la forma y el medio de pago es otro elemento muy importante, en la práctica suelen hacerse transferencias en dólares a la cuenta del proveedor en el extranjero.¹⁹
- II. **Verificar los registros y vigencia de los derechos inmateriales.** El receptor debe realizar una búsqueda en los registros públicos de propiedad intelectual, con el fin de verificar que el titular sea el dueño de la tecnología a transferir. Asimismo se analizará la fecha de vigencia, si el bien inmaterial está o no en el dominio público, o el estado de la solicitud, en este último supuesto se recomienda firmar el contrato de transferencia solamente si la solicitud de marca o patente ha sido otorgada o bien establecer una cláusula en la que se obligue al proveedor al pago de daños y perjuicios en caso de que el instituto niegue la solicitud.²⁰ Del mismo modo, el transmisor debe establecer cláusulas en las que obligue al receptor guardar los secretos industriales y respetar los derechos inmateriales.
- III. **Obligación de ambas partes de vigilar que no se violen los derechos inmateriales.** Cuando un modelo de negocios empieza a tener éxito, es una práctica muy común que muchas personas deseen competir de forma desleal. Ambas partes deben trabajar sobre la base de la prevención, no escatimar en gastos con el fin de patentar nuevos productos o servicios además de registrar marcas, nombres y avisos comerciales. No tolerar que ningún tercero viole los derechos inmateriales. Sólo actuando de esta forma se prevendrán enormes pérdidas económicas.
- IV. **Asistencia técnica.** Este aspecto es de suma importancia, si la parte receptora cuenta con personal nacional altamente capacitado, podrá producir mejores productos, ahorrar mucho tiempo y dinero. Por lo que debe establecerse que el proveedor capacite al personal del receptor.

Cuando sea indispensable la presencia de técnicos, debe buscarse que el receptor cubra gastos de hospedaje, viaje, alimentación y el proveedor pague a su personal. Así

¹⁸ Algunas ideas señaladas en este subtema son producto de la experiencia del autor, complementadas con la Guía de Licencias para los Países en Desarrollo, guía sobre los aspectos jurídicos de la negociación y la preparación de licencias de propiedad industrial y de contratos de transferencia de tecnología adecuados a los países en desarrollo. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 1977.

¹⁹ En tiempos de devaluaciones de la moneda nacional, puede convenirse con el proveedor un tipo de cambio benéfico para el receptor o bien un deslizamiento lento del tipo de cambio y con ello tratar de ganarle terreno a la competencia.

²⁰ La misma cláusula se aconseja para el supuesto de que se cancele o anule el registro.

ambos gastos correrán por ambas partes buscándose con ello un equilibrio económico.

- V. **Esfera en que se aplicará la tecnología.** Se recomienda señalar en qué ámbitos se aplicará la tecnología. Hay que tomar en cuenta la capacidad y especialidad del receptor. Lo aconsejable es dar un tiempo de gracia y si el proveedor no ve resultados lo conveniente será limitarlo.
- VI. **Tiempo para demostrar la capacidad para tener éxito en el negocio y territorio en el que se aplicará la tecnología.** No existe consenso para el tiempo en que un receptor debe demostrar su capacidad para controlar un mercado, algunos señalan uno o dos años. Sin embargo, lo lógico es que si un receptor ha demostrado tener éxito, el proveedor debe cuidarlo, dándole una distribución exclusiva en un territorio, concediéndole la facultad de otorgar sublicencias. Esto es importante para estandarizar precios. Se busca que el receptor no pierda tiempo en luchar contra otros distribuidores. Con ello el proveedor hará más fuerte al receptor. También debe establecerse que el proveedor tenga prohibido fabricar o exportar al territorio licenciado. Todos los correos electrónicos o cartas de nuevos prospectos que reciba el proveedor deben remitirse al receptor. Es práctica muy común que el proveedor al ver los buenos resultados del receptor exclusivo, piense en tener más receptores en ese territorio; sin embargo, pocas veces se detiene a pensar que el éxito radica en las cualidades intrínsecas del receptor y que muchas veces el mismo modelo de negocio puede fracasar, llevado a cabo por otra persona.

Debe tenerse cuidado de que el licenciante no dé mejores precios en los territorios fronterizos de donde se encuentre el licenciario. A fin de evitar que se den importaciones paralelas desleales. Las ventas son un concurso de resultados, al no existir éstos puede el proveedor rescindir el contrato.

- VII. **Suministro de bienes.** Se debe tener cuidado en que no se obligue al receptor a comprar todos los suministros, máquinas, piezas de repuesto u otros bienes de capital con el proveedor, a menos que sea estrictamente necesario. Y más si estos productos se encuentran en el mercado nacional. Si es imposible lo anterior, se recomienda negociar que las partidas suministradas sean vendidas a precios competitivos.²¹
- VIII. **Precio mínimo de venta.** Se debe evitar que el proveedor fije los precios mínimos de venta al público de los productos fabricados, sobre todo si existe competencia, pues será el libre mercado el que los establezca. Sin embargo, legalmente nada impide que puedan sugerirse. La fijación de precios puede generar prácticas monopólicas relativas.²²

²¹ Es decir no superiores a los establecidos en el mercado.

²² En México se requiere tener poder sustancial dentro de un mercado relevante, para que la fijación de los precios pueda ser considerada una práctica monopólica relativa, véase el artículo 10 fracción II, de la Ley Federal de Competencia Económica.

- IX. **Volumen de producción o volumen mínimo de compras.** Esto es un problema sin lugar a dudas, sobre todo tratándose de mercados vírgenes. Lo ideal es que el receptor empiece a incrementar cada año. Sin embargo, deben considerarse ciertos factores que pueden afectar el comercio, fenómenos económicos, cambios políticos o desastres naturales. Los resultados anuales serán un factor determinante para conservar la relación comercial.
- X. **Regalías.** El pago excesivo de ellas traería por consecuencia la descapitalización de un negocio. Se debe buscar pagar por precio neto de venta.²³
- El pago oportuno de las regalías, por parte del receptor, juega un papel determinante. Igual de importantes deben ser considerados para el licenciatario el proveedor como los clientes. El receptor debe cuidar que sus pagos sean puntuales, el contar con una excelente relación comercial le garantizará éxito en su negocio. Para cumplir con sus compromisos y estar capitalizado, el receptor debe buscar vender sólo de contado.
- XI. **Daños a terceros.** A consecuencia de la explotación de la transferencia de tecnología, se pueden causar daños y perjuicios a terceros, por tal motivo se les recomienda a las partes pagar y contratar un seguro.
- XII. **La confidencialidad.** Los negocios están expuestos todo el tiempo a luchas por el mercado, será una obligación de ambas partes mantener en confidencialidad los secretos industriales,²⁴ ya que toda indiscreción puede ser aprovechada por la competencia. En este caso debe tenerse especial cuidado en las redes sociales.
- XIII. **Entrada en vigor del contrato.** Las partes deberán fijar la fecha de entrada en vigor de un contrato y la duración de éste, tomando en consideración la vigencia del derecho inmaterial y los resultados obtenidos.
- XIV. **Forma de solucionar controversias.** Debe evitarse que sea la jurisdicción de los países de las partes las que resuelvan un conflicto, ya que estos tribunales tienden a ser localistas. Sin embargo, antes de acudir a los tribunales deben utilizarse los medios alternos como la conciliación, mediación o el arbitraje. Si se opta por este último no debe olvidarse nombrar un árbitro,²⁵ idioma, país y procedimiento arbitral.
- XV. **Facultades para obligarse.** El representante legal del proveedor de la tecnología debe contar con un poder para actos de dominio si va a ceder o poder especial para licenciar.
- Cuando el receptor es una persona moral, la actividad que será licenciada o cedida debe de estar dentro del objeto de la sociedad.

²³ El precio neto de venta se utiliza para eliminar ciertas partidas cuando el precio de venta incluye elementos no relacionados con la tecnología suministrada o bienes que fueron suministrados por el licenciatario por las cuales ya obtuvo una utilidad. Entre las partidas pueden estar: los gastos de envase, las primas de seguros, los gastos de transporte, los derechos de exportación o importación, los impuestos, los descuentos comerciales, las mercaderías devueltas, el precio de las materias primas.

²⁴ Esta cláusula puede durar más allá que la vigencia del contrato.

²⁵ El cual debe ser un experto independiente.

- XVI. **Objeto de la transferencia.** Deben señalarse los derechos que se van a transferir, a fin de determinar las prerrogativas y obligaciones de las partes. Se recomienda al receptor no sólo solicitar la información financiera sino también la jurídica, con el fin de analizarla en conjunto antes de contratar.
- XVII. **Apoyos para procurar el éxito del negocio.** El proveedor debe tener la filosofía de ganar a largo plazo asegurando el éxito de su receptor, por lo tanto debe tratar de compartir ciertos gastos y estudiar muy bien todo incremento en la regalías. Todo ajuste desmesurado puede provocar la quiebra de un buen modelo de negocio.
- XVIII. **Formalidad.** Por supuesto que se recomienda que el contrato sea por escrito, firmado por dos testigos, ante notario o fedatario público y que se inscriba por las razones comentadas en este trabajo.

Bibliografía

Legislación consultada

Código Civil Federal, consultado el 1 de octubre de 2012, disponible en: <http://goo.gl/0BJMHA>
 Código de Comercio, consultado el 15 de octubre de 2012, disponible en: <http://goo.gl/EZjc5>
 Ley de Invenciones y Marcas, *Legislación sobre Propiedad Industrial, Transferencia de Tecnología e Inversiones Extranjeras*, 15ª ed., México, Porrúa, 1990.
 Ley de la Propiedad Industrial, consultado el 30 de septiembre de 2012, disponible en: <http://goo.gl/dnw4gA>
 Ley Federal de Competencia Económica, consultado el 25 de agosto de 2012, disponible en: <http://goo.gl/QSxth9>
 Ley Federal de Derechos de Autor, consultado el 25 de octubre de 2012, disponible en: <http://goo.gl/CBCmC>
 Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, *Legislación sobre Propiedad Industrial, Transferencia de Tecnología e Inversiones Extranjeras*, 15ª ed., México, Porrúa, 1990.

Obras consultadas

ARCE GARGOLLO, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, 13ª ed., México, Porrúa, 2009.
 Guía de Licencias para los Países en Desarrollo, guía sobre los aspectos jurídicos de la negociación y la preparación de licencias de propiedad industrial y de contratos de transferencia de tecnología adecuados a los países en desarrollo. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, vol. 620, Ginebra, 1977.
 OTERO MUÑOZ, Ignacio y Miguel Ángel ORTIZ BAHENA, *Propiedad intelectual, simetrías y asimetrías entre el Derecho de Autor y la Propiedad Industrial, el caso mexicano*, México, Porrúa, 2011.
 SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *La Propiedad Industrial en México*, 2ª ed., México, Porrúa, 1995.
 TORRES DE LA TORRE, Alejandra, *El contrato de franquicia en el Derecho mexicano*, 2ª ed., México, Porrúa, 2006.

Otras fuentes consultadas

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXIV, Julio de 2006. Pág. 1176. Tesis Aislada.

Los efectos de las acciones colectivas en materia de derechos al consumidor

Introducción

Toda persona tiene derecho de acudir a un órgano jurisdiccional, formal o materialmente hablando, con el objeto de que éste resuelva una controversia por medio de la aplicación de una norma general. Esta premisa ha trascendido a nuestro sistema jurídico por más de tres siglos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra en sus artículos 8 y 17 el fundamento para que todo individuo acuda a un órgano jurisdiccional pidiendo se declare, constituya o condene determinada prestación. Seguidas las formalidades esenciales del procedimiento y satisfechos los presupuestos procesales, dicho órgano deberá emitir una resolución en la cual se pronuncie si el accionante tiene o no la razón. Por lógica, y considerado en su momento como un principio de certeza jurídica, la sentencia emitida únicamente beneficiará a quienes hayan sido parte en el proceso.

En las próximas líneas se analizará la reforma constitucional del artículo 17 de fecha 29 de julio de 2010, y con la cual se incluyó formal y materialmente a nuestro sistema jurídico la tutela efectiva de los derechos colectivos e intereses difusos. Asimismo, en relación con la reforma constitucional, el 30 de agosto de 2011, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma legislativa al Código Federal de Procedimientos Civiles, Código Civil Federal, Ley Federal de Competencia Económica, Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, mediante las cuales, de forma secundaria, se regulan los derechos antes referidos.

El presente texto tiene por objeto analizar las consecuencias generadas en materia de protección al consumidor y la eficacia real de la reforma en función de la necesidad social.

La acción

A lo largo de la historia, la acción ha sido materia de estudio y análisis, partiendo de una dependencia directa e inmediata entre la titularidad del derecho que se reclama, la violación de éste y la facultad para poderlo reclamar.

Es así que desde una definición romanista como el Derecho de perseguir la cosa, hoy en día bajo la Teoría del Derecho Abstracto de Obrar¹ entendemos que la acción es el Derecho autónomo del Derecho sustantivo, que permite al accionante pedir al órgano jurisdiccional intervenga en la solución de un conflicto² con carácter vinculante a las partes y con la posibilidad de ejercer el poder público en caso de no cumplir con lo resuelto.

En ese sentido, hoy en día el accionar trasciende a la existencia de un derecho al momento de su ejercicio por parte del actor.

Elementos de la acción

El Derecho de acción requiere para su procedencia una serie de varios elementos. Éstos han sido propuestos por diversos tratadistas, y los podemos concretar en los siguientes:

- a) *Sujeto activo*. Es toda aquella persona que siendo capaz procesalmente insta al órgano jurisdiccional para que éste declare la existencia, la constitución o la condena de determinado Derecho.

El sujeto activo, comúnmente denominado actor, no puede ser analizado sin el presupuesto esencial del interés. Es así que dentro de los niveles o grados con los cuales una persona puede solicitar su pretensión encontramos el individual o jurídico, el difuso, el legítimo y el simple.

Los tres primeros niveles de interés reconocidos por nuestro sistema jurídico a lo largo de diversas tesis aisladas y jurisprudencias, puede surtir efectos desde el individuo, la colectividad, o bien, de acuerdo a la posición que se guarde frente a la ley. Por cuanto hace al interés simple no se encuentra jurídicamente tutelado por el sistema jurídico. Los intereses protegidos serán el punto medular de las líneas que siguen.

- b) *Sujeto pasivo*. Al considerar la relación trilateral en un proceso, donde el actor se vincula con el juez por el ejercicio de la acción, el demandado con el ejercicio de la excepción, siendo sujetos activos y pasivos recíprocos, entendemos al sujeto pasivo desde dos puntos de vista.

En el primero será el sujeto pasivo como el órgano del Estado investido de jurisdicción³ y que en función de su competencia podrá o no resolver la controversia planteada.

¹ Cipriano GÓMEZ LARA, *Teoría general del proceso*, 10ª ed., México, Oxford University Press, 2004, p. 123.

² José BECERRA BAUTISTA, *El proceso civil en México*, 19ª ed., México, Porrúa, 2006, p. 46.

³ Gonzalo M. ARMIENTA CALDERÓN, *Teoría general del proceso*, 2ª ed., México, Porrúa, 2006, p. 198.

En el segundo, el sujeto pasivo también es visto como aquella persona física o moral contra la cual se pretende sea declarado, constituido o condenado determinado Derecho, y al que se le llama comúnmente demandado.

- c) *Objeto de la acción*. En el ejercicio de la acción se deberá determinar cuál será la pretensión que se reclama al instar al órgano jurisdiccional y de la que el demandado se resistirá. Francesco Carnelutti, al definir al objeto, lo relaciona con el bien que ha de ser materia igualmente de la pretensión y, que vincula a las partes.⁴

Asimismo, bajo el influjo de la escuela italiana, el objeto de una acción es conocido como el *petitum*, mismo al que podemos abstraer con la pregunta ¿qué se quiere al ejercitar la acción?

- d) *Causa de pedir*. Al ejercitar la acción, el sujeto activo deberá manifestar las causas mediatas e inmediatas que lo llevaron a instar. Igualmente, ante la influencia italiana en nuestros ordenamientos y jurisprudencias es identificada como la *causa petendi*.⁵

El interés como elemento de la acción

Anteriormente al analizar el sujeto activo dentro del Derecho de acción determinamos que era necesaria una vinculación del actor con el Derecho que reclama.⁶ El interés es definido como aquella aspiración legítima, de orden pecuniario o moral que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta.⁷

En ese sentido, encontramos tres niveles de intereses partiendo y distinguiéndose en función de la titularidad y efectos que producirá una sentencia estimatoria a favor del accionante.

Tipos de interés

Interés jurídico

El presente interés, que inicialmente surgió y ha permanecido en nuestro sistema jurídico, es definido como aquel que se constituye con la posición a cuyo favor la norma jurídica contie-

⁴ Francesco CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil*, t. II, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2005, p. 7.

⁵ El término *petitum* y *causa petendi* son elementos requeridos en cualquier instancia proyectiva del proceso, es decir, que los encontraremos como elementos necesarios en el ejercicio de la acción, de la fase probatoria, de la impugnación, etcétera.

⁶ No se deberá de confundir el interés con el estudio de la naturaleza jurídica de la acción donde encontramos diversas teorías que requieren la violación de un derecho sin el cual no se puede acudir al órgano jurisdiccional.

⁷ Cfr. *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1993, p. 344, citado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, Serie Breviarios Jurídicos, México, Porrúa, 2004, pp. 17 y 18.

ne alguna prescripción configurándolo como la situación de prevalencia o ventaja que el Derecho objetivo asigna al sujeto frente a otros.⁸

Interés colectivo y difuso

Al respecto, es importante distinguir al interés colectivo del difuso. Si bien ambos se refieren a cuestiones de carácter plural, tienen acepciones diferentes.

Los intereses difusos son aquellos que se relacionan con situaciones jurídicas no referidas a un individuo, sino que pertenecen a una pluralidad de sujetos más o menos determinados o indeterminables, y que están vinculados únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica que los hace unificarse para acceder a un derecho que les es común.⁹

Por su parte, los intereses colectivos se relacionan con grupos limitados y circunscritos de personas relacionadas entre sí debido a una relación jurídica, con una conexión de bienes afectados debido a una necesidad común, y a la existencia de elementos de identificación que permiten reconocer de qué colectividad se trata.¹⁰

Como otro tipo de interés, y mediando entre los colectivos o difusos y el individual, tenemos los intereses individuales homogéneos. Éstos consisten en la tutela de aquellos derechos individuales que pueden identificar a una pluralidad y que tienen un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo.¹¹

Lo trascendental de este último tipo de interés es la posibilidad del ejercicio de una acción individual, pero que por los efectos y homogeneidad de su contenido tendrá efectos para una colectividad.

Interés legítimo

Ha sido un interés generado y tutelado inicialmente en la materia administrativa y que hoy en día se entiende como la posibilidad de exigir a la autoridad a partir de la situación en que se encuentra el actor de acuerdo a la ley.

Interés simple

Este interés lo tiene cualquier gobernado, que por el solo hecho de serlo solicita a un órgano jurisdiccional que determinada autoridad se conduzca conforme a la ley, es de-

⁸ Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *op. cit.*, p. 19.

⁹ *Cfr.* INTERESES DIFUSOS O COLECTIVOS. SU TUTELA MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. Novena Época, Registro: 161054, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXIV, septiembre de 2011, Materia(s): Común, Tesis: XI.1o.A.T.50 K, p. 2136.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *op. cit.*, p. 15.

cir, un mero interés de hecho, pero que no se encuentra tutelado por el ordenamiento jurídico.¹²

Acciones colectivas en el derecho mexicano

Antecedentes

El Sistema Jurídico Mexicano ha permanecido dentro de la corriente procesal que prevé que los efectos de un proceso y, en especial, de una sentencia no pueden trascender ni afectar más que a las personas que contendieron, es así que resultaba impensable que el ejercicio de una acción generara efectos en una colectividad.

Era igualmente complicado que un proceso pudiera ser iniciado por una colectividad y que afectara a más de una persona, sin que ello implicara un litisconsorcio o una pluralidad de sujetos activos y pasivos.

A finales del siglo xx surgieron en materia administrativa inquietudes en los Tribunales del Poder Judicial de la Federación al analizar el interés legítimo en un acto de autoridad por el cual una persona pedía al Estado se adecuara su conducta a la ley, si esta solicitud resultaba procedente, los efectos que pudiera ocasionar el nuevo actuar del aparato gubernativo podría implicar efectos a otras personas que no participaron del procedimiento administrativo. Inclusive este tipo de interés es considerado un término medio entre el interés jurídico y el simple. No obstante, de los criterios que surgieron como tesis aisladas, al final nuestro sistema permanecía dentro de la corriente que privilegiaba el interés jurídico ante todo, esto es, que únicamente podían iniciar un proceso y verse afectados en su momento por una sentencia quienes directamente contendieron, dejando para los terceristas cualquier tipo de afectación que pudiera acontecer.

El artículo 17 constitucional es el fundamento para la existencia de los órganos jurisdiccionales y del Derecho de acción, esto es así, toda vez que del mismo se desprende la prohibición expresa para cualquier gobernante y gobernado de hacerse justicia por propia mano debiéndose de someter a los sistemas de impartición de justicia.

En fecha 29 de julio de 2010, el Constituyente Permanente reformó el párrafo tercero del numeral referido, para quedar de la siguiente manera:

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.¹³

¹² *Ibid.*, p. 18.

¹³ Art. 17, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, disponible en www.diputados.gob.mx, consultado el 14 de noviembre de 2012.

Es así que el Constituyente Permanente ordenó al legislador emitir la ley reglamentaria que previera las acciones colectivas, y que debería establecer los elementos procesales como lo son la materia, procedimientos y cumplimiento a las sentencias.

Expresamente se reserva a la Federación en relación con lo dispuesto por el artículo 124 de la Constitución, que sería ésta quien legislaría y resolvería cualquier tipo de controversia que tenga por objeto el ejercicio de una acción colectiva.

Ahora bien, implícitamente el Constituyente Permanente determinó que la procedencia de las acciones colectivas dentro del sistema mexicano tendrían como resultado una reparación del daño, lo cual es congruente y sistemático con su origen histórico. Esto es así dado que las acciones colectivas surgen como tutelares de materias públicas como lo son el ambiente, servicios al consumidor y financieros, principalmente.

Dentro de los artículos transitorios de la reforma constitucional de referencia, también se estableció la obligación al legislador para emitir la ley reglamentaria en un plazo máximo de un año contado a partir del inicio, esto es el 1 de agosto de 2011.

Durante este año surgieron controversias que pretendían una aplicación directa de la Constitución para ejercitar acciones colectivas vía el proceso de Amparo, las cuales no obtuvieron éxito, ya que fue resuelto que hasta en tanto no existiera un ordenamiento jurídico que reglamentara la reforma constitucional no se podía aplicar tal como lo ordenó el propio Constituyente,¹⁴ razonamiento que es criticable.

Reforma legislativa reglamentaria del artículo 17 constitucional

En cumplimiento al mandato del Constituyente Permanente, en fecha 30 de agosto de 2011 se publicó, aunque fuera de tiempo, en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma a diversos ordenamientos adjetivos y sustantivos.

El Código Federal de Procedimientos Civiles fue reformado en la parte general para efecto de incluir entre los sujetos para acudir en la vía jurisdiccional, a todas aquellas personas que tuvieran un interés difuso, colectivo o individual de incidencia colectiva. También fue reformada la parte objetiva de la competencia en relación con el territorio. Pero independientemente de lo anterior, lo trascendental fue la adición de un nuevo libro denominado “De las acciones colectivas”, el cual se analizará más adelante.

En relación con los temas tratados con anterioridad, la reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles adopta los tipos de interés tratados antes. Esto es, los artículos 580 y 581 regulan los intereses y acciones colectivas, respectivamente, previendo la posibilidad de que determinado grupo de personas agrupadas por situaciones de hecho o de derecho ejerciten una acción, y por su parte que un individuo pueda instar una acción con un contenido homogéneo para una colectividad.

¹⁴ *Cfr.* INTERESES DIFUSOS O COLECTIVOS. SU TUTELA MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, *op. cit.*

La responsabilidad civil en el Código Civil Federal fue modificada para establecer que toda aquella persona que cause un daño a una colectividad o grupo de personas deberá de indemnizarla de conformidad con lo dispuesto por el Código Federal de Procedimientos Civiles.¹⁵

Según el análisis de la reforma legislativa, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación fue modificada para homologar la competencia que ya había sido determinada en la reforma al artículo 17 Constitucional, en el sentido de reservar a los jueces de Distrito el conocimiento de las acciones colectivas que sean ejercitadas, para lo cual se apoyará de los lineamientos de carácter general que emita el Consejo de la Judicatura Federal.¹⁶

El nuevo artículo 578 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece que las acciones colectivas serán procedentes en materia de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente,¹⁷ en ese sentido, el legislador de acuerdo con la reglamentación a lo dispuesto por el artículo 17 constitucional determinó fijar competencia en materia de competencia económica, protección al consumidor, protección al ambiente y protección por servicios financieros.

En relación con lo anterior fueron reformados los siguientes cuerpos normativos: Ley Federal de Competencia Económica, Ley Federal de Protección al Consumidor, Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros; en el sentido de otorgar legitimación procesal a las procuradurías y comisiones correspondientes para que puedan, con independencia de las establecidas en el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, representar activamente a las colectividades.

Reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles y a la Ley Federal de Protección al Consumidor

Procedencia y objeto de las acciones colectivas

La procedencia de las acciones colectivas en términos del Código Federal de Procedimientos Civiles dependerá del interés y tipo de acción que se pretenda ejercitar.

En ese sentido, si se trata de una acción difusa o colectiva¹⁸ el objeto de la acción será reclamar la reparación del daño causado a una colectividad determinada o indeterminada se-

¹⁵ Cfr. Art. 1934 bis, Código Civil Federal, Cámara de Diputados, disponible en www.diputados.gob.mx, consultado el 22 de noviembre de 2012.

¹⁶ Cfr. Art. 53 y 81, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Cámara de Diputados, disponible en www.diputados.gob.mx, consultado el 22 de noviembre de 2012.

¹⁷ Cfr. Art. 578, Código Federal de Procedimientos Civiles, *op. cit.*, consultado el 22 de noviembre de 2012.

¹⁸ En términos de lo dispuesto por el art. 581 del Código de Procedimientos Civiles una acción Colectiva es aquella de naturaleza indivisible, para ejercitar intereses de una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes. Por su parte, las acciones difusas serán aquellas de naturaleza igualmente indivisible pero destinadas a una colectividad indeterminada sin que necesariamente estén unidas por un vínculo jurídico común por mandato de ley entre el demandado y la colectividad.

gún la acción de que se trate, la restitución al estado en que se encontraban las cosas antes de la afectación o en su caso el cumplimiento sustituto.

Por su parte, si se trata de una acción individual homogénea,¹⁹ únicamente se podrá demandar como prestación el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión.

Con base en lo anterior, podemos considerar que las prestaciones referidas pueden tener una contradicción si adminiculamos con lo dispuesto por el artículo 582 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual establece que la acción colectiva puede tener por objeto declarar, constituir o condenar determinado derecho. Difícilmente encontraremos una acción colectiva cuyo objeto sea constituir un derecho sobre la colectividad, máxime si se trata de una acción colectiva donde el sujeto activo no se encuentra determinado, habría que cuestionarse a favor de quién se podría constituir o declarar un derecho.

En relación con lo anterior podemos definir que la procedencia de las acciones que encontraremos en materia de protección al consumidor únicamente se podrán tratar acciones colectivas (unidos por un vínculo determinado en la ley) e individuales homogéneas.

Habría que cuestionarse si se podría tratar de la mera expectativa de ser consumidor, es decir, antes de adquirir un bien, producto o servicio; o bien, hay que ubicarse en el supuesto de ser consumidor. Esto es así porque para poderse considerar parte de la colectividad, en cualquiera de las dos acciones referidas, es presupuesto esencial ser un consumidor, según establece la fracción I del artículo 2 de la Ley Federal de Protección al Consumidor: toda aquella persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios, así como a toda aquella persona física o jurídica que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros.²⁰

De esta manera, quien no sea consumidor no podrá verse beneficiado o no podrá surtir efectos sobre él la sentencia estimatoria de un proceso colectivo.

Por último, es importante determinar que las acciones colectivas para su procedencia prescriben en un plazo de tres años seis meses, contados a partir del día en que se haya causado el daño, pero si se trata de un daño a la naturaleza de forma continua, el plazo contará a partir de que se haya cesado el daño, lo cual es uniforme con las tesis y criterios jurisprudenciales.

¹⁹ En términos de lo dispuesto por la fracción II del art. 580 y en relación con la fracción III del art. 581, ambos del Código Federal de Procedimientos Civiles, son aquellas que tienen por objeto intereses individuales de incidencia colectiva que son de naturaleza divisible y que la titularidad corresponde a un grupo de individuos integrantes de una colectividad determinada y relacionadas por circunstancias de derecho.

²⁰ Cfr. Art. 2. Ley Federal de Protección al Consumidor, Cámara de Diputados, disponible en www.diputados.gob.mx, consultado el 10 de diciembre de 2012.

Competencia

Anteriormente se expuso que el Constituyente Permanente al reformar el tercer párrafo del artículo 17 constitucional determinó que la competencia en materia de acciones colectivas únicamente surtirá a favor de los jueces federales. Bajo una interpretación sistemática de la reforma constitucional y de la secundaria al Código Federal de Procedimientos Civiles y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, serán competentes los jueces de distrito del territorio del domicilio del demandado.²¹

Asimismo, el juez de distrito en función de la materia conocerá de las acciones que tengan por objeto consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.²²

En ese sentido, en las acciones colectivas en materia de protección al consumidor será competente el juez de distrito del domicilio del proveedor.²³

Legitimación activa

En términos de lo dispuesto por el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles tendrán legitimación activa las siguientes personas:

- a) La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor en la materia que nos ocupa y las demás procuradurías y comisiones correspondientes.²⁴
- b) El representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros.
- c) Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social se encuentre la promoción o defensa de los derechos e intereses de protección al consumidor.²⁵ Las asociaciones deberán de registrarse en el Consejo de la Judicatura Federal presentando la información relativa a sus estatutos sociales y la temporalidad referida anteriormente.²⁶

Asimismo, cualquier persona podrá tener acceso al registro de asociaciones civiles de forma electrónica²⁷ y para poder tener vigente su registro deberán de abstenerse los socios de incidir si hay un conflicto de interés, deberán de dedicarse a las actividades re-

²¹ Cfr. Art. 24 fracción IV, Código Federal de Procedimientos Civiles, *op. cit.*

²² *Ibid.*, art. 579.

²³ En términos de la fracción II del art. 2 de la Ley Federal de Protección al Consumidor es toda aquella persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios.

²⁴ Art. 585 fracción I, Código Federal de Procedimientos Civiles, *op. cit.*

²⁵ *Ibid.*, art. 585 fracción III.

²⁶ *Ibid.*, art. 619.

²⁷ *Ibid.*, art. 621.

feridas en su objeto social y conducirse con diligencia.²⁸ Deberán presentar un informe anual a más tardar el último día hábil del mes de abril y mantener actualizada la información proporcionada para su registro.²⁹

d) El Procurador General de la República.³⁰

Si la representación o legitimación procesal fue iniciada por alguna asociación o un representante común, pero sus facultades cesan, el Código Federal de Procedimientos Civiles determina que deberá de iniciarse el incidente de remoción pero que al final del camino la representación recaerá en la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor.³¹

Proceso

El proceso deberá de cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento, pero sobre todo deberemos de distinguir que iniciará con una demanda, la cual debe precisar el tipo de derecho y acreditar de dónde emana la legitimación en el proceso.

El juez al recibir la demanda, antes de admitirla, emplazará al demandado para que se pronuncie sobre la procedencia o no del proceso colectivo pudiendo hacer valer las excepciones procesales que atañen a la legitimación por parte de la accionante. Una vez desahogada la vista, y si fuese el caso, subsanadas las omisiones de la prevención, el juez ordenará la admisión o desechamiento de la demanda.

En ese sentido, se ordenará el emplazamiento del demandado el cual deberá dar contestación a la demanda.

Una vez contestada la demanda se señalará día y hora para una audiencia previa y de conciliación. De no llevarse a cabo una composición se abrirá el juicio a prueba. El ofrecimiento de las pruebas no se encuentra limitado, por lo que tomando las reglas genéricas del Código Federal de Procedimientos Civiles se puede ofrecer cualquier prueba con las limitantes que éste mismo determina.

Seguidas las secuelas procesales se deberá de dictar la Sentencia correspondiente.

Medidas cautelares

En el tema que nos ocupa resulta interesante lo previsto por el legislador en las fracciones I, II y III del art. 610 del Código Federal de Procedimientos Civiles, toda vez que permite bajo los principios de las medidas cautelares solicitar la cesación o la realización de actos nece-

²⁸ *Ibid.*, art. 585 fracción II.

²⁹ *Ibid.*, art. 623.

³⁰ *Ibid.*, art. 585 fracción IV.

³¹ *Ibid.*, art. 586.

sarios para evitar que el daño se siga generando, pero principalmente permite retirar del mercado o asegurar instrumentos, bienes, ejemplares o productos relacionados con el daño irreparable que se haya causado.³²

Sentencia

La resolución de las acciones colectivas requiere que el juez tenga una visión más amplia del principio *iura novit curia* y *amicus curiae*,³³ esto porque como ha sido expuesto anteriormente, la tutela de derechos colectivos en sentido amplio trasciende al sentido individualista del gobernado.

El legislador determinó claramente que el juez al interpretar las normas y hechos deberá asimilarlos de forma congruente con los intereses colectivos.³⁴

Así como se trataron las pretensiones que se pueden hacer valer en un proceso, la sentencia deberá ser congruente con la clase de acción ejercitada. En ese sentido, cuando se trate de una acción difusa únicamente se podrá condenar a la reparación del daño, al restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de la afectación y la realización de conductas necesarias para evitar la afectación. De no cumplir con lo anterior, se deberá llevar a cabo una ejecución sustituta.³⁵

Por otro lado, si se trata de una acción colectiva en sentido estricto o bien individual homogénea, se condenará al demandado a la reparación del daño, llevando a cabo las acciones necesarias para evitar más daños; y lo más importante, por el tema que nos ocupa, se deberá de determinar una ejecución o reparación individual a cada uno de los miembros de la colectividad.³⁶ Esto último resulta trascendental, dado que la sentencia deberá de reflejar a los miembros de la colectividad cómo se han de ver reparados individualmente.

Conclusiones

La reforma legislativa de fecha 30 de agosto de 2011 en materia de protección al consumidor sí es un avance por cuanto hace a la inclusión de las acciones colectivas en los tres tipos que han sido analizados. La problemática esencial que se presenta es lo relativo a la legitimación activa en la causa y su aplicación en nuestra materia. Claramente podemos visualizar un

³² *Ibid.*, arts. 610 y 611.

³³ INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS EN PROCESOS JURISDICCIONALES COLECTIVOS O INDIVIDUALES. CARACTERÍSTICAS INHERENTES. Novena Época, Registro: 169862, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVII, Abril de 2008, Materia(s): Civil, Tesis: I.4o.C.136 C, p. 2381.

³⁴ *Ibid.*, art. 583.

³⁵ *Ibid.*, art. 604.

³⁶ *Ibid.*, art. 605.

ejemplo de una acción colectiva que trate sobre protección al ambiente, pero para tutela al consumidor resulta complicado partiendo de si la persona que forma parte de la colectividad debe o no ser consumidor o, como fue expuesto, puede tratarse de una mera expectativa de derecho al adquirir nosotros determinado producto.

Como ha sido tratado, no cualquier persona de Derecho privado podrá hacer valer una acción colectiva en sentido estricto, ni mucho menos una individual homogénea. Esto porque deberá de acreditar encontrarse dentro de uno de los supuestos referidos y precisados en el art. 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Se considera que la reforma legislativa ordinaria no tendrá los efectos prácticos que el legislador pretendió en la exposición de motivos, es decir, en términos amplios es un buen intento pero se queda limitado en cuanto a su aplicación.

Como se expuso al inicio del presente texto, toda persona puede acudir a un órgano jurisdiccional para efecto de que se le administre justicia, la reforma pretende ampliar el espectro de tutela para los gobernados, pero se queda limitada en el sentido de no permitir el acceso a cualquiera.

La posibilidad más práctica para poder acudir en la vía colectiva a los gobernados es por medio de la representación común conformada por al menos treinta miembros, pero igualmente deberán estar vinculados por una organización cualquiera que sea su naturaleza.

Es decir, el consumidor que ante la adquisición de determinado producto, bien o servicio se identifica con otros, difícilmente acudirá en una agrupación para efecto de pedir la tutela y cumplimiento de contrato, o bien, su rescisión. Parece ser que al legislador le faltó visión en cuanto a la aplicación práctica para el gobernado al regular los elementos y efectos de una acción colectiva.

Al consumidor no le preocupa, en primer término, cuántas sean las personas que se han visto afectadas por un producto, bien o servicio defectuoso, a él únicamente le interesa que su dinero sea bien aplicado. En ese sentido, difícilmente acudirá en forma colectiva si no es por medio de una representación antes referida, esto es, la Procuraduría Federal del Consumidor.

Independientemente de lo anterior, la inclusión de las acciones colectivas en nuestro Derecho positivo es un avance y generará, una vez que sea reformado y adecuado a una realidad comercial, que el proveedor empresario deba de estar al pendiente de la satisfacción plena que genera sus servicios, productos o bienes al gran público consumidor.

Si conforme a la naturaleza propia de una acción colectiva se permite el acceso a los gobernados sin limitantes de procedibilidad para su representación, veremos que el efecto de la sentencia estimatoria que benefició a una persona o un grupo de personas generará mayor competencia, y el empresario hará todo lo posible por mejorar sus productos y tener satisfechos a los consumidores.

Bibliografía

Legislación consultada

Código Civil Federal, Cámara de Diputados, disponible en www.diputados.gob.mx.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados, disponible en www.diputados.gob.mx.

Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, Cámara de Diputados, disponible en www.diputados.gob.mx.

Ley Federal de Competencia Económica, Cámara de Diputados, disponible en www.diputados.gob.mx.

Ley Federal de Protección al Consumidor, Cámara de Diputados, disponible en www.diputados.gob.mx.

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, Cámara de Diputados, disponible en www.diputados.gob.mx.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Cámara de Diputados, disponible en www.diputados.gob.mx.

Obras consultadas

ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo M. *Teoría general del proceso*, 2ª ed., México, Porrúa, 2006.

AZUA REYES, Sergio T. *Teoría general de las obligaciones*, México, Porrúa, 1993.

BECERRA BAUTISTA, José. *El proceso civil en México*, 19ª ed., México, Porrúa, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho procesal civil*, t. II, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2005.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, 2ª ed., Serie Breviarios Jurídicos. México, Porrúa, 2004.

GÓMEZ LARA, Cipriano. *Teoría general del proceso*, 10ª ed., México, Oxford, 2004.

Otras fuentes consultadas

Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en www.scjn.gob.mx.

Cámara de Diputados, disponible en www.diputados.gob.mx.

Gobierno corporativo en la sociedad anónima bursátil

Introducción

En la actualidad, con la gran cantidad de cambios a los que están sujetas las empresas, es inevitable que en un futuro la mayoría de los negocios lleguen a cotizar en bolsa, es una realidad y también puede ser una necesidad, dependiendo del tipo de negocio que se maneje, ya que en muchas ocasiones influye el hecho de que algunos de los socios de una empresa sean extranjeros y tengan una visión de negocios distinta a la que estamos tan acostumbrados en nuestro país.

Ante dicha necesidad han surgido variaciones al tipo de sociedad común en nuestro país por su gran flexibilidad, esto es, la Sociedad Anónima (S.A.); estas variaciones son la Sociedad Anónima Promotora de Inversión (SAPI) y la Sociedad Anónima Bursátil (SAB).

El tema que nos ocupa es el de la SAB, dado que la SAPI representa solamente un paso para que la S.A. llegue a convertirse en SAB y, así, poder cotizar en la Bolsa Mexicana de Valores (BMV).

Es por ello que considero importante conocer cómo mejorar las prácticas corporativas en la SAB, por ejemplo, implementando un verdadero gobierno corporativo, situación que lograremos si se conoce a fondo esta figura para prepararnos ante lo que enfrentaremos en un mundo laboral actual en el que no bastará con manejar las sociedades ya conocidas y que son reguladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), sino que habrá que conocer la Ley del Mercado de Valores (LMV) y ver por qué esta ley junto con la LGSM son las encargadas de regular la SAB.

Gobierno corporativo de las sociedades anónimas bursátiles

Sociedad Anónima Bursátil

Es una persona moral formada por dos o más personas físicas o morales que adopta la modalidad de la sociedad anónima común, pero de una forma especializada, ya que emite y comercializa sus acciones en la Bolsa Mexicana de Valores, lo cual implica un mayor valor de

las mismas para sus accionistas y una estructura financiera tal que le permite optimizar costos financieros, obtener liquidez inmediata, modernizarse, crecer, entre otros. Esta modalidad también garantiza los derechos de los accionistas minoritarios y la revelación de la información a todo el público.

Órganos sociales

La SAB es una especie de sociedad anónima y como tal la regulación contenida en la Ley de Mercado de Valores es parcial, la cual establece sólo algunas reglas especiales aplicables a las Sociedades Anónimas Bursátiles, mientras que la LGSM es aplicable de forma supletoria. La SAB conserva desde luego las características esenciales de la sociedad anónima, tales como la limitación de la responsabilidad de los accionistas, su regulación como sociedad de capitales más que de personas y la representación de los derechos sociales en títulos negociables, entre otras. Sin embargo, en la SAB a diferencia de la sociedad anónima, existe una reestructuración de sus órganos sociales, especialmente del consejo de administración.

Respetando a la asamblea de accionistas, el carácter de órgano supremo de la sociedad, la Ley de Mercado de Valores altera sustancialmente la estructura de los demás órganos sociales. En primer lugar, la Ley de Mercado de Valores regula expresamente la figura del director general, a quien encomienda la gestión y conducción de los negocios sociales y la ejecución de los acuerdos de la asamblea de accionistas y del consejo de administración.

Al atribuirle funciones y facultades específicas y adjudicarle el carácter de necesario, la LMV eleva al director general al nivel de órgano social obligatorio y no simplemente opcional, como son los gerentes de las sociedades anónimas.

El consejo, por su parte, deja de estar a cargo de la administración diaria de la sociedad y se encuentra ahora encargado de la función de dirigir la estrategia general del negocio social y la definición de políticas contables, para su ejecución por parte del director general. En cambio, el consejo de administración ve agregadas a sus funciones las de control y vigilancia, que antes eran responsabilidad del comisario. Así, el consejo de administración es al mismo tiempo órgano de administración (aunque no único, pues comparte funciones con el director general) y de control y vigilancia.

La figura del comisario, órgano de control y vigilancia de la sociedad anónima tradicional, desaparece en la SAB y sus funciones son reasignadas a los comités de auditoría y prácticas societarias y el auditor externo independiente.

En su exposición de motivos, el Poder Ejecutivo insistió en que esta reestructuración es acorde con la realidad de las sociedades anónimas modernas y que, por tanto, la legislación viene a recoger en buena medida prácticas corporativas establecidas.¹

¹ Óscar ÁLVAREZ MACOTELA *et al.*, *Derecho bursátil contemporáneo. Temas Selectos*, México, Porrúa/ITAM, 2008, pp. 86-87.

Asamblea de accionistas

La asamblea de accionistas es el órgano supremo de la SAB, la LMV no limita en forma alguna la competencia que la Ley General de Sociedades Mercantiles confiere a la asamblea de accionistas para acordar y ratificar todos los actos y operaciones de la sociedad. La asamblea sigue teniendo competencia para tomar resoluciones relacionadas con la sociedad, incluyendo materias de operación y conducción del negocio social.

Por el contrario, la Ley de Mercado de Valores establece limitaciones a la actuación del consejo de administración y el director general que fortalecen a la asamblea de accionistas. En auténtica función de control y vigilancia, la LMV establece que el consejo de administración y el director general deben someter a la aprobación de la asamblea aquellas operaciones o series de operaciones que pueden ser consideradas como un solo acto y que representen 20% o más de los activos consolidados de la sociedad y sus subsidiarias. Significativamente, en estas asambleas tendrán derecho a voto las acciones de voto restringido o limitado.

La SAB puede establecer en sus estatutos sociales cláusulas que establezcan medidas tendientes a prevenir la adquisición de acciones que otorguen el control de la sociedad por uno o más accionistas o terceros ajenos a la sociedad. Estas cláusulas —que en el Derecho anglosajón suelen llamarse *poison pills*—, son disposiciones que permiten a la SAB resistir intentos de accionistas o terceros por hacerse de paquetes de control accionario.

Son comúnmente utilizadas como *poison pills* cláusulas que obligan a obtener el consentimiento previo del consejo de administración para adquirir un paquete de control o cierto porcentaje de acciones que la LMV permite, siempre y cuando los estatutos establezcan los criterios a seguir por el consejo en su determinación y un plazo no mayor a tres meses para emitirla.

Desde luego, estas disposiciones también pueden ser utilizadas por los accionistas mayoritarios para tratar de mantener su control sobre la sociedad en perjuicio de los accionistas minoritarios, por lo que la LMV establece ciertos requisitos que deben cumplir estas cláusulas y que sirven de protección a los minoritarios:

- a) deben ser aprobadas por la asamblea general extraordinaria y no ser rechazadas (mediante voto en contra) por los accionistas que detentan 5% o más de las acciones representadas en la asamblea;
- b) ser generales, en cuanto que los beneficios económicos que resulten de dichas cláusulas deben ser repartidos entre todos los accionistas, con la única posibilidad de excluir a las personas que pretendan adquirir el control de la sociedad;
- c) no impedir en forma absoluta la forma de control, y
- d) no ser contrarias a las disposiciones de la LMV en materia de ofertas públicas forzosas de adquisición, no hacer nugatorio el ejercicio de los derechos patrimoniales del adquirente.

Por otro lado, se prohíben ciertas disposiciones que pueden limitar excesivamente la libertad de los accionistas o ciertos beneficios. Así, se prohíben las restricciones a la circulación de acciones, o la emisión de acciones sin derecho de voto o de voto restringido más allá de lo permitido por la misma LMV.

Así también, la LMV establece que la SAB sólo pueden emitir acciones ordinarias, esto es, con derechos plenos de voto y que sólo podrán emitirse acciones sin derecho a voto o de voto limitado o restringido, siempre y cuando *a)* se obtenga la autorización previa de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV); las acciones emitidas no excedan 25% del capital efectivamente colocado entre el público inversionista, o bien *b)* la CNBV amplíe dicho límite, lo que podrá hacer cuando se trate de acciones forzosamente convertibles en ordinarias en un plazo no mayor a cinco años, o bien se trate de acciones representativas de inversión neutra, que limiten los derechos de voto de los accionistas en función de su nacionalidad. Esta disposición, que ya existía en la anterior ley desde la reforma de 2001, tiene por objetivo evitar que los accionistas mayoritarios tengan un poder de voto desproporcionadamente mayor a su participación económica.²

Derechos de los accionistas

Los accionistas de la SAB gozan, por disposición de la LMV, de una serie de derechos tendientes a asegurar que los accionistas cuenten con información suficiente para ejercer sus derechos de voto y contar con mecanismos sencillos para ejercer su voto en asamblea.

Así, los accionistas tienen derecho a *a)* tener a su disposición en las oficinas de la sociedad, y con al menos 15 días naturales de anticipación a la fecha de la asamblea, la información y documentos relacionados con cada uno de los puntos del orden del día; *b)* impedir que en la asamblea se traten asuntos bajo el rubro de generales o equivalentes, y *c)* a designar apoderados por la sociedad y puestos a disposición de los accionistas con suficiente anticipación a la asamblea.

Adicionalmente la LMV permite a los accionistas celebrar ciertos convenios entre ellos, como convenios de no competencia con la sociedad, sujetos a limitaciones temporales, sustantivos y geográficos; opciones de compra y venta de acciones; convenios que establecen la obligación de hacer aportaciones adicionales mediante la suscripción y pago de acciones, convenios sobre el ejercicio del derecho de preferencia y acuerdos para la enajenación de sus acciones en oferta pública, los cuales se han venido celebrando normalmente en la práctica y ahora encuentran sanción legal expresa. De manera significativa, la LMV permite también a los accionistas celebrar acuerdos para el ejercicio del derecho de voto en asambleas de accionistas, sin que resulte aplicable la prohibición general contenida en la LGSM, que declara nulos los acuerdos que restrinjan la libertad de voto de los accionistas.

² *Ibid.*, pp. 88-89.

Estos convenios, para ser eficaces entre las partes, deben revelarse al público inversionista a través de la bolsa de valores donde coticen las acciones de la SAB, e incluirse en el reporte anual que la SAB debe presentar de conformidad con el artículo 104 de la LMV. Por otro lado, estos convenios entre accionistas no son oponibles a la sociedad, y en consecuencia, los votos emitidos en asamblea de accionistas que violen dichos convenios no son nulos ni afectan la validez de la resolución adoptada, por lo que en principio sólo darán derecho a los accionistas a reclamar el pago de daños y perjuicios del accionista incumplido.

Los accionistas también tendrán derecho a la designación de consejeros, los accionistas individuales o colectivos que representen 10% del capital social tendrán el derecho a designar y revocar en asamblea general a un miembro del consejo de administración.

Los accionistas que representen individual o conjuntamente el equivalente al 10% del capital social podrán solicitar al presidente del consejo de administración o a cualquiera de los comisarios, que se convoque en cualquier momento a una asamblea general de accionistas para tratar los asuntos sobre los que tengan derecho de voto.

Los accionistas que representen individual o en conjunto el equivalente a 10% del capital social, podrán solicitar que se posponga por una sola vez la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados; podrá aplazarse hasta por tres días naturales y sin necesidad de nueva convocatoria.

Los accionistas pueden pactar entre ellos las condiciones y prestaciones que deseen para la transmisión, disposición o ejercicio para la compra de acciones.³

Consejo de administración

El consejo de administración de las sociedades anónimas bursátiles se debe integrar por un máximo de 21 consejeros. La LMV señala que el consejo de administración debe auxiliarse al menos de un comité de prácticas societarias y auditoría, cuya integración mínima es de tres consejeros, por lo que el consejo de administración de una SAB tiene que estar integrado mínimo por tres consejeros.

Cabe señalar que al respecto, el artículo 24 de la LMV establece que por cada consejero propietario podrá designarse a su respectivo suplente. Ahora bien, independientemente del número de consejeros que integren el consejo, al menos 25% de los consejeros propietarios y sus respectivos suplentes deben tener el carácter de consejeros independientes.

Por regla general, los consejeros deben ser nombrados por mayoría de votos de los accionistas, en asamblea general, excepcionalmente cuando uno o más consejeros han concluido su cargo por expiración del plazo por el que fueron designados o renuncia, sin que la vacante haya sido cubierta dentro de los 30 días naturales siguientes, o cuando se actualice alguno de los supuestos señalados en el artículo 155 de la LGSM, el mismo consejo pue-

³ *Ibid.*, p. 90.

de designar consejeros a título provisional, que podrán ser o no ratificados por la asamblea de accionistas.

El artículo 155 de la ley en cita prevé dos supuestos: el primero refiere que en caso de que exista una o más vacantes en el consejo, por revocación, muerte, impedimento u otra causa, sin que ello impida al consejo integrar el *quórum* estatutario, en cuya hipótesis el consejo debe seguir funcionando con los miembros restantes; el segundo supuesto prevé el caso de que el número de vacantes sea tal que impida la formación del *quórum* estatutario, supuesto en el cual el comisario puede designar consejeros sustitutos a título provisional.

Al igual que la LGSM, la LMV no establece un plazo mínimo o máximo de duración del cargo de consejero. Por tanto, quedará a los estatutos sociales o la asamblea de accionistas fijar el plazo por el cual se desempeñará el cargo. Los consejeros no pueden, sin embargo, ser designados por plazo indefinido, pues la LGSM establece claramente que el cargo de administradores debe ser temporal y no existe disposición en la LMV que tácita o expresamente derogue esta disposición.⁴

Consejeros

No pueden ser consejeros de una SAB aquellas personas que hubieren desempeñado el cargo de auditor externo de la sociedad o de alguna de las personas morales que integran el grupo empresarial o consorcio al que pertenezca, durante los 12 meses inmediatos anteriores a la fecha del nombramiento.

Aunado a ello, siguen siendo aplicables los requisitos establecidos en la LGSM respecto de los administradores de las sociedades anónimas y, por lo tanto, sólo pueden ser consejeros personas físicas no inhabilitadas para ejercer el comercio.⁵

Administración de la sociedad

El artículo 23 de la LMV señala que la administración de la SAB se encomienda al consejo de administración y al director general; es importante mencionar, que de las funciones asignadas por la ley en cita al consejo de administración, se desprende que éste ha dejado de ser un órgano de administración para convertirse en uno de dirección estratégica, control y vigilancia.

Considerando que el órgano de administración es aquel que tiene a su cargo la representación y la gestión de los negocios sociales, es dudoso que el consejo de administración pueda fungir en sí como un consejo de administración. Esto principalmente porque la gestión, conducción y ejecución de los negocios sociales queda confiada al director general, mientras

⁴ Óscar ÁLVAREZ MACOTELA *et al.*, *op. cit.*, pp. 92-93.

⁵ *Ibid.*, pp. 94.

que las funciones asignadas al consejo de administración con respecto a los negocios sociales son más directivas y estratégicas que ejecutivas o gerenciales.

El artículo 28 de la LMV engloba un listado de las funciones del consejo de administración, entre las que destacan las siguientes:

- Establecer las estrategias generales para la conducción del negocio de la sociedad y personas morales que ésta controle.
- Vigilar la gestión y conducción de la sociedad y de las personas morales que ésta controle, considerando la relevancia que tengan estas últimas en la situación financiera, administrativa y jurídica de la sociedad, así como el desempeño de los directivos relevantes.
- Dar seguimiento a los principales riesgos a los que está expuesta la sociedad y personas morales que ésta controle, identificados con base en la información presentada por los comités, el director general y la persona moral que proporcione los servicios de auditoría externa, así como a los sistemas de contabilidad, control interno y auditoría interna, registro, archivo o información, de éstas y aquélla, lo que podrá llevar a cabo por conducto del comité que ejerza las funciones en materia de auditoría.
- Aprobar las políticas de información y comunicación con los accionistas y el mercado, así como con los consejeros y directivos relevantes, para dar cumplimiento a lo previsto en el presente ordenamiento legal.
- Determinar las acciones que correspondan a fin de subsanar las irregularidades que sean de su conocimiento e implementar las medidas correctivas correspondientes.
- Establecer los términos y condiciones a los que se ajustará el director general en el ejercicio de sus facultades de actos de dominio.
- Ordenar al director general la revelación al público de los eventos relevantes de que tenga conocimiento. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación del director general a que hace referencia el artículo 44, fracción V de esta ley.
- Las demás que establezca la LMV o aquellas que se prevean en los estatutos sociales de la sociedad. El consejo de administración será responsable de vigilar el cumplimiento de los acuerdos de las asambleas de accionistas, lo cual podrá llevar a cabo a través del comité que ejerza las funciones de auditoría a que se refiere esta ley.⁶

Vigilancia en la sociedad anónima bursátil

La vigilancia en la SAB se realiza por medio de los comités de auditoría y el auditor externo, cuyas características son las siguientes:

⁶ *Ibid.*, pp. 98-100.

Comités de auditoría y prácticas societarias

Las funciones de control y vigilancia atribuidas al consejo deben ser desempeñadas a través de uno o más comités de auditoría y prácticas societarias. A través de estos comités, el consejo de administración vigila la gestión, conducción y ejecución de los negocios sociales, esto es, la labor del director general y su equipo gerencial.

Una de las características de la función de vigilancia de la SAB es que la labor del consejo de administración es vigilada únicamente por la asamblea de socios a través de las facultades de designación y promoción de los consejeros y los accionistas individuales y agrupados en minorías que pueden ejercer las acciones de responsabilidad civil. A diferencia del consejo de administración de la sociedad anónima tradicional, quien se encuentra bajo la vigilancia ilimitada y en todo tiempo del comisario, el consejo de administración no rinde cuentas más que a la asamblea, órgano no profesional y de labor discontinua.

La LMV establece que los comités de auditoría y prácticas societarias deben integrarse exclusivamente por consejeros independientes designados por el consejo a propuesta de su presidente.

Como excepción, los consejeros independientes pueden constituir sólo mayoría cuando un accionista o grupo de accionistas detente 50% o más del capital social, independientemente de los derechos de voto que dichas acciones le atribuyan.

En conclusión, la LMV no establece reglas de operación de dichos comités, por lo que habrá que atenerse a lo dispuesto por los estatutos sociales.

Los comités de auditoría y práctica societaria tienen funciones primordialmente consultivas, la principal consiste en emitir su opinión previa sobre ciertos asuntos para su consideración y decisión por el consejo y la asamblea, así como vigilar la actuación del consejo de administración y la dirección general.⁷

Auditor externo

En la SAB, la responsabilidad de auditar los estados financieros y emitir dictamen sobre el informe anual que debe elaborar el director general, recae en el auditor externo y la firma o despacho de auditoría a la que pertenezca. La contratación de la firma de auditores debe ser aprobada por el consejo de administración, con la previa opinión del comité de auditoría.

El auditor externo, según establece el artículo 343 de la LMV, es una persona física, quien debe reunir requisitos de honorabilidad y otros atributos personales y profesionales que establezca la CNBV mediante reglas de carácter general, debe ser además socio de una persona moral que preste servicios de auditoría, motivo por el que se elige normalmente un despacho de contadores.⁸

⁷ Óscar ÁLVAREZ MACOTELA *et al.*, *op. cit.*, p. 108.

⁸ *Ibid.*, pp. 111-112.

Características de la sociedad anónima bursátil

Retomando un poco los temas anteriores, podemos concluir que las siguientes características son las más fundamentales de la SAB.

- La denominación social es elegida por los accionistas y debe ir seguida de las palabras “Sociedad Anónima Bursátil” o las siglas “S.A.B.”.
- La responsabilidad de los accionistas es limitada al monto de sus aportaciones. Si un accionista está dentro del consejo de administración, éste responde por daños y perjuicios.
- El capital social está representado por acciones inscritas en el Registro Nacional de Valores, entidad a cargo de la CNBV, es público y en él se inscriben los valores objeto de oferta pública e intermediación en el mercado de valores. Su valor es determinado por los accionistas.
- Deben tener la aprobación de la CNBV si su constitución es por suscripción pública.
- No hay limitación en el número de acciones que puede tener un accionista.
- Los títulos de las acciones deben cumplir con ciertos requisitos.
- Los accionistas de la sociedad tienen derecho preferente para comprar las acciones de los demás.
- Los accionistas no pueden hacer préstamos o anticipos sobre sus propias acciones.
- No pueden emitirse nuevas acciones, hasta que las anteriores se encuentren totalmente pagadas.
- Sólo podrán emitir acciones en las que los derechos y obligaciones de sus titulares no se encuentren limitados o restringidos (acciones ordinarias).
- La CNBV podrá autorizar la emisión de acciones distintas de las ordinarias, siempre que las acciones de voto limitado, restringido o sin derecho a voto no excedan de 25% del total del capital social pagado.

Beneficios de la sociedad anónima bursátil

Finalmente, podemos concluir que los beneficios de constituirse en una SAB, son los siguientes:

- El valor de la empresa aumenta al emitir acciones y cotizarlas en la Bolsa Mexicana de Valores.
- Los accionistas minoritarios tienen mayor participación en las decisiones de la empresa.
- Régimen de administración más flexible.
- Facilidad para obtener financiamientos a través de préstamos bancarios, colocar acciones en el mercado, entre otros.
- Fortalece la estructura financiera al reducir costos, obtener liquidez inmediata, poder financiar investigación y desarrollo, consolidar y reestructurar pasivos.
- Los accionistas son libres para diversificar su inversión en la empresa.

Bibliografía

ÁLVAREZ MACOTELA, Óscar S. *et al.*, *Derecho bursátil contemporáneo*, Temas Selectos, México, Porrúa/ITAM, 2008.

GUADARRAMA LÓPEZ, E., *La Sociedad Anónima en el Derecho mexicano. Consideraciones particulares sobre la anónima bursátil*, México, Porrúa, 2008.

¿Realmente afectan los monopolios en telecomunicaciones en México?

Introducción

Al hablar de monopolios en materia de telecomunicaciones en México, de inmediato nos remite a pensar en aquellas empresas que ejercen una mayoría en el mercado, ya sea en telefonía celular o fija, televisión abierta o restringida, pero ¿realmente existe como tal un poder monopólico en México?

La respuesta puede ser muy abierta, ya que estamos acostumbrados a que las prácticas monopólicas sean absolutas o relativas, se asocien con la existencia de un monopolio; sin embargo, la palabra monopolio deriva del griego: *monos*, “único” y *polein*, “vender”, por lo que el significado literal del término es “único vendedor”. El significado económico, según la Real Academia Española, monopolio es “aquella situación de mercado en que la oferta del producto se reduce a un solo vendedor”.

Nuestra Carta Magna establece en su artículo 28, la prohibición de los monopolios en nuestro país, al señalar que “En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria”.

Por lo tanto, habrá que analizar detenidamente primero si se cumple la premisa de que exista un monopolio en materia de telecomunicaciones en nuestro país, por lo que en un sentido literal, la respuesta parece sencilla, es decir, actualmente no existe alguna empresa o grupo económico que ejerza la facultad de ofrecer algún producto o servicio de telecomunicaciones de manera exclusiva. No obstante, también es irrefutable que no se trata de la única prohibición, sino que además nuestra legislación rechaza las prácticas monopólicas o aquellas que disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios, según se desprende del propio artículo 8 de la Ley Federal de Competencia Económica.

Es decir, que lo primero que tenemos que aclarar es que la prohibición del Estado no solamente se reduce a cuidar que exista un solo vendedor o productor que satisfaga las necesidades de todo un sector, sino evitar las prácticas que pueden catalogarse en absolutas o relativas.

Bajo este entendido, es preciso señalar que en México si bien es cierto que no existe una empresa de telecomunicaciones que ejerza un poder monopolístico en el contexto de brindar productos o servicios de manera exclusiva, el mercado se encuentra distribuido de manera sustancial por un operador que detenta una mayoría en los servicios de telefonía fija, en este caso Teléfonos de México, S.A.B. de C.V. (Telmex), con una participación del 80% en el mercado, según cifras de la propia Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). Lo mismo sucede en el caso de servicios de telefonía móvil, en el que se encuentra una de las empresas del mismo grupo económico, América Móvil, S.A.B. de C.V. (Telcel), con una participación en el mercado del 70%.

Vale la pena recordar que Telmex nació como una paraestatal en el año 1947, y en 1990 fue privatizada a través de un grupo de inversionistas comandado por el ingeniero Carlos Slim Helú.

Por su parte, América Móvil, S.A. de C.V. surgió en 1989 cuando a la empresa Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. se le otorgó un título de concesión para operar una red para servicios móviles en la ciudad de Tijuana, B.C., mas no fue la primera, ya que anteriormente se había otorgado una concesión similar a una de las empresas que hoy forman parte de Grupo Iusacell, propiedad de Ricardo Salinas Pliego y Emilio Azcárraga Jan.

Es así, que en la actualidad estamos ante la presencia de dos operadores con un aparente poder sustancial en el mercado o al menos como la propia Comisión Federal de Competencia ha querido catalogarlos desde diciembre 1997, año en el que se presenta una declaración preliminar que señalaba a Telmex como operador con poder sustancial en el mercado en cinco mercados relevantes, y una más que data de mayo de 2011, las cuales han sido precedidas de inevitables impugnaciones, lo cual por ahora no resulta menester de este análisis.

Lo que sí es un hecho, es que los distintos jugadores, ya sea en telefonía fija o móvil, carecen de una sólida regulación en materia de Telecomunicaciones y de Competencia Económica, quedándose unos inclusive en el camino y otros más continúan la lucha en busca de una posición en el mercado, bajo sus propias estrategias jurídicas y comerciales, que dejan al descubierto las deficiencias o lagunas legales que existen, así como la falta de rigor para ser aplicada la regulación por parte de los órganos de control.

El sector de las telecomunicaciones se ha convertido en uno de los más dinámicos y controvertidos a lo largo de los últimos 17 años, con la promulgación de una nueva Ley Federal de Telecomunicaciones, que sustituyó en gran parte a la antigua Ley de Vías Generales de Comunicación, que se aplicaba desde el año de 1940.

Es así que el presente análisis pretende abarcar tan solo un panorama de lo que se ha suscitado en nuestro país al tener operadores con poder sustancial en el mercado y las consecuencias que se han reflejado en el mercado ante sus demás competidores y el propio usuario final o los llamados consumidores.

El planteamiento, si ¿realmente afectan los monopolios en telecomunicaciones en México?, será brevemente analizado, buscando una solución real para un equilibrio económico,

sin prejuzgar las grandes inversiones realizadas y que a la postre se ha logrado contar con una cobertura en la mayor parte del territorio nacional. Sin óbice a lo anterior, se proponen soluciones para afrontar tal desventaja competitiva, como la entrada a la inversión extranjera directa, modificaciones a las políticas regulatorias y la aplicación de una regulación asimétrica para los operadores dominantes, buscando una legislación justa para todos los participantes, a fin de que se logre mantener el interés de robustecer las redes existentes y brindar servicios de mayor calidad y precios internacionalmente competitivos, pero que a su vez permita una equidad para todos los operadores que realmente pretendan un crecimiento para México en materia de telecomunicaciones, ya sean nacionales o extranjeros.

Desarrollo de la competencia en los servicios de telecomunicaciones

Nuestro país se ha caracterizado a lo largo de los últimos años por ser único en cuanto a competencia económica en el sector de las telecomunicaciones, sin embargo, es conveniente señalar que durante mucho tiempo los servicios primarios de telefonía estuvieron monopolizados por el gobierno, a través de Teléfonos de México, que se encargaba de proveer a toda la población el acceso a una línea telefónica y otros servicios secundarios. No obstante, la realidad es que mucha gente no se cuestionaba si era el único proveedor que podría ofrecer este servicio, ya que al principio más bien era un lujo poder sustituir los telégrafos o correos, por una llamada telefónica, además de que era inimaginable pensar en servicios que hoy en día se encuentran fácilmente disponibles en el mercado, como lo es el Internet, la televisión de paga y, por supuesto, la telefonía celular o móvil.

Sin embargo, la urgente modernización y expansión de las telecomunicaciones nacionales requería grandes inversiones, pero para el gobierno federal era imposible distraer los recursos fiscales necesarios para atender las demandas de salud, educación, vivienda y adecuación del resto de la infraestructura, por lo que el Estado, ejerciendo la rectoría en las telecomunicaciones, indujo su desarrollo, mediante un nuevo marco regulatorio que permitía la expansión de las mismas, iniciando con la privatización de Teléfonos de México. Así pues, después de una cuidadosa homologación de las posturas, el gobierno federal anunció al grupo ganador el 9 de diciembre de 1990: el consorcio integrado por Grupo Carso, Southwestern Bell International Holdings y France Cables et Radio.

Una vez conformada Teléfonos de México como sociedad anónima y ya en manos de inversionistas privados, se continuó con un auténtico monopolio obligado, ya que los primeros cambios regulatorios se fueron dando hasta 1993 con reformas a la Ley de Inversión Extranjera, que permitió un aumento de la participación extranjera en el sector de las telecomunicaciones, es decir, se podía contar ya con un derecho de propiedad hasta del 49% en operadores de red fija.

En este mismo sentido, con la firma en enero de 1994 del Tratado de Libre Comercio de América de Norte, entre México, Estados Unidos y Canadá, se incluyó en su capítulo XIII

un apartado de Telecomunicaciones, en el que se otorgaba el acceso a las redes de telecomunicaciones y su uso, así como los circuitos privados sobre una base razonable y no discriminatoria.

Fue hasta el año de 1995 y 1996 cuando se otorgaron las primeras concesiones a otros operadores para la provisión de servicios fijos de larga distancia nacional e internacional, en concordancia con la reciente promulgación de la nueva Ley Federal de Telecomunicaciones de junio de 1995. Durante estos años, se dio un importante avance en el sector, ya que además al año siguiente, a través de un decreto presidencial, se estableció como regulador específico a la Comisión Federal de Telecomunicaciones, la cual actuaría como órgano desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

En seguimiento de las acciones emprendidas por el gobierno federal, ya era un hecho que en enero de 1997 fuera abierta la competencia en el mercado de larga distancia con la entrada de seis nuevas empresas, de las cuales se pueden destacar por su importancia Alestra y Avantel, pues contaban con sólidos inversionistas que los respaldaban, como AT&T, Grupo Alfa y Bancomer, en el caso de la primera, y otro gigante de las telecomunicaciones en Estados Unidos, como MCI, para el caso de Avantel, por lo cual acompañado de otras cuatro empresas de capital nacional y extranjero, se podía vislumbrar un panorama alentador para que los usuarios ya no contaran con los servicios en manos de una sola empresa, que sin pretender juzgar, es innegable que en la teoría económica no es precisamente lo más sano contar con una sola opción en un determinado sector, ya que se desmotiva el crecimiento, cobertura, calidad de los servicios, precios, etcétera.

A pesar de que únicamente se había dado un primer paso para la apertura a la competencia, en el que el usuario podía elegir entre siete distintas empresas para el suministro de servicio de larga distancia, se presentaron diversas circunstancias lógicas precisamente por la manera en que se dio la apertura, es decir, en primer lugar los usuarios a pesar del nivel de satisfacción que tuvieran con Teléfonos de México, les era difícil tolerar que una empresa entrante les otorgase un servicio, por el temor a que no fueran a ser completadas sus llamadas o que se fuera a tomar algún tipo de represalia por la deslealtad de tener el servicio de telefonía local con Teléfonos de México y el servicio de telefonía de larga distancia con otra compañía; además, el hecho de que existieron en ese entonces agresivas estrategias publicitarias y de comercialización para la captación de nuevos clientes, y surgió un fenómeno llamado *slamming* en el que sin contar con la voluntad expresa del consumidor, se cambiaban de compañía telefónica para llamadas de larga distancia sin siquiera saberlo.

Lo anterior, aunado a que la cobertura de los nuevos operadores entrantes era limitada y que las tarifas de interconexión para terminar las llamadas en una red eran demasiado altas, originó un desvanecimiento de la euforia competitiva, a tal grado que empresas que recién habían entrado al mercado, terminaron por desistir y retirarse a los pocos años por la ausencia de captación de nuevos clientes, de manera tal que resultaron incosteables sus operaciones, otras más, las más sólidas, buscaron por medios legales que los propios órganos regula-

dores resolvieran el desequilibrio comercial, que aún estaba a la cabeza por mucho en manos de Teléfonos de México, frente a sus más cercanos contendientes.

Fue entonces que la Comisión Federal de Competencia (Cofeco) resolvió a finales de 1997, que Teléfonos de México tenía “poder sustancial de mercado”, y en marzo de 1998 confirmó su resolución, resolviendo el organismo aplicar una regulación más estricta para Teléfonos de México, pero en 2001 la empresa propiedad de Carlos Slim Helú promovió un amparo contra la resolución, el cual obtuvo.

Bajo este primer contexto, es como se ha venido marcando la tendencia de lo que sucedería para los años subsecuentes, en donde aún no se han podido determinar obligaciones específicas para los operadores dominantes.

Finalmente, resulta oportuno mencionar que la autoridad ha sido un sujeto activo de gran relevancia, ya que si bien es cierto que nuestro sistema jurídico mexicano al estar plagado de deficiencias, no permite un avance real en la competencia, pero sin perjuicio a lo anterior se han visto con éxito algunos avances del gobierno federal, como lo es la promulgación del Acuerdo de Convergencia, materializado en octubre de 2006, el cual a grandes rasgos permite que los operadores netamente de telecomunicaciones puedan ofrecer los servicios de televisión (excepto Teléfonos de México) y, a su vez, las televisoras brinden servicios de telecomunicaciones.

En este aspecto, el caso más exitoso ha sido el de Televisa, que adquirió empresas de servicios de telecomunicaciones, como Bestel, y mediante sus filiales de televisión de paga, como Cablevisión, Cablemás, Cablecom o TVI, también puede ofrecer servicios denominados de Triple Play, es decir, paquetes que incluyen Internet, telefonía local y televisión restringida. Además, con la reciente adquisición del 50% de la empresa Iusacell, es un hecho que ya ofrece servicios de Cuádruple Play, adicionando a la oferta, el servicio de Telefonía celular, lo cual ha sido bien recibido por los consumidores, por la facilidad de tener los *commodities* de sus servicios en una sola cuenta o con un solo proveedor, que lo hace más atractivo.

Inclusive, el propio Telmex también ha visto reflejado en sus ingresos ofrecer el Triple Play, ya que actualmente no ha podido obtener la autorización de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para tener el servicio de televisión de paga, de forma directa, a menos de que cumpla con ciertas condiciones, que sólo enunciaré, ya que podrían ser materia de todo un estudio, éstas son: *a)* adherirse a un nuevo Convenio Marco de Interconexión, *b)* permitir la portabilidad numérica, *c)* interconectar a los demás operadores que así se lo soliciten, y *d)* satisfacer las obligaciones establecidas en su Título de Concesión.

Medidas regulatorias para buscar el equilibrio de la competencia

No obstante las autoridades, tanto en materia de competencia económica, como los rectores en telecomunicaciones, han analizado sobre todo a lo largo de la última década la forma de contrarrestar el peso del operador dominante, lo cierto es que a la fecha no han encontrado

una medida eficaz para hacerlo, prueba de ello son los últimos estudios de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), que sitúa al operador de servicios fijos con 80% de las líneas y al operador de servicios móviles con 70% de las mismas, lo que indica que no se ha tenido un movimiento importante en estas cifras mayoritarias.

Lo anterior, se debe principalmente a que nuestro sistema de justicia para bien o para mal está diseñado para interponer los recursos necesarios para dilatar por un buen tiempo una efectiva ejecución de las resoluciones en materia de competencia, ya hablamos de los primeros casos en que la Cofeco confirmó en 1998 que Teléfonos de México contaba con un poder sustancial en el mercado y que, sin embargo, no prosperó al igual que una diversa declaratoria emitida en 2009. No obstante, escasamente a finales de 2011, la Cofeco volvió a emitir una resolución de gran relevancia, como resultado de una solicitud de investigación que promovió la empresa Grupo de Telecomunicaciones Mexicanas, s.a. de c.v., filial de Grupo Telefónica, en la que se declaró que Teléfonos de México era operador dominante en el mercado de origen de tráfico de llamadas, por lo que en este caso los órganos reguladores en telecomunicaciones, estarían en condiciones de emitir una serie de obligaciones específicas para contrarrestar el poder de mercado de la empresa, tal y como lo establece el artículo 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, el cual vale la pena transcribir:

Artículo 63. La Secretaría estará facultada para establecer al concesionario de redes públicas de telecomunicaciones, que tenga poder sustancial en el mercado relevante de acuerdo a la Ley Federal de Competencia Económica, obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información.

La regulación tarifaria que se aplique buscará que las tarifas de cada servicio, capacidad o función, incluyendo las de interconexión, permitan recuperar, al menos, el costo incremental promedio de largo plazo.

Dicha investigación forma parte de una serie de declaratorias en donde la Cofeco ha determinado que Teléfonos de México cuenta con poder sustancial en otros mercados, como el de tránsito local, así como el de arrendamiento mayorista de enlaces dedicados y el de terminación de llamadas.

En un caso similar, la Cofeco también emitió una resolución en abril de 2011 contra la empresa de telefonía móvil Telcel, subsidiaria de la poderosa América Móvil, en la que además se le impuso una multa histórica de casi 12 mil millones de pesos, que correspondía al 13% de la utilidad neta de la compañía, misma que a mediados de 2012 le fue revocada, a cambio de que Telcel cumpliera con ciertas condiciones, que a decir verdad, algunas de éstas ya estaban de facto aplicándose.

Es así que, dejando a un lado el análisis político que se ha suscitado para que aún no se vea un resultado real en la imposición de condiciones particulares a ambos operadores, declarados dominantes en sus respectivos mercados, entraremos a una propuesta en la que se busque un equilibrio económico en los operadores que actualmente subsisten y que también

han hecho fuertes inversiones para permanecer en una posición equitativa, que sería lo más sano en cualquier economía productiva.

Sin mayor preámbulo, las medidas regulatorias que se proponen a fin de eliminar las barreras competitivas en materia de telecomunicaciones y superar de una vez por todas las dos décadas que tenemos con operadores con un marcado papel dominante, básicamente consisten en cuatro puntos: la primera es dotar a los órganos reguladores de medios y recursos para emitir resoluciones que realmente tengan en su motivación y fundamentación, argumentos claros de por qué se requiere regular a los operadores dominantes de manera diferente, como ha sucedido en la mayoría de los países europeos y en algunos de América, para lo cual sería muy probable que también se tuviesen que preparar reformas a la actual Ley Federal de Telecomunicaciones y probablemente a la Ley Federal de Competencia.

Se observó un gran avance cuando en mayo de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que las decisiones de las autoridades reguladoras respecto a la interconexión, no pueden suspenderse mediante impugnaciones presentadas ante los tribunales, ni amparos, ya que lo que propicia es ganar un tiempo razonable para resolver los procedimientos de interés público a fin de que no sean eternizados.

La segunda propuesta es emitir una regulación asimétrica. En los países miembros de la OCDE esta regulación ha sido exitosa al ser aplicada a los operadores dominantes de telecomunicaciones, es por ello que, por ejemplo, en España y en otros países europeos, ya no tienen actualmente esta tendencia, porque ya fue regulada e incluso superada.

En el marco regulatorio de la Comisión Europea, si se determina que un operador tiene un poder sustancial en el mercado, el organismo regulador está obligado a buscar la aplicación de las medidas reguladoras correctivas, con la finalidad de subsanar las conductas contrarias a la competencia, evitar el abuso del poder sustancial de mercado y promover la competencia. Lo anterior podría perfectamente ser una realidad en México, y sin dejar a un lado otro tipo de medidas regulatorias *ex profeso* como lo puede ser que el operador con poder sustancial en el mercado publique una oferta de interconexión de referencia que esté lo suficientemente desagregada, a fin de que los demás operadores no paguen por infraestructura que no utilizan y que, por supuesto, la Comisión Federal de Telecomunicaciones estuviese facultada para modificar dicha oferta de referencia de manera motivada, y que se fortalezcan las obligaciones al operador con poder sustancial en el mercado de presentar separación contable, control de accesos y de precios que vayan orientadas a costos, y asimismo mantener un estricto control en cuanto a solicitudes de acceso, prácticas abusivas o discriminatorias y simulaciones de ofertas en el mercado, ésta última se ha vuelto muy común, ya que pareciera que la argumentación del operador ha resultado exitosa, al abocarse al hecho de tener presentada la información o cumplir con ciertas obligaciones, sin que se verifique que efectivamente trae consigo un beneficio real al consumidor o usuario final.

Es imprescindible contar con un mecanismo más robusto para la fijación de tarifas de interconexión, de manera tal que como ha sucedido en los últimos años, la propia Cofetel pue-

da determinar las tarifas aplicables y que sean bajo un esquema equitativo para los operadores entrantes y el operador con poder sustancial en el mercado, en el entendido de que para éste último no podrá ser por debajo de costos, a fin de ir buscando un equilibrio.

Es innegable la argumentación de los operadores que poseen un poder de dominancia en el sentido que no tienen la obligación de regalar a los demás operadores los accesos a la infraestructura en la que ya han realizado incuantificables inversiones, pero por otra parte al menos en nuestro país, empresas como Nextel, Telefónica o Iusacell, cuentan con un respaldo de inversionistas de gran responsabilidad y seriedad que buscan un mercado más justo, sin desistir de sus propias inversiones que requieran materializar.

Es por ello que la regulación asimétrica constituye tan solo una parte de la solución para nivelar la competencia con los que quieran jugar en el mercado, ya que desafortunadamente se ha vertido gran cantidad de opiniones, que a pesar de ser todas válidas, propician que se tergiverse la intención real de la competencia en un mercado maduro como lo es el de México. Así pues no se requiere dar acceso a la infraestructura sin ningún beneficio para el sujeto activo, pero sí es necesario otorgar facilidades a los operadores para motivar que no distraigan la mayor parte de sus ingresos en pagar cargos y tarifas, sino que existe un compromiso real para que se siga invirtiendo en el país y después de dos décadas de actuar como operador dominante, se tolere ya un crecimiento de los que también han invertido.

Lo anterior, nos lleva a la tercera propuesta, que en teoría es la más simple: apertura total a las inversiones extranjeras en telecomunicaciones. Actualmente, existe una diversidad y convergencia con operadores extranjeros que se puede ver en todo lo que está detrás de una red de telecomunicaciones, ya que es un hecho que todos los operadores, sin excepción, se han allegado de empresas que ofrecen los servicios operativos para poder funcionar de manera eficiente y a precios más competitivos, y no me refiero a las marcas que han llegado a México, que ofrecen una gran gama de equipos, sino a aquellas empresas que trabajan en la implementación, mantenimiento, operación y el suministro de equipos electrónicos necesarios para que los operadores puedan ser más eficaces, en este caso sí existe una real competencia y por lo tanto nos enfrentamos a una extensa variedad de proveedores, algunos más experimentados que otros, algunos de ellos son Ericsson (Suecia), Nec (Japón), Nokia (Finlandia), Motorola (EUA), Huawei (China), Alcatel (Francia).

En el caso de la telefonía celular, los cuatro principales jugadores que operan actualmente en el mercado, dos de ellos son de inversión cien por ciento mexicana (Iusacell y Telcel), por otro lado se encuentra Nextel, con capital estadounidense, y Telefónica, con capital español; sin embargo, basta ver cuáles son los principales operadores a nivel mundial para darnos cuenta que aún existe una gran área de oportunidad para nuevos entrantes, sólo por mencionar a las dos más fuertes a nivel mundial: China Mobile y Vodafone.

Por otro lado, el caso de telefonía fija no es la excepción, y por ello la propuesta integral basa en una tercera premisa la entrada a la inversión extranjera de forma directa, ya que de cualquier manera el mercado fijo está muy consolidado y no sería tarea sencilla el captar nue-

vos usuarios, más que con fuertes inversiones, precios atractivos, campañas publicitarias y, sobre todo, mejores servicios y de mayor calidad.

Finalmente, la cuarta premisa que habría que considerar para buscar esta convivencia más sana, desde el punto de vista competitivo, sería incorporar una regulación *ex ante*, el objetivo de dicha regulación es precisamente impedir que un operador dominante incurra en prácticas contrarias a la competencia como la depredación de mercado, estrangulamiento de márgenes, empaquetamiento abusivo y diversas prácticas de negar, demorar y degradar la provisión de productos esenciales de acceso mayoristas a los competidores.

No obstante, la regulación *ex ante* implica también una reforma estructural profunda, de tal manera que en cualquier industria y no sólo en telecomunicaciones, deberían existir reglas claras para los entrantes y para los operadores con poder sustancial en el mercado u operadores dominantes, cuidando también que no se convierta en una sobreregulación, que con tanto énfasis se ha combatido con autoridades como la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (Cofemer), sino sólo en puntos neurálgicos, como en materia de interconexión, con la fijación de precios y términos y condiciones preestablecidos en convenios, así como en las reglas para el acceso a la infraestructura del operador dominante, entre otros.

Por lo tanto, me permito finalizar con el siguiente razonamiento: no se trata que en México estemos ante un auténtico poder monopólico ejercido por una sola empresa o grupo empresarial, pero sí es un hecho que existe una clara desventaja en la competencia de telefonía fija y móvil, ya que en el mejor de ambos casos el operador con la segunda mejor posición alcanza apenas el 16% de participación en el mercado y ha sido de manera paulatina, al menos en la última década, por lo cual es claramente visible que existe una problemática en materia de competencia económica en nuestro país que debemos solucionar, y a pesar de los esfuerzos del regulador, no se ha visto reflejada con éxito, por ende, considero que no debemos de entrar en subjetividades si el operador dominante es propiedad de una persona o si estamos en manos de inversión extranjera, sino que realmente se busque un beneficio hacia el usuario final o consumidor y esto no lo encontraremos más que con una mayor presión hacia todos los jugadores, y que se convierta en una contienda justa y equitativa donde todos tengan las mismas oportunidades de crecimiento, pero de manera proporcional. Por ello, es necesario iniciar acciones, que los órganos reguladores empiecen de una vez su camino por el que tendrán que afrontar el inevitable obstáculo de los recursos y los amparos, pero a medida que vayamos avanzando, más pronto se darán los cambios y sobre todo con el convencimiento de hacerle un bien al país, y buscar en un escenario ideal una batalla ética en la que se ganen a los usuarios por un mejor precio, calidad y eficiencia y no se pretenda llegar a extremos en que los operadores que no inviertan, busquen sobrevivir a costa del dominante, pero que tampoco se tengan las mismas condiciones regulatorias con uno y otro cuando hay un desfase tan amplio que en ningún país del mundo existe actualmente, sino que se busquen las medidas *ad hoc* para equilibrar el mercado quizá no en una medida idéntica, pero sí en algo más razonable, como está ocurriendo en algunos países latinoamericanos, ya que en

Europa inclusive ha quedado superada, por ello sí es un hecho que *realmente afectan los monopolios en telecomunicaciones en México*, hasta que no reconozcamos que es un mercado *sui generis* que existe un operador dominante que debe ser regulado de manera diferente a los demás operadores y contar con los mecanismos necesarios para que no exista un abuso, y se permita que las demás grandes empresas se les facilite el camino sin conceder algo a cambio, como mejores precios y mayor calidad.

La piratería en México

Introducción

En México, según datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), seis de cada diez personas trabajan en la economía informal, es decir, 29.3 millones de un total de 50 millones de individuos en edad de trabajar llevan a cabo actividades económicas independientes, sin alguna relación laboral y sin el beneficio de la seguridad social.¹ De esta cifra, un indeterminado porcentaje de personas se dedica al comercio de copias de obras no autorizadas, protegidas por el Derecho de autor y los derechos conexos, en vías o en lugares públicos y a la vista y con la aparente complacencia de las autoridades.

No obstante, de acuerdo con cifras de la Procuraduría General de la República (PGR), en el año 2011 se logró el aseguramiento de 2,147,289 videogramas, 18,799 videojuegos, 746,001 fonogramas, 500,740 artículos de materia prima para la elaboración de videogramas y fonogramas, 1,353 materiales de *software*, 25,043 artículos de perfumería y cosméticos, 3,256 aparatos eléctricos, 11,377,548 artículos publicitarios, 249,147 libros, 2,422 juguetes, 215 enseres domésticos, 592,075 materiales de papelería, 33 artículos industriales, 34,400 cigarrillos, 45,040 pares de calzado, 905,775 artículos diversos, así como 54 computadoras utilizadas como instrumento del delito. Además se dismantelaron 106 laboratorios, y se aseguraron 18 inmuebles, asimismo se realizó la detención en flagrancia de 111 personas; se retuvieron 4,414 aparatos para reproducir discos compactos y se consignaron 39 averiguaciones previas, en las cuales se dictaron autos de formal prisión para 23 personas, y se obtuvieron 17 sentencias condenatorias.² A pesar de las cifras anteriores, se debe advertir que la Unidad Especializada en Delitos de Derechos de Autor y la Propiedad Industrial de la PGR actúa combatiendo delitos en la materia en todo el país, para ello cuenta con 26 ministerios públicos, de los cuales un importante número enfrenta responsabilidades administrativas de

¹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, disponible en: <http://goo.gl/ihK1ik>; *La Jornada*, 12 de diciembre de 2012, disponible en: <http://goo.gl/smwqfZ>

² Memoria documental del Comité Interinstitucional para la atención de los Derechos de Autor y la Propiedad Industrial, México, PGR, 2012, pp. 50 y 51.

servidores públicos. Sobre los anteriores datos, se vuelve oportuna la pregunta: ¿qué hace que los vendedores ambulantes, comúnmente identificados como “piratas” o “vagoneros”, realicen esta actividad delictiva a plena luz del día y con el riesgo de perder su libertad? Sin duda la respuesta la encontraremos en la existencia de una demanda constante de mercancías “piratas” por parte de un público que no está en posibilidades económicas de pagar el importe de la mercancía “legal”, así como en una economía que no permite a un gran número de mexicanos ingresar a las filas laborales dentro de la formalidad, ya sea porque no existe una oferta de trabajo suficiente frente a la demanda, ya porque los trabajos existentes son mal remunerados.

En un fenómeno que desde luego es global y en el que se ha involucrado el crimen organizado, hay quienes consideran que la arraigada costumbre del mexicano de comprar en la vía pública, explica el éxito del comercio informal; basta recordar la magnífica representación del antiguo mercado de los mexicas exhibida en el Museo Nacional de Antropología como un ejemplo de que desde tiempos remotos la gente acudía a este lugar ubicado en la vía pública para adquirir diversos productos.

En materia de estadística, conforme a los “indicadores clave” emitidos en el mes de mayo de 2012 por la Auditoría Superior de la Federación (ASF), en 2011 y dentro del rubro *corrupción*, la violación a los derechos de propiedad intelectual ocupó el sexto lugar en la comisión de delitos de tipo económico, sólo por debajo de lavado de dinero, crimen cibernético, soborno, fraude contable y malversación de activos, por lo que México es uno de los países que en 2009 perdió más dinero por concepto de grabaciones ilegales de música con 436.4 millones de dólares.³

De acuerdo con los referidos indicadores de la ASF, en términos de evolución o retroceso, en 2009 la piratería en México presentó resultados mixtos. Por un lado, la participación del mercado de grabaciones y música creció dos puntos porcentuales respecto del año previo y, por otro lado, el mercado de programas empresariales se mantuvo con 59% como en 2008. Asimismo, dentro del mercado ilegal, en 2009 se registró 59% en mercados empresariales y 82% en grabaciones y música. Por otra parte, la piratería y la economía informal son fenómenos ubicados como el segundo y tercer obstáculo respectivamente para el desarrollo de los empresarios, de lo que se evidencia el impacto negativo que a las empresas genera la actividad en estudio.⁴

Así, en aras de la objetividad, al mismo tiempo de que se analiza en el presente estudio la figura delictiva de la “piratería” en relación con los derechos autorales y los derechos conexos y el innegable daño que causa a los autores, intérpretes, ejecutantes e industria cultural, también se consideró importante escuchar a través del método de la entrevista a comerciantes que llevan a cabo esta actividad.

³ Auditoría Superior de la Federación, *Perfil de México a través de indicadores clave*, México, Color, 2012, p. 74.

⁴ *Idem.*

Delitos e infracciones en materia de Derechos de autor

Marco histórico

Los delitos en materia de Derechos de autor fueron sancionados a partir del Código Civil de 1884; se debe recordar que la materia autoral era regulada por los códigos civiles, y no fue sino a partir de la Conferencia Interamericana de Expertos para la Protección de los Derechos de Autor o Convención de Washington de 1946 que se le reconoce a los derechos de autor una naturaleza *sui generis* y se les disocia de la propiedad ordinaria, por lo que en congruencia con los principios adoptados por dicha conferencia de la que los Estados Unidos Mexicanos fue parte, se expidió la Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 1947 y se federalizó a la materia, derogándose así el título octavo del libro segundo del Código Civil vigente, relativo a los autores.

Es así que a partir de la mencionada Ley Autoral de 1947 y las subsecuentes leyes de los años 1956 y 1963 se incluyeron sendos capítulos de delitos especiales sobre derechos de autor. No fue sino hasta la ley vigente publicada el 24 de diciembre de 1996 en el *Diario Oficial de la Federación* que se trasladaron las disposiciones penales al Código Penal Federal bajo el título vigésimo sexto sobre Delitos en Materia de Derechos de Autor. Ahora bien, por lo que se refiere al artículo 424 ter del Código Penal en análisis, no fue sino hasta la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 17 de mayo de 1999 que el delito de “piratería” fue tipificado. Asimismo, con la reforma al artículo 429 del Código Penal Federal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de junio de 2010 el delito en comento se persigue de oficio.

Noción de los derechos de autor y los derechos conexos

En palabras del doctor Horacio Rangel Ortiz, “los derechos de autor son aquellas normas que rigen las formas de adquisición, conservación, ejercicio, respeto, defensa y terminación de los derechos que recaen sobre las obras de arte, también llamadas *obras del espíritu*”.⁵ La Ley Federal del Derecho de Autor es la norma reglamentaria del artículo 28 constitucional y tiene por objeto la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación, la protección de los derechos de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones, al igual que de los *otros derechos de propiedad intelectual*, tales como las reservas de derechos o el derecho de imagen. El derecho de autor, conforme lo marca la ley en la materia, es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras artísticas tales como musicales, con o sin letra, dramáticas, de danza,

⁵ Jesús PARETS GÓMEZ, *Teoría y práctica del derecho de autor*, prólogo, México, Sista, 2012, p. 9.

pictóricas o de dibujo, escultóricas, arquitectónicas, cinematográficas, fotográficas, caricaturas e historietas, y demás obras audiovisuales; programas de radio y televisión, programas de cómputo, obras de arte aplicado, de compilación, colecciones de obras, bases de datos que constituyan una creación intelectual, entre otras; en virtud del cual se otorga protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal, llamados “derechos morales” y de carácter patrimonial o económico.

Los titulares de los derechos morales tendrán en todo momento la facultad para determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma; los titulares de los derechos patrimoniales, que no necesariamente deben de guardar identidad con el titular del derecho moral, tendrán las facultades, entre otras, de autorizar o prohibir la reproducción, publicación, edición, fijación material de la obra en copias o ejemplares en cualquier medio, ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar, así como la distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de uso o explotación.

Los derechos conexos comprenden, conforme lo establece la ley en la materia, aquellos derechos de personas próximos o complementarios a las creaciones intelectuales de carácter literario o artístico y que se conceden en favor de artistas intérpretes o ejecutantes como son actores, narradores, declamadores, cantantes, músicos, bailarines, o a cualquiera otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística o una expresión del folclor o que realice una actividad similar, aunque no haya un texto previo que norme su desarrollo, así como a la llamada “industria cultural”, a saber, editores, productores de fonogramas, y videogramas y organismos de radiodifusión. Los titulares de los derechos conexos en general tienen —entre otros— el derecho de oponerse a que se realice una explotación no autorizada y con ánimo de lucro del producto de su labor intelectual. La razón para regular por separado a los derechos de autor y los derechos conexos estriba en que el objeto de protección de los primeros está relacionado con la creación de obras literarias y artísticas mientras que en los segundos, su objeto de protección es primordialmente la divulgación de las obras.⁶

La piratería conforme a la Ley Federal del Derecho de Autor

Cada día tomamos conocimiento de conductas que violan normas y derechos de propiedad intelectual, ya en el plano de la propiedad industrial, o en el de la propiedad intelectual en sentido estricto o *derechos de autor*. A tales conductas las llamamos coloquialmente “piratas” o de “piratería” y conforme a las normas legales que se analizan a lo largo de esta aportación, a saber, la Ley Federal del Derecho de Autor y el Código Penal Federal, estaremos respectivamente en presencia de infracciones en materia de comercio por un uso o comercialización de copias no autorizadas o ante la comisión de un delito; es decir, una sola conducta está prevista en dos ordenamientos distintos. En el primero referido se contempla como una infrac-

⁶ Roberto GARZA BARBOSA, *Derechos de autor y Derechos conexos*, México, Porrúa, 2009, p. 49.

ción administrativa y en el segundo como un delito federal. La expresión “pirata”, aplicada a la propiedad intelectual, fue acuñada por la industria británica del *copyright* y se refiere a la copia o comercialización de obras literarias o artísticas realizadas sin el consentimiento del titular o causahabiente del derecho de autor. Para el *Diccionario de la Lengua Española*, edición *pirata* es “la llevada a cabo por quien no tiene derecho a hacerla así como aquello que es muy semejante a estos, o su imitación o remedo”; *piratería* es el “ejercicio de pirata, robo o presa que hace el pirata, robo o destrucción de los bienes de alguien”; mientras que *piratear* es “ejercer la piratería, cometer acciones delictivas contra la propiedad, como hacer ediciones sin permiso del autor o propietario, contrabando, etc.”.

Sobre lo anteriormente referido, la conducta en comento se puede ubicar como una *infracción en materia de comercio en perjuicio de los derechos de autor o derechos conexos por virtud de la producción, distribución, almacenamiento, transportación o comercialización con dolo y con fines de lucro de cualquier obra autoral prevista o reconocida por el artículo 13 de la Ley Federal del Derecho de Autor o el artículo 2-1 de la Convención de Berna o de los derechos conexos reconocidos por el artículo 49 de la Ley Federal del Derecho de Autor o el artículo 3 de la Convención de Roma, excluyéndose desde luego aquellas obras que por su naturaleza no puedan ser explotadas por la piratería*. En efecto, conforme a la fracción III del artículo 231 de la Ley Federal del Derecho de Autor, la hipótesis analizada se considera como una *infracción en materia de comercio*, la cual se contempla de la siguiente forma:

Artículo 231. Constituyen infracciones en materia de comercio las siguientes conductas cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto:

[...]

III. Producir, reproducir, almacenar, distribuir, transportar o comercializar copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por los derechos de autor o por los derechos conexos, sin la autorización de los respectivos titulares en los términos de esta ley[...]

Las infracciones en materia de comercio son aquellas causales previstas en la Ley Autoral para sancionar conductas violatorias de los derechos de autor y otros derechos relacionados con la esfera del comercio y que persiguen un lucro directo o indirecto. Es preciso observar, asimismo, que el legislador prevé la comercialización de *copias de obras protegidas por la ley* y no *modificaciones de las obras*, ya que en caso de que hubiese una variación de la obra que la hiciere semejante en grado de confusión a la obra original, aplicaría la infracción establecida en la fracción IV del artículo en cita,⁷ de ahí la importancia de que el promovente de la acción administrativa funde adecuadamente su pretensión ante la autoridad competente. Respecto a la causal analizada, el doctor Jesús Parets comenta:

⁷ IV. “Ofrecer en venta, almacenar, transportar o poner en circulación obras protegidas por esta Ley que hayan sido deformadas, modificadas o mutiladas sin autorización del titular del derecho de autor[...].”

[...]esta es una causal de infracción mixta, ya que tutela derechos de autor y derechos conexos, comprendiendo diversos sujetos de infracción; es decir, está dirigida no sólo a proteger derechos patrimoniales de los creadores de obras artísticas y literarias, sino también de los editores, de los productores de fonogramas y de los productores de videogramas como titulares de derechos conexos protegidos por el citado ordenamiento jurídico. Se trata de una causal en dos dimensiones, la que deriva de los derechos de autor sobre las obras literarias y artísticas y, la que resulta de aquellas personas que sin tener la calidad de autores hacen posible la explotación comercial de la obra, su divulgación, su comunicación pública, su reproducción y demás actos derivados de las facultades del derecho patrimonial de autor [...] la citada causal se relaciona con temas de gran trascendencia dentro del derecho de autor como: la piratería de discos compactos y de videogramas, la reprografía ilícita, la copia no autorizada de los programas de cómputo, así como de múltiples obras literarias y artísticas, entre otras.⁸

Así, los elementos indispensables para la configuración de la infracción son:

1. Debe existir una titularidad de un derecho de autor o un derecho conexo: dicha titularidad se acredita, para el caso de los derechos de autor, con la simple fijación de la obra en un soporte material (principio de “protección automática”) o a través del registro de la obra ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDA) y, para el caso de los derechos conexos, a través de convenios, contratos y demás actos jurídicos debidamente inscritos en el Registro Público del Derecho de Autor del INDA en los que se estipule la autorización del autor para la explotación de la obra.
2. Debe de haber una conducta (no una omisión): producir, reproducir, almacenar, distribuir, transportar o comercializar copias de obras y demás soportes materiales sin autorización. Desde nuestro punto de vista, las palabras *producir* y *reproducir* deben de entenderse como sinónimos ya que ambos vocablos se refieren al acto de realizar o elaborar uno o más ejemplares o copias de una obra en cualquier formato, ya sea, magnético, óptico, digital, electrónico, entre otros.
3. Debe de haber un lucro: conforme al artículo 11 del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, el *lucro directo* consiste en el beneficio económico por la explotación de un derecho de autor, mientras que el *lucro indirecto* será todo beneficio económico adicional o complementario que se obtenga con motivo de la explotación de una obra. El referido artículo del reglamento establece:

Artículo 11. Se entiende realizada con fines de lucro directo, la actividad que tenga por objeto la obtención de un beneficio económico como consecuencia inmediata del uso o explotación de los derechos de autor, derechos conexos o reservas de derechos, la utilización de la imagen de una persona o la realización de cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de cómputo.

⁸ Jesús PARETS GÓMEZ, *El proceso administrativo de infracción intelectual*, México, Sista, 2007, p. 132.

Se reputará realizada con fines de lucro indirecto su utilización cuando resulte en una ventaja o atractivo adicional a la actividad preponderante desarrollada por el agente en el establecimiento industrial, comercial o de servicios de que se trate.

No será condición para la calificación de una conducta o actividad el hecho de que se obtenga o no el lucro esperado.⁹

Para terminar, conviene anotar que la facultad para invocar la función administrativa o jurisdiccional (*ius prohibendi*) en favor del titular del derecho intelectual para perseguir a quien viole su derecho únicamente se emprende en contra de la persona que lleve a cabo el comercio de copias no autorizadas, agotándose este derecho para accionar en contra de quienes adquieren las mercancías en comentario.

Sanción y competencia de infracciones en materia de comercio

De acuerdo con la fracción I del artículo 232 de la Ley Federal del Derecho de Autor, la infracción analizada en el apartado anterior será sancionada con multa que irá de los 5,000 hasta los 10,000 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal al momento en que se cometió la infracción. Asimismo, en una disposición sumamente criticada por la doctrina, la Ley Autoral establece que el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) sancionará las infracciones en materia de comercio de acuerdo con lo establecido por los títulos sexto y séptimo de la Ley de la Propiedad Industrial, que regulan los procedimientos, infracciones y sanciones administrativas. Cabe hacer la observación de que si bien es cierto que las fracciones IV y V del artículo 6 de la Ley de la Propiedad Industrial otorgan facultades al IMPI para sustanciar los procedimientos, formular las resoluciones y emitir las declaraciones administrativas correspondientes y realizar las investigaciones de presuntas infracciones administrativas en materia de propiedad industrial, en ningún momento se le concede al IMPI por ley la facultad específica para conocer de procedimientos relacionados con los derechos de autor o los derechos conexos, situación que requiere regularización a través de la correspondiente reforma a la referida Ley de la Propiedad Industrial.

La piratería conforme al Código Penal Federal

Previamente a entrar en materia, cabe recordar que delito, conforme al artículo 7 del código punitivo federal, es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Para Edmund Mezger, citado por José Arturo González Quintanilla,

⁹ Resulta interesante observar que conforme al párrafo final del artículo 11 del reglamento de la ley autoral, no es obstáculo para calificar a la conducta como infracción el hecho de que se obtenga o no el lucro.

[...]delito es un hecho del hombre que vulnera las condiciones de existencia, de conservación, de desarrollo, de una sociedad en un momento determinado y por el cual se prevé para el sujeto agente como consecuencia una pena de naturaleza aflictiva en cuanto comporta privación o disminución del disfrute de determinados bienes jurídicos (vida, libertad personal, patrimonio, etc.).¹⁰

Así, se puede sostener que para estar en presencia del delito deberá existir una conducta que lesione un bien jurídico tutelado a través de una determinada intervención del sujeto activo descrita en la hipótesis normativa pudiendo existir el dolo como un elemento subjetivo específico.

El artículo 424 ter del Código Penal Federal a la letra dispone:

Artículo 424 ter. Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de cinco mil a treinta mil días multa, a quien venda a cualquier consumidor final en vías o en lugares públicos, en forma dolosa, con fines de especulación comercial, copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, a que se refiere la fracción I del artículo anterior.

Si la venta se realiza en establecimientos comerciales, o de manera organizada o permanente, se estará a lo dispuesto en el artículo 424 Bis de este Código.

Los elementos del tipo penal en análisis son:

- I. *Acción o conducta*: a) Venta a cualquier consumidor final en vías o en lugares públicos, en forma dolosa y con fines de especulación comercial de copias de obras, fonogramas, videogramas o libros protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor; y b) Venta en establecimientos comerciales, de manera organizada o permanente de obras protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor.
- II. *Lesión de bien jurídico protegido*: derechos de propiedad intelectual de los titulares de obras protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor (derechos de autor y derechos conexos).
- III. *Forma de intervención del sujeto activo*: como ya se refirió, este precepto se refiere a vendedores ambulantes, o sea, los que realizan por sí la conducta típica consistente en la venta a cualquier consumidor final en vías o lugares públicos, en forma dolosa y con fines de especulación comercial de copias de obras, fonogramas, videogramas o libros protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor. Igualmente, se refiere a los que realicen por sí la conducta típica consistente en la venta en establecimientos comerciales o de manera organizada o permanente de obras protegidas por la Ley Autoral. Es relevante hacer notar que esta hipótesis normativa no contempla castigo alguno en contra del consumidor.
- IV. *Dolo*: el precepto exige la realización de la conducta en forma dolosa.

¹⁰ José Arturo GONZÁLEZ QUINTANILLA, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1991, p. 170.

- V. *Elemento normativo*: sin la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos conexos.
- VI. *Elemento subjetivo específico*: fin de especulación comercial.

Para Ignacio Otero y Miguel Ángel Ortiz, en este precepto el bien jurídico tutelado es el derecho autoral y la conducta en análisis siempre se comete en forma dolosa, ya que no es posible la generación de una acción por omisión o por comisión por omisión en virtud de que el tipo penal exige que el sujeto activo ejecute una acción que por su naturaleza produce un delito instantáneo, permanente o continuo y continuado, considerando que la conducta se consumará instantáneamente cuando se realiza la transacción o venta del producto ilegal, pero también se actualiza al mantenerlo en oferta o exhibición diaria.¹¹ Cabe hacer mención que el delito analizado sólo sanciona la violación de los derechos de autor y derechos conexos, por lo tanto, otros derechos previstos en la ley, como las reservas de derechos, no son protegidos mediante la vía penal, sino únicamente por medio de la vía administrativa.

Finalmente, es importante mencionar que el artículo 428 del código punitivo otorga a los afectados por este delito la acción de reparación del daño, cuyo monto no podrá ser menor al 40% del precio de venta al público de cada producto o de la prestación de servicios que impliquen violación a alguno o algunos de los derechos tutelados por la Ley Federal del Derecho de Autor, cuantificación que se antoja difícil de fijar ante el juzgador por las características del sujeto activo.

Requisitos de procedibilidad y competencia en materia penal

A diferencia de lo que ocurre en materia de propiedad industrial en la que sí se requiere un dictamen técnico del IMPI para que el Ministerio Público ejercite acción penal, en materia de derechos de autor no es requerido dictamen alguno por parte de la autoridad administrativa para que el fiscal, en calidad de titular monopólico de la acción penal, inicie la etapa preprocesal. Así, el titular afectado con la conducta referida podrá interponer la denuncia penal correspondiente sin verse obligado a llevar un tardado procedimiento administrativo que resuelva la existencia de una infracción en materia de comercio para después acudir a la instancia penal. Esta medida se observa como atinada si se considera que imponer a los titulares afectados la carga de un dictamen previo equivaldría a hacer prácticamente nugatorio su derecho para explorar la vía penal tomando en cuenta que los infractores son individuos que operan desde la informalidad y no sería factible que litigasen ante el IMPI en un procedimiento de solicitud de declaración de infracción.

Por otra parte, toda vez que los delitos en materia de derechos de autor están regulados en el Código Penal Federal, tales conductas delictivas son de competencia federal. No obs-

¹¹ Ignacio OTERO MUÑOZ *et al.*, *Propiedad intelectual*, México, Porrúa, 2011, p. 790.

tante que el Código Penal Federal contempla delitos relacionados con la propiedad intelectual, cabe advertir que el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación no otorga competencia específica a los jueces federales penales para conocer de tales ilícitos.

Algunos tratados internacionales que abordan el tema de la piratería

Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas

Al ser el tratado internacional marco de la materia de derechos de autor, el 24 de julio de 1971, el plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos firmó el referéndum del Acta de París del Convenio de Berna, que fue aprobado por la Cámara de Senadores el 28 de diciembre de 1973, ratificado por el Ejecutivo Federal el 4 de julio de 1974, depositado ante la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el 11 de septiembre de 1974, promulgado el 20 de septiembre de 1974 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de enero de 1975. El objetivo de este instrumento internacional es el de crear una unión de naciones para establecer una protección efectiva a los derechos de autor sobre las obras literarias, científicas y artísticas, garantizar el respeto de los derechos de la personalidad y favorecer el desarrollo de las letras, ciencias y artes. Sobre el tema en análisis, el Convenio de Berna establece en su artículo 16 la facultad para los países miembros del convenio para decomisar, de conformidad con las legislaciones locales, obras falsificadas en que la obra original tenga derecho a la protección legal. El término obras falsificadas es aplicable a la comercialización no autorizada de copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por los derechos de autor o por los derechos conexos, no obstante, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), sostiene que

[...]la “falsificación” se refiere habitualmente a las infracciones de marcas, mientras que la “piratería” va habitualmente unida a las infracciones de derechos de autor y derechos conexos [...] ambos términos se utilizan normalmente en relación con demandas por infracción dolosa de derechos de propiedad intelectual que están relacionados con los fines comerciales del infractor o que ocasionan un daño económico significativo al titular de los derechos.¹²

Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)

Este instrumento constituye el anexo 1-C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio del 15 de abril de 1994, ratificado por el Estado mexicano el 31 de agosto de 1994, que entra en vigor el 1 de enero de 1995, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1994. El objetivo de este acuerdo es-

¹² www.wipo.int/enforcement/es/faq/counterfeiting/faq01.html

triba en reducir obstáculos al comercio y fomentar la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual para contribuir a la promoción e innovación tecnológica de modo que se favorezca el bienestar social y económico. Asimismo, se implementa la protección del derecho de autor abarcando las expresiones, pero no las ideas, y brinda protección a los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas (grabaciones de sonido) y los organismos de radiodifusión, en lo que respecta a la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones en un fonograma, con lo que otorga facultad a los artistas intérpretes o ejecutantes de impedir, cuando se lleve a cabo sin su autorización, la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas y la reproducción de tal fijación. Uno de los aspectos del acuerdo que merece mención, es la protección a programas de cómputo, en forma de *programas fuente* o *programas objeto*, a los que se les da un tratamiento análogo al de obras literarias. El artículo 41 del acuerdo establece que los países miembros se asegurarán de que en sus legislaciones se prevean procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de tales derechos, estableciendo recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones, siempre y cuando tales procedimientos no generen obstáculos o abusos al comercio legítimo.

Respecto al tema de la piratería, el artículo 61 establece:

Los Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial. Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente. Cuando proceda, entre los recursos disponibles figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito. Los Miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial.

Acuerdo Comercial Anti-Falsificación (Ant-Counterfeiting Trade Agreement)/Acta)

Derivado de la Alianza para la Seguridad y la Protección en América del Norte (ASPAN) del año 2007 y basándose en los principios de ADPIC, este acuerdo prevé un marco legal enérgico en contra de la falsificación y la piratería. México anunció su intención de integrar el acuerdo en el mes de octubre de 2007, sin embargo, ha habido muchos cuestionamientos en torno a dicho acuerdo entre los que destacan probables violaciones a derechos sobre datos personales y libertad de expresión en Internet.¹³ Dentro de los aspectos más relevantes rela-

¹³ Juan Ángel GARZA VITE, “¿México está preparado para el Acuerdo Comercial Anti-Falsificación?”, Revista *El Ilustre*, México, El Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, 2012, p. 5.

cionados con la propiedad intelectual, ACTA contempla establecer mejores prácticas para la observancia de los derechos de propiedad intelectual, fomentar conciencia pública sobre el respeto a los derechos de propiedad intelectual, proporcionar un marco efectivo para el combate a la piratería, incluyendo la de discos ópticos y la falsificación, establecer en las legislaciones medidas de frontera, distribución vía Internet e información tecnológica. El 1 de mayo de 2011 inició el periodo de firma por parte de los estados miembros, el cual se mantiene abierto durante un año. El día 11 de julio de 2012 México firmó ACTA, y queda pendiente su ratificación por parte del Senado de la República.

Un punto de vista desde la ilicitud

Desde el momento en que se legisló en torno al fenómeno de la piratería y su persecución de oficio, fueron muchas las voces que coincidieron en sostener que paralelamente se estaba criminalizando a la pobreza, ya que dicha actividad se ejerce como una opción de supervivencia ante la escasez de fuentes de trabajo y la falta de remuneración suficiente en el empleo. Con el fin de entender en forma integral el tema en estudio, nos acercamos a entrevistar a las personas que ejercen el comercio de copias no autorizadas de obras, fonogramas, videogramas o libros, encontrando cierta reticencia por parte de estos comerciantes para hablar sobre el tema y sus circunstancias personales. No obstante lo anterior, logramos entrevistar a 20 personas en mercados, puestos ambulantes y en el sistema de transporte colectivo “metro”, en este último caso en su mayoría eran vendedores invidentes. En las referidas entrevistas se hicieron 15 preguntas encaminadas a conocer las circunstancias personales que hicieron a los vendedores dedicarse a dicha actividad comercial, requisitos, cuotas o anuencias para realizar la venta de los productos, lugar de adquisición de la mercancía, márgenes de ganancia, conocimiento sobre la ilicitud de dicha actividad, conocimiento del daño que se genera a autores, artistas intérpretes, ejecutantes e industria cultural y si han tenido problemas legales por el ejercicio de esta actividad.

Los resultados de las entrevistas arrojaron coincidencias. Por unanimidad los sujetos entrevistados manifestaron que la necesidad económica era la causa de que se dedicaran a la venta de mercancía pirata, refiriendo asimismo que de encontrar otra actividad o medio de sostenimiento económico lo tomarían si este fuera remunerado a la par de la piratería. Solamente uno de los entrevistados refirió pagar una cuota semanal a organizaciones de vendedores para poder vender en un puesto ambulante. Por lo que se refiere al lugar de adquisición de la mercancía, la mayoría declaró que compraba en diversas zonas del barrio de Tepito, solamente uno mencionó La Merced, Santa Anita y Chabacano; y dos personas invidentes mencionaron que producían sus grabaciones en cafés internet. Asimismo, los márgenes de ganancia por la venta de este tipo de mercancías van desde 100% hasta 50%. Finalmente, todos los interesados manifestaron saber que la piratería es un delito y que al llevar a cabo esta actividad generan un perjuicio a los autores y titulares de derechos con-

xos, sin embargo, ninguno de los entrevistados había sido remitido ante el Ministerio Público, y solamente cinco personas fueron multadas por el Juez Cívico por violaciones al Bando de Buen Gobierno del Distrito Federal. Vale referir que en todos los casos, los sujetos entrevistados se justificaron alegando una imperiosa necesidad económica para dedicarse a la multitudinaria actividad.

Desde luego que el objetivo de esta aportación no es hacer una apología del delito a través de la presentación de justificaciones de los vendedores, sin embargo, es indudable que las condiciones económicas y sociales de nuestro país arrojan a estas personas a la ilicitud. Asimismo, un factor que se observa para el desarrollo de la piratería es la demanda de discos y mercancía pirata que, como se indicó, no está contemplada en la legislación mexicana como delito, aunque otros países como Italia sancionan con multa a los consumidores que compren artículos piratas, posibilidad que en nuestro país ha sido debatida pero nunca implementada a la legislación.

A manera de conclusión tenemos que si bien es cierto que las autoridades mexicanas realizan esfuerzos para frenar la piratería, ésta es una actividad vigorosa que de ninguna forma se advierte como susceptible de erradicarse en lo próximo, más aun cuando endurecer las políticas antipiratería generaría un costo político y social que los diversos actores políticos no pueden darse el lujo de asumir. Más allá de proponer un endurecimiento en las penas o una ampliación a la aplicación de sanciones al consumidor, la solución al problema se vislumbra en aplicar con certeza y en forma inexorable las penas que la ley impone, fomentando a su vez la educación en torno a la propiedad intelectual y su valor en relación con el acervo cultural de la Nación, recordando que el comercio informal afecta directamente a los autores, a titulares de derechos conexos y al Estado en general, ya que esta actividad no paga impuestos. En consecuencia, es fundamental reflexionar en torno a las facilidades y costos accesibles que la industria cultural otorga al consumidor para adquirir mercancía original, recordando que en muchos casos el consumidor adquiere mercancías piratas en virtud de que no tiene las posibilidades para comprar productos originales. Así, es digna de recordar la propuesta que el genial músico Frank Zappa hacía en 1983:

Proponemos adquirir los derechos para duplicar digitalmente y almacenar lo mejor del catálogo de cada compañía de discos en una localización central de procesamiento, y hacerlo accesible por teléfono o televisión por cable.

Bibliografía

- GARZA BARBOSA, Roberto, *Derechos de Autor y Derechos Conexos*, México, Porrúa, 2009.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *Derecho Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1991.
- Memoria documental del Comité Interinstitucional para la atención de los Derechos de Autor y la Propiedad Industrial*, México, PGR, 2012.
- OTERO MUÑOZ, Ignacio *et al.*, *Propiedad Intelectual*, México, Porrúa, 2011.

PARETS GÓMEZ, Jesús, *Teoría y práctica del derecho de autor*, México, Sista, 2012.

PARETS GÓMEZ, Jesús, *El proceso administrativo de infracción intelectual*, México, Sista, 2007.

Perfil de México a través de indicadores clave Auditoría Superior de la Federación, México, Color, 2012.

Fuentes hemerográficas

GARZA VITE, Juan Ángel, “¿México está preparado para el Acuerdo Comercial Anti-Falsificación?”, Revista *El Ilustre*, México, El Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, 2012.

Fuentes electrónicas

<http://www.jornada.unam.mx/2012/12/12/economia/006o1eco?partner=rss>

www.wipo.int/enforcement/es/faq/counterfeiting/faq01.html

Cláusula arbitral, implicaciones legales de su inserción en contratos mercantiles en el Distrito Federal

Introducción

Los abogados somos los facilitadores de las relaciones humanas, pues mediante nuestra intervención se previenen o resuelven las desavenencias que hubiere entre dos o más posturas, según sea el caso. En particular en materia comercial, dada la rapidez de las transacciones, buscamos implementar en los contratos mercantiles mecanismos expeditos que permitan a los comerciantes ajustar sus posturas ante un conflicto, a fin de seguir con el flujo comercial, a través de medios alternativos de solución y, de ser necesario, establecer un procedimiento ágil, claro y certero que permita solucionar cualquier controversia que surja, de allí el auge del arbitraje y su regulación.

En tal virtud, el abogado que pretende insertar un acuerdo arbitral en un contrato mercantil en el Distrito Federal, debe entender lo que significa o lleva en sí dicho acuerdo, desde su definición, formas y marco jurídico, pasando por los elementos que permitirán su éxito, hasta las consecuencias del incumplimiento del laudo, por una de las partes, e incluso, la forzada intervención del órgano judicial para resolver sobre la nulidad de un acuerdo arbitral, en violación a la autonomía de la voluntad de las partes y de la competencia del Tribunal Arbitral.

En el presente artículo haré un breve estudio de dichas implicaciones tomando en consideración: el Código de Comercio (CCo), el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (Reglamento de Arbitraje de la Canaco), las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (Reglas de Arbitraje del CAM) y la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o por sus siglas en inglés UNCITRAL (United Nations Commission for the Unification of International Trade Law), a fin de que el profesionista en comento esté consciente que una parte del éxito del arbitraje descansa en la claridad de las reglas procesales, por lo que, preferentemente, debe ceñirse a un cuerpo bien estructurado de dichas reglas, acogiéndose a las que prevén cualquiera de los ordenamientos referidos (CCo, Reglamento de Arbitraje de la Canaco o Reglas de Arbitraje del CAM), y no tratar de hacer reglas “a modo” que después puedan dificultar la substanciación del propio arbitraje y la ejecución judicial del laudo, habida

cuenta que, aun cuando sea deseo de las partes separarse de los órganos jurisdiccionales, con el claro propósito de que árbitros independientes y especializados en la materia del conflicto lo resuelvan en un plazo más corto que un Tribunal Judicial, sabiendo de antemano el costo de la resolución del conflicto, eventualmente, alguna de las partes tendrá que recurrir ante dicho tribunal para hacer efectivo el laudo, dado su carácter no vinculatorio, e incluso a tratar de desconocer el acuerdo arbitral, impugnando su nulidad. [Se sugiere que en lugar de las abreviaturas marcadas en verde, se agreguen los términos completos, como se propone.]

Iniciación al arbitraje comercial en el Distrito Federal

Definición

De acuerdo con Charles Jarrosson, citado por Francisco González de Cossío, el arbitraje: “Es una institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos”.¹

Asimismo, según la *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, el Arbitraje Comercial es:

[...] un método o técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la intervención heterocompositiva de uno o varios árbitros, quienes derivan sus facultades de un acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia [...].²

Por su parte, el Código de Comercio vigente define al Arbitraje Comercial, en la fracción II de su artículo 1416 como “cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no, una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo”.

Para mí, el Arbitraje Comercial es un medio alternativo de solución de conflictos que se da entre dos o más partes, a una o varias desavenencias de carácter comercial, contractuales o no, presentes o futuras, que surge cuando éstas convienen expresamente que un tercero independiente, imparcial y experto en la materia de discusión, denominado árbitro o Tribunal Arbitral, resuelva la o las controversias bajo determinadas reglas que constituyen un procedimiento. A dicho convenio se le denomina acuerdo de arbitraje.

Tal definición se robustece con lo que dispone el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI, el cual define al *acuerdo de arbitraje* como “acuerdo por el que las partes deciden someter al arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un

¹ Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, 3ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 45.

² *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. A-B, 2ª ed., México, UNAM-IJ/Porrúa, 2004, pp. 317-318.

contrato o la forma de un acuerdo independiente” y como “el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no”.³

Formas que puede adoptar el Acuerdo de Arbitraje Comercial

Como se aprecia en el citado artículo de la Ley Modelo, en el que se inspira la parte *in fine* de la fracción I del artículo 1416 del Código de Comercio vigente, el acuerdo de arbitraje puede adoptar la forma de una cláusula compromisoria, incluida en un contrato, o la forma de un acuerdo independiente.

En el caso del Código de Comercio, no hay alguna referencia para establecer cómo es que las partes podrían redactar ese acuerdo arbitral, lo que sí ocurre en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México y, no tan detallado, en las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México, según se aprecia en la siguiente transcripción:

	Reglamento de Arbitraje de la Canaco	Reglas de Arbitraje del CAM
Cláusula compromisoria	<p>“Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México”.</p> <p>“Se recomienda a las partes que consideren agregar lo siguiente:</p> <p>El número de árbitros será [...] (uno o tres).</p> <p>El lugar del arbitraje será [...] (ciudad y país).</p> <p>El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será [...].</p> <p>El derecho aplicable a la controversia será [...]”.</p>	<p>“Todas las desavenencias que deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM), por uno o más árbitros nombrados conforme a dichas Reglas”.</p> <p>“Además, las partes pueden indicar en la cláusula de arbitraje el derecho aplicable al contrato, el número de árbitros, el lugar de arbitraje y el idioma del procedimiento arbitral”.</p>

³ Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la cual fue adoptada en México en 1993.

Acuerdo Independiente	<p>“1. [Hacer una descripción de los antecedentes que dieron lugar al surgimiento de la controversia].</p> <p>2. ‘Todo litigio, controversia o reclamación resultante de los hechos narrados en el párrafo 1 de esta cláusula o relativa a los mismos, incluyendo su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México’.</p> <p>Se recomienda a las partes que consideren agregar lo siguiente:</p> <p>El número de árbitros será [...] (uno o tres).</p> <p>El lugar del arbitraje será [...] (ciudad y país).</p> <p>El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será [...].</p> <p>El derecho aplicable a la controversia será [...].”.</p>	No hay sugerencia detallada.
-----------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------

Marco jurídico del Arbitraje Comercial

De acuerdo con la doctora Elvia Arcelia Quintana Adriano, en su ponencia denominada “Marco Jurídico del Arbitraje Nacional, Regional e Internacional”,⁴ el Arbitraje Comercial lo conforman:

- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en particular sus artículos 5 y 133;
- Los tratados internacionales suscritos por México, entre los que se encuentran la Convención de Naciones Unidas firmada en Nueva York en 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras; la Convención Interamericana de Panamá en 1975 sobre Arbitraje Comercial Internacional; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, suscrita en

⁴ Ricardo MÉNDEZ-SILVA, *Contratación y arbitraje internacionales*, México, UNAM-IIIJ, 2010, pp. 398-399.

Montevideo en 1979; la Ley Modelo de Naciones Unidas para el Arbitraje Mercantil Internacional CNUDMI (UNCITRAL), adoptada por México en 1993; el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil, México-España 1989; el Tratado de Libre Comercio de América del Norte: México-Estados Unidos-Canadá;

- c) El Código de Comercio, cuyo Título Cuarto, Capítulos I a X está plenamente dedicado al procedimiento arbitral;
- d) El Código Federal de Procedimientos Civiles (supletorio), cuyo Libro Cuarto, denominado “De la Cooperación Procesal Internacional”, Título Único, Capítulos I a VI, regula el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros; y
- e) Las leyes particulares (especiales) que versen sobre una materia específica de comercio o mercantiles.

Además de estos ordenamientos, también lo conforman *a)* el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, así como el análogo en cada una de las entidades federativas, y *b)* las diversas leyes federales o locales que de manera aislada establecen alguna regla vinculada al arbitraje, como la Ley Reglamentaria del artículo 5° constitucional, Ley de Sociedades de Inversión, Ley del Mercado de Valores, Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Ley de Instituciones de Crédito, Ley Federal de Protección al Consumidor, Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Ley General de Sociedades Cooperativas, Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, Ley Federal de Derechos de Autor, entre otras, según lo refiere el doctor Martín Virgilio Bravo Peralta.⁵

Elementos que permitirán el éxito del Arbitraje Comercial

La buena fe de las partes

De acuerdo con la *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, la buena fe es “la obligación de conducirse honrada y concienzudamente en la formación y ejecución del negocio jurídico sin atender necesariamente a la letra del mismo”,⁶ por lo que, las partes que se sujeten a un arbitraje comercial, presente o futuro, deben evitar todas las medidas que puedan retrasar, entorpecer, encarecer o agravar la controversia y el desarrollo del procedimiento arbitral, máxime tratándose del cumplimiento del laudo arbitral, pues no tendrá mayor sentido que las partes se hayan obligado a observar un determinado acuerdo de arbitraje (cláusula o acuerdo), si al final

⁵ Martín Virgilio BRAVO PERALTA, *El arbitraje económico en México*, México, Universidad Anáhuac-Porrúa, 2002, p. 24.

⁶ *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, op. cit. p. 567.

una de ellas lo incumple y la otra se ve compelida a ocurrir al órgano jurisdiccional para ejecutar coactivamente dicho laudo, conciencia que corresponde a las partes y a sus abogados.

Las reglas procesales claras

Las reglas procesales asegurarán que el procedimiento arbitral sea rápido, certero y eficaz, de allí que se prefiera que el abogado adopte un determinado cuerpo de reglas, antes que confeccionarlas. Para sostener esta afirmación, haré un breve listado de reglas que deben tomarse en consideración para substanciar un procedimiento arbitral:

Sobre la demanda

Plazo para presentarla, requisitos que debe contener, si se puede modificar o complementar, los términos de su presentación, la fecha de recepción, si se tiene que efectuar algún gasto inicial, si podría haber acumulación, si las partes podrían presentar documentos adicionales a la demanda y contestación y, en su caso, si hubiere plazo para ello.

Sobre la contestación de demanda

Plazo para hacerlo, si puede haber prórroga, los requisitos que debe contener, y si puede operar la rebeldía o qué sucederá en caso de que la parte demandada se abstenga de dar contestación a la demanda.

Sobre los efectos del acuerdo de arbitraje

Si es que las partes se someterán a las reglas vigentes a la fecha del acuerdo arbitral o a las que rijan a la fecha del inicio del procedimiento.

Sobre el árbitro o Tribunal Arbitral

Cómo es que se determinará el número de árbitros; si es que habrá nombramiento, confirmación, recusación o sustitución de árbitros, en su caso, a quién le corresponderá, los plazos en que ocurrirán, en qué supuestos y el plazo para resolver cada uno; y cuando haya pluralidad de actores o demandados, cómo es que se designará a los árbitros.

Sobre la forma

Si las actuaciones serán escritas; cómo es que las partes definirán el idioma, lugar del arbitraje, derecho aplicable; si es que contestada la demanda alguna de las partes podría presentar una nueva

reclamación; si es que las partes podrán estar asesoradas o representadas; si es que alguna de las partes podrá solicitar alguna medida precautoria; si es que habrá alguna Acta de Misión en donde se resuman las pretensiones de las partes y puntos litigiosos, entre otras cuestiones; cómo es que las partes se enterarán de las decisiones que tome el árbitro o Tribunal Arbitral o el órgano que dé inicio al procedimiento; si el Tribunal Arbitral podrá dictar laudos provisionales interlocutorios o parciales; si es que las partes pueden llegar a una transacción y cómo se registraría ésta; si es que las partes pueden alegar y en qué momento; y si es que las partes pueden acordar reducción de plazos.

Sobre las pruebas

Qué pruebas podrán ofrecer las partes, cómo y cuándo las ofrecerán, cómo sabrán las partes si fueron admitidas y si es que tienen que comparecer a su desahogo, cómo se desahogarán, con qué periodicidad, en qué plazo; cómo y a quién corresponderá pagar diligencias que ordene el Tribunal Arbitral; si el Tribunal Arbitral podrá cerrar la instrucción y si es que podrá reabrir alguna etapa procesal antes de dictar el laudo.

Sobre el laudo

Si es que habrá algún plazo para rendirlo, en su caso, a partir de qué momento correrá dicho plazo; si se pronunciará por mayoría, si el presidente del Tribunal Arbitral tendrá voto calificado, si el laudo estará fundado y motivado, si es que puede haber un examen previo del laudo, si es que el laudo puede ser corregido e interpretado, en su caso, cuál sería el plazo para solicitarlo y resolver lo pedido; si es que se puede conservar una copia del laudo, en su caso, quién lo hará; y si es que, quien dicte el laudo tendrá alguna responsabilidad por algún acto u omisión relacionado con el procedimiento arbitral.

Sobre los gastos y costos del procedimiento

El costo administrativo de los servicios del arbitraje, en caso de adoptar alguna institución privada, así como el monto y el momento en que se deberán cubrir; y los gastos en que las partes hayan incurrido razonablemente.

De lo anterior se sigue que no resulta elemental redactar las reglas del procedimiento que se emplearían para substanciar un Arbitraje Comercial, de allí la insistencia de adoptar las que provengan de un cuerpo bien definido de ellas, para lo cual, el abogado tomará en consideración qué es lo que pretende privilegiar.

Así, por ejemplo, si lo que se requiere es un documento en el que se concreticen las pretensiones de las partes y los puntos litigiosos para evitar dispersión (Acta de Misión), la posibilidad de poder presentar nuevas reclamaciones, un plazo máximo de cuatro meses para el dictado del laudo (a partir de la firma del Acta de Misión), la posibilidad de que se corrija

y/o interprete el laudo y que las partes puedan reducir plazos, entonces tendría que adoptar las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México, que prevén tales cuestiones en los artículos 24, 25, 31, 36 y 42, respectivamente. Ahora bien, si lo que se desea es que los peritos sean nombrados por el Tribunal Arbitral, sin parecer de las partes, interviniendo sólo hasta que éstos hayan rendido sus dictámenes, o que el Tribunal Arbitral reabra las actuaciones en cualquier momento, hasta antes del dictado del laudo, o que el Tribunal Arbitral pueda dictar laudos provisionales, interlocutorios o parciales, entonces tendría que adoptar el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, que señala tales particularidades en los artículos 32, 34 y 39, respectivamente.

Cabe precisar que el Centro de Arbitraje de México cuenta con una sola compilación de reglas procesales, denominada Reglas de Arbitraje, que se aplican a controversias cuya cuantía es de hasta \$500,000 (quinientos mil pesos) y de esta cantidad hasta más de \$1,000'000,001 (un mil millones un peso), variando los gastos del arbitraje en función del monto del litigio.⁷ En cambio, la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México cuenta con un Reglamento de Arbitraje, que se emplea cuando la cuantía del conflicto es desde \$500,000 (quinientos mil pesos) hasta \$500'000,000 (quinientos millones de pesos) o más;⁸ también cuenta con un Reglamento de Arbitraje de Baja Cuantía (Reglamento ABC) que se utiliza para resolver disputas cuyo valor sea inferior a 124,860 UDI's,⁹ precisando que UDI es el acrónimo de Unidad de Inversión, cuyo valor es determinado por el Banco de México y publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, que al 10 de diciembre del año 2012 tenía un valor de "\$4.8785 M.N.". ¹⁰ La cuantía y el costo de los gastos del arbitraje constituirán otros parámetros que podrá tomar en consideración el abogado, a fin de adoptar algún cuerpo de reglas arbitrales.

De ninguna manera es recomendable el procedimiento del Código de Comercio vigente, pues cuestiones trascendentales y relativamente rápidas, se vuelven lentas y complicadas por la intervención o decisión judicial, como por ejemplo el nombramiento de árbitros, recusación de árbitros, renuncia o cesación de árbitros y asistencia para el desahogo de pruebas, según lo disponen los artículos 1427, 1429, 1430 y 1444, respectivamente.

La calidad del árbitro

El árbitro, ese tercero ante quien las partes se someten para resolver cualquier conflicto comercial, debe ser y permanecer independiente de las partes,¹¹ además, de ser imparcial,¹² y

⁷ Disponible en: <http://www.camex.com.mx/arancel-tabla2011.htm>, consultado en diciembre de 2012.

⁸ Canaco, consultado en diciembre de 2012, disponible en: <http://goo.gl/xQyvKK>

⁹ *Idem*.

¹⁰ Disponible en: <http://goo.gl/f4gPXI>, consultado en diciembre de 2012.

¹¹ Artículo 13 de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México.

¹² Artículo 8 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México.

aun cuando en ninguno de los ordenamientos se exige que acredite la ciencia o arte en la que es especialista, en la práctica es un elemento importante, pues es quien como experto en la materia del objeto de la disputa, la resuelve.

Intervención del Tribunal Judicial

Ante el incumplimiento del laudo arbitral

Tanto el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, como las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México, se basan en el principio de buena fe entre las partes, que las compele a observar el laudo, cumpliéndolo sin demora. Sin embargo, con frecuencia se da el caso de que una de las partes, la vencida, se rehúsa a acatar el laudo, por lo que, la vencedora no tiene más remedio que ocurrir ante el órgano judicial a fin de que sea reconocido y ejecutado, necesariamente en términos del Código de Comercio o, en su caso, del Código Federal de Procedimientos Civiles (en particular el Libro Cuarto, denominado “De la Cooperación Procesal Internacional”, Título Único, Capítulos I a VI, regula el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros), aplicado supletoriamente al primero de los ordenamientos, no obstante que en principio la voluntad de las partes era desahucarse de la actividad judicial. El laudo será reconocido como vinculante y, después de la presentación de una petición por escrito al juez,¹³ será ejecutado de conformidad con las disposiciones del Capítulo IX, Título Cuarto, Libro Quinto del Código de Comercio vigente. La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado o copia certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refieren los artículos 1416 fracción I y 1423 o copia certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuvieran redactados en español, la parte que lo invoca deberá presentar una traducción a este idioma de dichos documentos, hecha por perito oficial.

Ante el incumplimiento del laudo, el abogado debe tomar en consideración que el juez podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, sin importar el país en que se hubiere dictado, en cualquiera de los casos siguientes:

- I. Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo pruebe ante el juez competente del país en que se pide en reconocimiento o la ejecución, que:
 - a) una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido.

¹³ Que será de primera instancia federal o del orden común en el lugar donde se lleve a cabo el arbitraje, en términos de lo que dispone el artículo 1422 del Código de Comercio vigente.

do, o si nada se hubiere indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo;

- b) no fue debidamente notificada la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;
- c) el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras;
- d) la composición del Tribunal Arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o
- e) el laudo no sea aún obligatorio para las partes o hubiere sido anulado o suspendido por el juez del país en que, conforme a cuyo derecho, hubiere sido dictado ese laudo; o

- II. Cuando el juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o cuando el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público. Todo ello, de conformidad con lo que dispone el artículo 1462 del Código de Comercio vigente.

Ante la alegación de nulidad de la cláusula arbitral

De acuerdo con el artículo 1432 del Código de Comercio vigente, el Tribunal Arbitral es competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia y validez del acuerdo de arbitraje, autonomía que también es reconocida en el artículo 11 de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México, y en el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.

No obstante, la tesis de jurisprudencia número “1a./J. 25/2006”, emitida por la Primera Sala de nuestro Altísimo Tribunal, cuyo rubro es “ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL”, obligatoria tanto a Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, como a los jueces federales o del orden común, al tenor de lo que disponen los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo la cual dispone que cuando se somete a un órgano jurisdiccional un asunto sobre un contrato que contenga una cláusula arbitral o compromisoria, y al mismo tiempo se ejerce la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, entonces, corresponde al juez, y no al Tribunal Arbitral, decidir sobre la nulidad de la referida cláusula, basándose para ello en el debido control judicial sobre el arbitraje, que al parecer tiene un peso mayor al de la voluntad de las partes, de renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse. Criterio que tam-

poco debe escapar al abogado que inserte una cláusula arbitral en un contrato mercantil en el Distrito Federal.

Conclusiones

El abogado que pretenda insertar un acuerdo arbitral en un contrato mercantil en el Distrito Federal, debe estar cierto que, es deseo de su cliente desahucarse de la actividad judicial y en cambio convenir, con una o varias partes, que un tercero resuelva los conflictos comerciales, presentes o futuros, contractuales o no, bajo determinadas reglas.

Asimismo, el abogado debe estar consciente de que el éxito del arbitraje comercial descansa en la buena fe de las partes contratantes, la cual consiste en evitar todas las medidas que puedan retrasar, entorpecer, encarecer o agravar la controversia y el desarrollo del procedimiento arbitral; así como en la claridad de las reglas procesales, por lo que, dada su importancia y precisión para el ágil, claro y certero desarrollo del Arbitraje Comercial, antes que las confeccione o elabore “a modo”, es preferible que adopte alguna compilación como las Reglas del Arbitraje del Centro de Arbitraje de México o el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, partiendo de los puntos a privilegiar, como la posibilidad de acortar plazos, o de tener un tiempo determinado para que se dicte el laudo, o la posibilidad de que se corrija e interprete el laudo, etc.; y la calidad del árbitro, que se refiere a que debe ser imparcial e independiente, y además, ser especialista en la materia objeto del conflicto.

El abogado también debe tener presente que, en caso de que la parte vencida se rehúse a acatar el laudo, la parte vencedora tendrá que ocurrir ante el órgano judicial a fin de que sea reconocido, siempre que no caiga en alguno de los supuestos de denegación previstos por el artículo 1462 del Código de Comercio vigente, entre ellos, que el reconocimiento o la ejecución sean contrarios al orden público, o cuando el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje, o cuando la composición del Tribunal Arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes.

Finalmente, no debe pasar inadvertido para el abogado que, aun cuando el Tribunal Arbitral es competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia y validez del acuerdo de arbitraje, el órgano judicial puede resolver sobre la nulidad de un acuerdo de arbitraje, según criterio definido de nuestro altísimo tribunal, en violación a la autonomía de la voluntad de las partes.

Bibliografía

Legislación consultada

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Código de Comercio.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México. Apéndice I. Reglamento Interior del Centro de Comercio de Arbitraje; Apéndice II. Gastos del Arbitraje.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.

Obras consultadas

BRAVO PERALTA, Martín Virgilio, *El Arbitraje Económico en México*, México, Universidad Anáhuac-Porrúa, 2002.

Enciclopedia Jurídica Mexicana, 2ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM-Porrúa, t. A-B, 2004.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, 3ª ed., México, Porrúa, 2011.

MÉNDEZ-SILVA, Ricardo, *Contratación y Arbitraje Internacionales*, México, UNAM-IIJ, 2010.

SILVA-SILVA, Jorge Alberto, *Arbitraje Comercial Internacional en México*, 2ª ed., México, Oxford University Press, 2001.

Otras fuentes

Centro de Arbitraje de México, consultado en diciembre de 2012, disponible en: <http://www.camex.com.mx>

Canaco, Centro de Mediación y Arbitraje, consultado en diciembre de 2012, disponible en: <http://www.arbitrajecanaco.com.mx>; <http://goo.gl/xQyvKK>, y <http://goo.gl/7ddVVD>

SAT, consultado en diciembre de 2012, disponible en: <http://goo.gl/rfen>

Adquisición y administración de carteras. Algunos aspectos jurídicos

Las crisis económicas que ha vivido México desde la década de los años setenta del siglo xx nunca tuvieron un efecto tan importante en la dinámica de los créditos bancarios, sino hasta la crisis económica de 1994. En ese año, el bien o mal llamado “error de diciembre” generó un colapso económico sin precedentes que, a diferencia de las crisis anteriores, causó un daño severo a la economía de las familias y de las empresas; las tasas de interés subieron exponencialmente, y de pronto los deudores vieron que el saldo de sus créditos era impagable, y las instituciones financieras, por su parte, se dieron cuenta de que los créditos otorgados eran irrecuperables.

En este contexto, las autoridades financieras encontraron además una regulación limitada; en efecto, el antiguo artículo 122 de la Ley de Instituciones de Crédito regulaba al muy conocido Fondo Bancario de Protección al Ahorro Bancario (Fobaproa), un fideicomiso administrado por el Banco de México, extraído del también antiguo Fondo de Apoyo Preventivo a las Instituciones de Banca Múltiple (Fonapre), regulado en la legendaria Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985. Ambas figuras antecedentes de lo que hoy es el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, el IPAB.

No es propósito del presente ensayo desarrollar el tema de la Protección al Ahorro Bancario, ni el de los esquemas de rescate bancario implementados en México o en otros lugares del mundo, sino el de abordar algunos de los problemas prácticos que se presentan cuando los activos improductivos surgidos de las crisis bancarias y financieras se movilizan hacia terceros especializados, cuya actividad se centra en la administración, la compra o una combinación de ambas y buscan maximizar la recuperación de estos activos, encontrándose con problemas jurídicos formidables que no siempre tienen solución y que inhiben el interés por terceros, especializados en adentrarse en los oscuros caminos de la recuperación extrajudicial o judicial y que pueden llevar a la pérdida de la inversión o bien la potencializan de tal modo que convierten a esta actividad en un juego contra el tiempo, una prueba de paciencia o una apuesta a la posibilidad de encontrar a un deudor que aún cree que alguna vez le prestaron dinero y tiene alguna voluntad de pagarlo, si no es que decidió abandonar este mundo llevándose su crédito tan lejos como sea posible.

La estructura de este trabajo se dividirá en tres partes:

1. Un acercamiento a la estructura jurídica básica sobre la cual se montan las transferencias de carteras.
2. La exposición de algunos de los principales problemas jurídicos que se presentan.
3. Algunas conclusiones que puedan orientar al jurista lector sobre los aspectos a considerar al participar en estos negocios.

Estructura jurídica básica

No es fácil abordar este tema sin exponerse a la crítica jurídica ni al riesgo de omitir algún aspecto, y es que en su origen, la gran mayoría de los créditos susceptibles de desplazarse eran los bancarios, sin embargo la proliferación de intermediarios, principalmente a partir de la década de los noventa del siglo xx, piénsese en Sociedades Financieras de Objeto Limitado (Sofoles), Sociedades Financieras de Objeto Múltiple (Sofomes), Arrendadoras Financieras, Factorajes Financieros, Cajas de Ahorro, entre muchos más, que dificultan el acercamiento al tema, pues no todos encuentran su reglamentación orgánica en la misma ley .

Es de referencia obligada invocar el artículo 93 de la Ley de Instituciones de Crédito que permite la transmisión de la cartera por parte de las instituciones de crédito, actualmente esta disposición se encuentra redactada de la siguiente forma:

Artículo 93.- Las instituciones de crédito podrán ceder o descontar su cartera crediticia con cualquier persona.

Tratándose de cesiones o descuentos de cartera crediticia que celebren con el Banco de México, otras instituciones de crédito, fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico o fideicomisos que tengan por objeto emitir valores, se llevarán a cabo sin restricción alguna.

Cuando las instituciones de crédito celebren cesiones o descuentos de cartera crediticia con personas distintas de las mencionadas en el párrafo anterior y pretendan responder por la solvencia del deudor, otorgar financiamiento al cesionario o descontatario, o convenir con estos últimos obligaciones o derechos que le permitan readquirir la cartera cedida o descontada, requerirán de la previa autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la cual deberá salvaguardar la solvencia y estabilidad financiera de las instituciones de crédito y la protección de los intereses del público. Asimismo, quienes se subroguen en los derechos de dicha cartera, no podrán recibir financiamiento de la propia institución de crédito, respecto de dicha operación o los créditos objeto de la misma, ni tampoco esta institución podrá responder por la solvencia del deudor. A los cesionarios les será aplicable la normatividad que regula a las instituciones financieras en esta materia.

Las instituciones de crédito no estarán sujetas a lo establecido en el primer párrafo del artículo 142 de esta Ley por lo que hace a la información relacionada con los activos que se mencionan a continuación, cuando ésta sea proporcionada a personas con las que se negocien o celebren las siguientes operaciones:

- I. Los créditos que vayan a ser objeto de cesión o descuento; o
- II. Su cartera u otros activos, tratándose de la transmisión o suscripción de un porcentaje significativo de su capital social o de la sociedad controladora del grupo financiero al que pertenezca. Para dar a conocer la información respectiva deberá obtenerse la autorización previa de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Durante los procesos de negociación a que se refiere este artículo, los participantes deberán guardar la debida confidencialidad sobre la información a que tengan acceso con motivo de los mismos.¹

Esta disposición fue objeto de una profunda reforma en 2008, ya que anteriormente la venta de cartera sólo estaba permitida con el Banco de México, con otras instituciones de crédito y los llamados fideicomisos constituidos por el gobierno federal para el fomento económico, y existía un régimen de excepciones que debía autorizar el Banco de México y después la Comisión Nacional Bancaria y de Valores que provocó múltiples dificultades y criterios jurisprudenciales, pues dichas “excepciones” se dieron al amparo de Circulares y, por tanto, de cuestionable constitucionalidad.

De esta manera, el siguiente peldaño en la descripción de la estructura jurídica básica que soporta la actividad de la venta de cartera son los artículos 389 al 391 del Código de Comercio, y 2029 a 2050 del Código Civil Federal. No encontramos ninguna razón jurídicamente viable para que el legislador haya utilizado también el término “descuento”, ya que éste es una figura no regulada y que apenas encuentra similitud con la figura ya en desuso del Descuento de Crédito en Libros regulada en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Tampoco podemos pasar por alto el artículo 2248 del Código Civil Federal que a la letra dice:

Artículo 2248. Habrá compra-venta cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero.²

Nótese el empalme de figuras entre la cesión de derechos regulada en el artículo 2029 del Código Civil Federal y aquella compra-venta antes comentada. En mi opinión ambas son vehículos idóneos para materializar la transmisión de derechos, sólo que en la simple cesión ésta puede darse sin que necesariamente exista un pago de por medio.

¹ Véase el artículo 93 de la *Ley de Instituciones de Crédito*, México, ISEF, 2011, p. 94.

² Véase el artículo 2248 del *Código Civil Federal*, México, Sista, 2010, p. 156.

Algunos problemas jurídicos

Derechos sobre los créditos y otros derechos

En más de una ocasión me he topado con la problemática de establecer cuáles son los derechos que por lo regular se transmiten en estas operaciones, y es que normalmente los adquirentes de cartera analizan las características de los portafolios que pretenden comprar, pero soslayan la verdadera naturaleza de lo que están adquiriendo, ya que casi siempre lo que se adquiere es:

- a) Los créditos, incluyendo los derechos a cobrar los saldos insolutos a dicha fecha, de principal, de intereses ordinarios y moratorios, sus accesorios y todas las garantías de los créditos, junto con todo cuanto de hecho y por derecho les corresponda.
- b) Todos y cada uno de los derechos litigiosos derivados de o relacionados con los procedimientos judiciales iniciados por el cedente para exigir el cumplimiento de los Créditos.
- c) Todos y cada uno de los derechos fideicomisarios también relacionados con los créditos.

Pero qué pasa con otros derechos como los adjudicatarios. Pongamos un ejemplo: el Banco A otorga un crédito a un Deudor X, éste incumple con la obligación crediticia y el Banco A promueve la vía ejecutiva con fundamento en el artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito, seguido el juicio en todas sus instancias y habiendo embargado el Banco A bienes del Deudor X, se adjudica una propiedad. Estando aún pendiente de escriturarse a favor del Banco A esa propiedad, éste transmite un gran paquete que contiene los derechos sobre los créditos entre los cuales se encuentra éste. El adquirente asume el carácter de cesionario y paga el importe de la cesión onerosa, aquí surge la pregunta, ¿el cesionario adquiere el derecho adjudicatario, el de crédito, ambos o ninguno? Creo que no adquiere el derecho adjudicatario, veamos por qué.

En primer lugar podríamos definir el derecho sobre el crédito como el derecho subjetivo que surge a favor del acreedor derivado de la ejecución de un Contrato de Apertura de Crédito u otro similar, y por virtud del cual éste puede exigir del deudor la realización de una conducta consistente en una prestación contemplada en dicho contrato.

De esta manera, los derechos sobre los créditos que son objeto de la cesión se circunscriben a la posibilidad de exigir esa prestación, generalmente consistente en el pago de cierta cantidad de dinero, por lo tanto la amplitud en la órbita de los derechos derivados de o relacionados con, se constriñe finalmente a la persecución de esa prestación y no de otra.

Por su parte, el Derecho adjudicatario es aquel que deriva de un acto judicial que atribuye como propia a una persona determinada una cosa, mueble o inmueble como consecuencia de un remate. Visto así, el lector puede observar que hablamos de cosas distintas, un derecho personal en el Derecho sobre el crédito y un derecho real derivado de la atribución que

hace la autoridad judicial a una persona respecto a un bien, por ello el abogado corporativo y litigante debe advertir que la amplitud de la cesión de derechos sobre créditos bancarios por más que refiere a todo lo que de hecho y por derecho les corresponde, no puede jurídicamente abarcar derechos adjudicatarios por más que estén relacionados con ellos.

Otro problema interesante que se presenta tiene que ver con el ejercicio de las acciones judiciales emprendidas por los bancos y la posición en que quedan los cesionarios respecto de ellas. Este tema doctrinalmente ubicado en los llamados privilegios bancarios, encuentra su punto de arranque en el artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito que dice:

Artículo 68. Los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito.

El estado de cuenta certificado por el contador a que se refiere este artículo, hará fe, salvo prueba en contrario, en los juicios respectivos para la fijación de los saldos resultantes a cargo de los acreditados o de los mutuuarios.

El estado de cuenta certificado antes citado deberá contener nombre del acreditado; fecha del contrato; notario y número de escritura, en su caso; importe del crédito concedido; capital dispuesto; fecha hasta la que se calculó el adeudo; capital y demás obligaciones de pago vencidas a la fecha del corte; las disposiciones subsecuentes que se hicieron del crédito, en su caso; tasas de intereses ordinarios que aplicaron por cada período; pagos hechos sobre los intereses, especificando las tasas aplicadas de intereses y las amortizaciones hechas a capital; intereses moratorios aplicados y tasa aplicable por intereses moratorios [...].³

Surgen así varias preguntas:

- a) ¿Al cederse la cartera, el cesionario tiene derecho a acceder a estos privilegios?
- b) Si la cartera ya está demandada, ¿puede el cesionario continuar con las acciones así emprendidas por el cedente?

La primera pregunta debe contestarse analizando dos aspectos torales; el artículo 1 de la propia Ley de Instituciones de Crédito señala:

Artículo 1. La presente Ley es de orden público y observancia general en los Estados Unidos Mexicanos y tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito, la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito, las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar, su sano y equilibrado desarrollo, la protección de los intereses del público y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Bancario Mexicano.⁴

³ Véase el artículo 68 de la *Ley de Instituciones de Crédito*, México, ISEF, 2011, p. 79.

⁴ *Ibid.*, art. 1, p. 1.

La otra disposición a invocar es el propio artículo 68 que en su parte conducente dice:

[...] Los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito.⁵

Un primer acercamiento nos lleva a pensar que lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito no impide que un tercero no bancario tenga ese privilegio atento al hecho de que tal disposición atiende a que será accesible la vía ejecutiva mercantil sin más requisitos de los señalados ahí, siempre que sean créditos otorgados por los bancos sin limitar, que tratándose de terceros no bancarios que inicien acciones de créditos bancarios no podrán acceder a ese privilegio por el hecho de no ser instituciones de crédito.

El argumento, aunque válido, creo que es insuficiente, ya que el artículo 1 de la propia Ley de Instituciones de Crédito es enfático en cuanto a delimitar el campo de acción de la ley y que es precisamente el de:

[...] regular el servicio de banca y crédito, la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito, las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar [...].⁶

Por lo tanto, la primera pregunta debe contestarse en sentido negativo, es decir, los terceros no tienen ese privilegio. No obstante lo anterior, nuestro lector debe tener en cuenta que si los contratos o títulos que vayan a ser objeto del ejercicio de una acción de recuperación del crédito cumplen con los requisitos que para los títulos ejecutivos señala el artículo 1391 del Código de Comercio, entonces podrá acceder a esa vía, pero no como consecuencia de la titularidad del privilegio bancario, sino de la propia naturaleza de los documentos básales.

La segunda pregunta tiene aristas de Derecho procesal más que de bancario, y es que si en el paquete de créditos se encuentran activos ya demandados, entonces aparte de los Derechos sobre los créditos cedidos también incluyen los derechos litigiosos.

Para contestar este cuestionamiento debemos aportar el concepto de Derecho litigioso y decir que es aquel derecho personal que transmite al cesionario los derechos que corresponden al cedente, tales como el de comparecer a juicio, formular peticiones, oponer recursos y todos aquellos que estén relacionados con el juicio y sus results, entonces estamos, en mi opinión, en un terreno distinto, esto es por virtud de la cesión de los derechos litigiosos, el cesionario asume la posición jurídica que tenía el cedente y, por tanto, la persecución de las prestaciones iniciadas por el banco, en el ejercicio de sus privilegios otorgados por el artículo

⁵ *Ibid.*, art. 68, p. 79.

⁶ Véase art. 1, *Ley de Instituciones de Crédito*, *op. cit.*, p. 1.

lo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito le corresponden, pues se subrogó en los derechos que tenía la institución. Entonces, la respuesta a la pregunta *b)* es afirmativa, por virtud de la asunción de la posición jurídica del cedente, el cesionario queda subrogado en los derechos litigiosos del acreedor y puede válidamente continuar las acciones ya emprendidas.

Otro problema interesante que se presenta en la cesión de carteras crediticias tiene que ver con los créditos garantizados con hipoteca, veamos que el Código Civil Federal contempla en su artículo 2926 lo siguiente:

Artículo 2926.- El crédito puede cederse, en todo o en parte, siempre que la cesión se haga en la forma que para la constitución de hipoteca previene el artículo 2917, se dé conocimiento al deudor y sea inscrita en el Registro.

Si la hipoteca se ha constituido para garantizar obligaciones a la orden, puede transmitirse por endoso del título, sin necesidad de notificación al deudor ni de registro. La hipoteca constituida, para garantizar obligaciones al portador, se transmitirá por la simple entrega del título sin ningún otro requisito.

Las Instituciones del sistema bancario mexicano, actuando en nombre propio o como fiduciarias, las demás entidades financieras, y los institutos de seguridad social, podrán ceder sus créditos con garantía hipotecaria, sin necesidad de notificación al deudor, de escritura pública, ni de inscripción en el Registro, siempre que el cedente lleve la administración de los créditos.

En caso de que el cedente deje de llevar la administración de los créditos, el cesionario deberá únicamente notificar por escrito la cesión al deudor.

En los supuestos previstos en los dos párrafos anteriores, la inscripción de la hipoteca a favor del acreedor original se considerará hecha a favor de él o los cesionarios referidos en tales párrafos, quienes tendrán todos los derechos y acciones derivados de ésta.⁷

Me ocuparé de los dos últimos párrafos, adicionados como consecuencia de la crisis bancaria de 1994 para efectos de facilitar la venta de cartera, sin embargo, en la práctica se me han presentado problemas formidables en esta materia como los siguientes:

- a) En paquetes de venta de gran volumen. La notificación por escrito al deudor resulta un proceso titánico y sumamente costoso.
- b) La experiencia nos muestra que no obstante la disposición contenida en el penúltimo párrafo *in fine* del artículo en comento, no es considerada por los notarios ni los registradores cuando se liquida el asunto y se cancela la hipoteca.
- c) En las cesiones de cartera los créditos se identifican por listados a los que se les asignan números, resultando para los fedatarios y los registradores que al momento de cancelar las hipotecas argumentan con cierta razón; cómo es que a ellos les consta que la hipoteca que ha de ser cancelada efectivamente corresponde al crédito número X.
- d) El problema se agrava aún más cuando la cartera ya fue objeto de segundas y ulteriores

⁷ Véase el artículo 2926 del *Código Civil Federal*, p. 198.

ventas y se cae en el supuesto de la llamada “pérdida del tracto”, pues quien aparece como acreedor es el banco que originó el crédito.

No he encontrado más solución a estos problemas que los siguientes:

1. Llevar a cabo la notificación advirtiendo al cliente las dificultades y costos que ello conlleva.
2. Para los incisos anteriores *b)*, *c)* y *d)*, un apoderado con facultades suficientes del banco originador que ratifique la cesión hecha en primer término, se haga una “individualización” e identificación de los números de los créditos y las hipotecas, y además manifieste su voluntad de cancelarlas como si fuera él quien se estuviera dando por pagado un crédito que transmitió hace años.

Conclusiones

Son muchos los problemas jurídicos que se presentan en las ventas de cartera. A manera de conclusión puedo decir:

- a) Los derechos sobre los créditos que son objeto de la cesión se circunscriben a la posibilidad de exigir esa prestación generalmente consistente en el pago de cierta cantidad de dinero, por tanto la amplitud en la órbita de los derechos derivados de, o relacionados con, se constriñe finalmente a la persecución de esa prestación y no de otra, lo cual contrasta con los derechos adjudicatarios que representan un derecho real derivado de la atribución que hace la autoridad judicial a una persona respecto a un bien.
- b) ¿Al cederse la cartera, el cesionario tiene derecho en acceder a estos privilegios?
No, los terceros no tienen ese privilegio. Los contratos o títulos que vayan a ser objeto del ejercicio de una acción de recuperación del crédito cumplen con los requisitos que para los títulos ejecutivos señala el artículo 1391 del Código de Comercio, entonces podrá acceder a esa vía, pero no como consecuencia de la titularidad del privilegio bancario sino de la propia naturaleza de los documentos base.
- c) ¿Si la cartera ya está demandada puede el cesionario continuar con las acciones así emprendidas por el cedente?
Sí, por virtud de la asunción de la posición jurídica del cedente, el cesionario queda subrogado en los derechos litigiosos del acreedor y puede válidamente continuar las acciones ya emprendidas.
- e) ¿En ventas de cartera con garantía hipotecaria, los problemas derivados de la notificación al deudor, la falta de identificación del crédito con la hipoteca y la falta del “tracto” se pueden mitigar?

Al llevar a cabo la notificación se advierte al cliente de las dificultades y costos que ello conlleva.

Un apoderado con facultades suficientes del banco originador que ratifique la cesión hecha en primer término, se haga una “individualización” e identificación de los números de los créditos y las hipotecas, y además manifieste su voluntad de cancelarlas como si fuera él quien se estuviera dando por pagado un crédito que transmitió hace años.

Bibliografía

Legislación consultada

Código Civil Federal, 10ª ed., México, Sista, 2010.

Código de Comercio, 28ª ed., México, ISEF, 2011.

Ley de Instituciones de Crédito, 18ª ed., México, ISEF, 2011.

Obras consultadas

DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús, *Tratado de Derecho bancario y bursátil*, México, Porrúa, 2010, 1763 pp.

RUIZ TORRES, Humberto Enrique, *Derecho bancario*, México, Oxford University Press, 2009, 354 pp.

Generalidades de las sociedades anónimas promotoras de inversión

Introducción

En países como el nuestro, la falta de desarrollo en el mercado de capital de riesgo, según revelan estudios realizados, se debe primordialmente a dos fallas en el marco jurídico aplicable; por un lado, la legislación relativa a las sociedades mercantiles contempla una serie de prohibiciones que desincentivan las inversiones de capital de riesgo porque dificultan a los inversionistas su salida de estas inversiones; y por otro lado, los potenciales inversionistas carecían de protección legal adecuada para ejercer sus derechos, y estos preferían otorgar préstamos directos en lugar de efectuar aportaciones de capital a la sociedad.

Ante esta situación, y con el fin de adecuarse a las nuevas demandas de nuestra sociedad, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* del día 30 de diciembre de 2005, una nueva Ley del Mercado de Valores (LMV), misma que por disposición transitoria entró en vigor 180 días después de esta fecha, es decir, el 28 de junio de 2006, abrogando así la Ley del Mercado de Valores, publicada el 2 de enero de 1975.

Marco jurídico

La LMV creó las Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión (SAPI), siendo ésta la legislación aplicable a este tipo de sociedades mercantiles. Aunque también debemos tomar en cuenta lo dispuesto en la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM).

La LMV reconoce dos tipos de sociedades anónimas del mercado de valores:

- a) Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión (sin oferta o privada); y
- b) Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión Bursátil (con oferta o pública).

Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión (SAPI)

Definición

- Las SAPI son sociedades mercantiles mexicanas constituidas como sociedades anónimas bajo la LGSM que voluntariamente se someten al régimen legal de las SAPI establecido bajo la LMV.
- Las SAPI no requieren registrar sus acciones (o los valores que las representen) en el Registro Nacional de Valores (RNV) para su emisión y oferta, a menos de que pretendan llevar a cabo una oferta pública.
- Las SAPI no son objeto de supervisión por parte de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) y no requieren revelar información alguna.

La intención primordial de la creación de las SAPI es la de **promover el acceso de las medianas empresas al mercado de valores**, atrayendo inversión, siempre que, de manera voluntaria y gradual, adopten mejores prácticas de **gobierno corporativo**.

Se puede decir que las SAPI son las sociedades modernas, ya que se eliminan los candados a los que estaban sujetas las Sociedades Anónimas (S.A.). Entre otros, en los siguientes puntos establecidos en la LGSM se encuentran:

- a) No se puede excluir a uno o más socios de las utilidades. Todo pacto por separado es nulo.
- b) Convenir el sentido del voto entre los accionistas es nulo.
- c) Limitar el derecho del voto obliga a asignar dividendos primero a las acciones de voto limitado.
- d) La sociedad no puede comprar sus propias acciones salvo que esté inscrita en la Bolsa Mexicana de Valores.
- e) Los porcentajes que se requieren para nombrar consejeros o ejercitar acciones son elevados (25% para designar consejeros y 33% para ejercitar acciones judiciales).
- f) Aunque la LGSM es omisa respecto a ciertos aspectos que en la práctica se llevan a cabo, tales como los acuerdos entre accionistas, los derechos de compra u ofertas de venta y la no competencia, entre otros, se pueden pactar en acuerdos por separado o incluso algunos de ellos en los estatutos.

Estos derechos o acuerdos señalados en el inciso f) sí son reconocidos por las SAPI y, por lo tanto, dan mayor seguridad jurídica a dichos acuerdos.

La LMV exenta a las SAPI de ciertas obligaciones bajo la LGSM que han limitado la posibilidad de que las sociedades anónimas mexicanas dieran ciertos derechos corporativos y económicos a sus inversionistas y accionistas.

La Sociedad Anónima Promotora de Inversión es una modalidad de las S.A. que flexibiliza el régimen corporativo aplicable a estas últimas, como se describirá más adelante.

Corporativamente hablando, el medio idóneo para recibir inversión por parte de fondos de capital privado es las SAPI, ya que, a diferencia de las S.A., en donde el principio rector para establecer los derechos de mayorías y minorías, es casi exclusivamente el porcentaje de participación en el capital social de la sociedad, en la SAPI se establecen criterios distintos para proteger dichos derechos, los cuales se discutirán a continuación.

En caso de que los promotores de inversión de capital privado (grupo promotor) planeen realizar, al término de su inversión, una salida a través de la Bolsa, las SAPI deberán adoptar el régimen de Sociedad Anónima Bursátil (SAB) o la modalidad intermedia entre SAPI y SAP, denominada Sociedad Anónima Promotora de Inversión Bursátil (SAPIB). De manera concreta, la SAPIB permite que la sociedad coloque acciones o emita títulos de crédito y los ofrezca al público inversionista mediante el cumplimiento de requisitos de registro menores que una SAB, con la condición de que en un plazo de tres años adopte el mencionado régimen. Por tratarse ambos de vehículos creados exclusivamente para la realización de colocaciones públicas, no es recomendable su utilización durante el periodo en que se invierta el fondo de capital privado, sino al momento de la salida de la inversión y sólo en caso de que dicha salida se vaya a realizar mediante una oferta pública.

La LMV vuelve flexibles los derechos de los accionistas de la SAPI, lo que les da mayor seguridad jurídica y permite reconocer a los conocidos como *Joint-Ventures*, es decir, asociaciones comerciales entre nosotros e inversiones en el capital social de la SAPI.

La SAPI es una sociedad mexicana perfectamente legal constituida como las S.A. bajo la LGSM y que de forma voluntaria se somete al régimen legal adicional contenido en la LMV.

La SAPI no podrá colocar al mismo tiempo acciones comunes y acciones preferentes, a menos que las preferentes puedan convertirse en acciones comunes dentro de los cinco años siguientes a su colocación. Las acciones preferentes sólo darán derecho a participar en asambleas generales de accionistas en las cuales se requiera la participación y voto de dichas acciones.

La denominación de las S.A. de nueva creación se formará libremente conforme a lo previsto en el artículo 88 de la LGSM, y se agregará a su denominación social la expresión “Promotora de Inversión”, o su abreviatura “P.I.”.

Las sociedades ya constituidas pueden adoptar el tipo legal de SAPI, para ello deben acordarlo con su asamblea general extraordinaria de accionistas. Aquellos accionistas que voten en contra, podrán ejercer el derecho de separación.

Estatutos

Las SAPI además de contemplar en sus estatutos sociales lo dispuesto en el artículo 91 de la LGSM, podrán establecer las estipulaciones siguientes:

- I. Restricciones en la transmisión de las acciones. Imponer restricciones de cualquier naturaleza, a la transmisión de propiedad o derechos, respecto de las acciones de una misma serie

o clase representativas del capital social, distintas a lo que se prevé en el artículo 130 de la LGSM, es decir, en el contrato social podrá pactarse que la transmisión de las acciones sólo se haga con la autorización del consejo de administración. El consejo podrá negar la autorización designando un comprador de las acciones al precio corriente en el mercado.

- II. Derechos de separación, retiro o amortización de acciones. Establecer causales de exclusión de socios o para ejercer derechos de separación, de retiro, o bien, para amortizar acciones, así como el precio o las bases para su determinación.
- III. Permitir la emisión de acciones distintas a las señaladas en los artículos 112 y 113 de la LGSM, es decir:
 - a) Acciones con voto limitado o sin voto. No conferir derecho de voto o que el voto se restrinja a algunos asuntos; así como otorgar derechos sociales no económicos distintos al derecho de voto o exclusivamente el derecho de voto.
 - b) Distribución de dividendos. Que limiten o amplíen el reparto de utilidades u otros derechos económicos.

Gobierno corporativo

Consejo de administración

Al igual que cualquier otra sociedad anónima mexicana, la administración de las SAPI está a cargo del consejo de administración (LMV, art. 14).

En la organización y funcionamiento del consejo de administración, las SAPI podrán seguir las disposiciones aplicables a las Sociedades Anónimas Bursátiles bajo la LMV (Art. 15).

Comisario

Una SAPI podrá tener comisario o establecer un comité de auditoría y designar a un auditor externo independiente, que asuma las facultades y obligaciones del comisario (LMV, art. 15).

Órganos de administración y vigilancia

La administración estará encomendada a un consejo de administración, y podrán adoptar para su administración y vigilancia el régimen relativo a la integración, organización y funcionamiento de las sociedades anónimas bursátiles, ya que no será necesario el nombramiento de un comisario, como ya fue mencionado anteriormente.

En relación con esta redefinición de funciones y responsabilidades del consejo y directivos la LMV permite:

- a) La desaparición del comisario y que sus funciones y responsabilidad se transfieran al consejo, a comités y al auditor externo.
- b) Comités de consejeros independientes que desempeñarán funciones de prácticas societarias y auditoría.
- c) Determinar la responsabilidad de consejeros en cuanto a diligencia y lealtad.

La responsabilidad de los administradores representantes de la Inversión de Capital Privado

Al igual que en las S.A., la regla general es que los administradores tengan la responsabilidad inherente a su mandato y a la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos sociales que las SAPI les imponen. En todo caso, la responsabilidad de los consejeros puede limitarse o ampliarse mediante los estatutos sociales. La responsabilidad de los administradores sólo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, la que designará a la persona que haya de ejercer la acción correspondiente, o en su defecto, por el 15% de los accionistas de la SAPI. A este respecto, es necesario señalar que no se trata de una acción individual, sino social, es decir, a favor de la sociedad.

No obstante lo anterior, en caso de que la SAPI adopte el régimen de Sociedad Anónima Bursátil, serán aplicables a los consejeros de la SAPI las disposiciones relativas a la responsabilidad de los consejeros de una SAB, entre otras, los deberes de diligencia (el actuar de buena fe y en el mejor interés de la sociedad) y de lealtad (guardar confidencialidad respecto a la información y los asuntos que tengan conocimiento con motivo de su cargo, y que deberán abstenerse de participar y estar presentes en la deliberación y votación de asuntos en los que tuvieran conflictos de interés).

En caso de que se quieran elevar los estándares de responsabilidad de los administradores en la SAPI, una buena opción sería incorporar la regulación que en materia de responsabilidad son aplicables a los administradores de una SAPIB.

Los consejeros deberán guardar confidencialidad respecto de la información que por su cargo conozcan y que no sea pública. Serán responsables de las irregularidades cometidas por sus predecesores si, conociéndolas, no las denuncian al comité y al auditor externo. Se presumirá, salvo prueba contraria, que los consejeros incurren en deslealtad frente a la sociedad cuando:

- a) Favorezcan injustificadamente a un determinado accionista, en detrimento de los demás.
- b) Voten o tomen determinaciones con conflicto de interés.
- c) Aprueben operaciones con personas relacionadas, sin ajustarse a los requisitos de la LMV.
- d) Aprovechen el uso o goce de los bienes de la sociedad en contravención de las políticas aplicables u oportunidades de negocio, sin la dispensa del consejo.

- e) Hagan uso indebido de información relevante que no sea del conocimiento público.

Consejeros independientes

Los consejeros independientes se seleccionan según su experiencia, capacidad y prestigio profesional; el propósito es que desempeñen sus funciones libres de conflictos de interés. Tanto el consejo como los comités deberán estar integrados por consejeros independientes. No podrán ser consejeros independientes, entre otros:

- a) Directivos relevantes o empleados de la sociedad.
- b) Personas físicas con influencia significativa en la sociedad.
- c) Aquellos que tengan parentesco por consanguinidad, afinidad o civil hasta el cuarto grado, cónyuges o concubinos.

Comités y auditor externo

Los comités se encargan de las prácticas societarias que, entre otras cosas, incluye solicitar la opinión de expertos independientes cuando lo consideran conveniente, convocar a asamblea de accionistas y apoyar al consejo de administración a elaborar informes. También se encargan de las auditorías que consisten en evaluar el desempeño del auditor externo, discutir los estados financieros de la sociedad e informar al consejo sobre el sistema de control interno y auditoría interna, incluyendo las irregularidades que encuentren.

Consejo de administración (labor de diligencia)

Los miembros del consejo de administración deberán procurar la creación de valor en beneficio de la sociedad sin privilegiar a un determinado accionista o grupo de accionistas. Deberán actuar como un comerciante diligente, adoptar decisiones razonadas y cumplir los deberes que les impongan la ley y los estatutos, la falta de diligencia en su actuar se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando:

- a) Se abstengan de asistir, salvo causa justificada por la asamblea, a las sesiones del consejo, y en su caso, comités de los que formen parte y se tomen o dejen de tomar decisiones que causen daño a la sociedad.
- b) No revelen al consejo de administración o, en su caso, a los comités de los que formen parte, información que conozcan y que sea necesaria para la adecuada toma de decisiones salvo que se encuentren obligados a guardar secreto al respecto.

Director general

El director general será responsable de la gestión, conducción y ejecución diaria de los negocios de la sociedad. Los informes trimestrales y anuales deberán estar suscritos, cuando menos, por el director general y demás directivos relevantes en el ámbito de sus competencias, y deberán presentarse al consejo de administración para su aprobación.

El director general y los demás directivos relevantes serán responsables de los daños y perjuicios que ocasionen, derivados del ejercicio negligente de sus funciones, a la sociedad o sus subsidiarias. El director general procurará crear valores en beneficio de la sociedad sin privilegiar a un determinado accionista o grupo de accionistas, actuará como un comerciante diligente, adoptará decisiones razonadas y cumplirá los deberes que le impone la ley y los estatutos.

Acuerdos entre accionistas

De conformidad con lo dispuesto en la LGSM, cualquier acuerdo que limite los derechos de los accionistas para votar libremente sus acciones es nulo y carece de validez (LGSM, art. 198). Lo anterior ha limitado los asuntos que pueden ser sujetos de acuerdos entre accionistas de sociedades anónimas mexicanas.

Las SAPI pueden celebrar acuerdos entre accionistas respecto de los siguientes asuntos:

- a) Obligaciones de no desarrollar giros comerciales que compitan con las SAPI, 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 las SAPI.
- 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 LGSM, con independencia de que tales actos jurídicos se lleven a cabo con otros accionistas o con personas distintas de éstos.
- d) Acuerdos para el ejercicio del derecho de voto en asambleas de accionistas, sin que al efecto resulte aplicable el artículo 198 de la LGSM.
- e) Acuerdos para la enajenación de sus acciones en oferta pública (LMV, art. 16 fracción VI).

Los acuerdos entre accionistas sólo serán válidos entre sus partes y no frente a las SAPI, excepto tratándose de resolución judicial.

Registro de la SAPI con o sin oferta

- Una SAPI puede “volverse pública”, registrando sus acciones (o los valores que las representan) en el Registro Nacional de Valores, y listándolas en la Bolsa Mexicana de Valo-

res, S.A. de C.V. (BMV), sin que sea necesario llevar a cabo una oferta pública de las mismas. Para ello, deberá presentar una solicitud de inscripción ante la CNBV y proporcionar a los inversionistas un prospecto de colocación.

- Si una SAPI decide “volverse pública” deberá: tener por lo menos un director independiente como miembro del consejo de administración; contar con un comité formado por miembros del Consejo de Administración para auxiliarlo en el cumplimiento de las prácticas corporativas aplicables a sociedades anónimas bursátiles, y modificar su denominación social a “Sociedad Anónima Promotora de Inversión Bursátil”. Asimismo, las SAPI deberán celebrar una Asamblea General Extraordinaria de Accionistas en la que aprueben un plan de tres años para adoptar gradualmente el régimen legal aplicable a una SAB y se modifiquen sus estatutos sociales para que su estructura accionaria se adecue al régimen aplicable a las SAB.

El capital social de una SAB sólo puede estar representado por acciones comunes. La SAPI que registre sus acciones en el RNV, tendrá la opción de emitir, previa autorización de la CNBV, acciones con derechos limitados (acciones preferentes). Dichas acciones no deben exceder de 25% del capital social colocado entre el público; sin embargo, la CNBV puede extender dicha autorización siempre que las acciones preferentes sean convertidas en acciones ordinarias dentro de los cinco años siguientes, correspondientes a su emisión.

Tratamiento fiscal

Desde el punto de vista fiscal, es necesario señalar que las SAPI tienen la misma obligación de cualquier S.A., es decir, están sujetas a los mismos impuestos y demás cargas impositivas, por lo cual deberán cumplir con todas y cada una de las obligaciones establecidas en el Código Fiscal de la Federación vigente y relativas, debiendo cumplir con las obligaciones establecidas en cada una de las leyes que les aplique.

Según el análisis, con estas reformas se buscaría promover el acceso de capitales a las empresas; consolidar el régimen aplicable a las sociedades anónimas bursátiles mediante la modernización de sus estructuras societarias y el régimen de responsabilidades (gobierno corporativo); actualizar el marco normativo aplicable a las casas de bolsa y entidades financieras participantes en ese sector; reforzar las atribuciones y facultades de las autoridades financieras y modernizar el régimen de delitos y sanciones.

Para lograr lo anterior, la ley impulsaría el desarrollo del capital de riesgo, creando la figura de la Sociedad Anónima Promotora de Inversión (SAPI), como un tipo social intermedio entre una sociedad mercantil común y una sociedad anónima bursátil (aquella que tiene sus acciones listadas en bolsa).

Además, dispone que la SAPI, de manera voluntaria, podría inscribir sus acciones en el Registro Nacional de Valores, que lleva la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para que

comiencen a cotizar en bolsa, siempre y cuando se adopten requisitos de entrega de información periódica de carácter financiero, económico y administrativo, se nombre como mínimo a un consejero independiente en el consejo de administración, se incorpore en el funcionamiento de este consejo a un comité de prácticas societarias y se someta a la consideración de la CNBV un plan para cumplir con todos los requisitos de las empresas bursátiles en un plazo de tres años.

Funcionamiento y ventajas

La SAPI puede adoptar medidas flexibles en cuanto a su funcionamiento, lo cual no puede hacer la S.A., e incluso convenir libremente sobre disposiciones restringidas o prohibitivas a éstas últimas bajo la LGSM conforme a la diferenciación que a continuación se describe:

S.A.	SAPI
Consejeros: 25% del capital social nombrará cuando menos un consejero (LGSM, art. 144).	Consejeros: 10% de las acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido para designar o revocar en asamblea de accionistas a un miembro del consejo de administración (LMV, art. 16, fracción I).
Comisarios: 25% del capital social nombrará cuando menos un comisario (LGSM, art. 171).	Comisarios: 10% de las acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido o sin derecho a voto, para nombrar a un comisario (LMV, art. 16, fracción II).
Convocar asambleas: 33% del capital social podrá pedir por escrito, en cualquier tiempo, al administrador o consejo de administración o a los comisarios, la convocatoria de una asamblea general de accionistas para tratar los asuntos que indiquen en su petición. Podrá pedir se aplace, para dentro de tres días y sin necesidad de nueva convocatoria, la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados. Este derecho no podrá ejercitarse sino una sola vez para el mismo asunto (LGSM, arts. 184 y 199).	Convocar asambleas: 10% del capital social para solicitar al presidente del consejo de administración o, en su caso, a cualquiera de los comisarios, respecto de los asuntos sobre los cuales tengan derecho de voto, se convoque en cualquier momento a una asamblea general de accionistas, o bien, se aplace por una sola vez la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados, para dentro de tres días naturales y sin necesidad de nueva convocatoria (LMV, art. 16 fracción III).

<p>Acción de responsabilidad civil: 33% del capital social podrá ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores y comisarios (LGSM, arts. 163 y 171).</p>	<p>Acción de responsabilidad civil: 15% de las acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido o sin derecho a voto para ejercer la acción de responsabilidad civil contra los administradores y comisarios, en su caso, en beneficio de la sociedad, sin necesidad de resolución de asamblea de accionistas (LMV, art. 16 fracción IV).</p>
<p>Oposición judicial a resoluciones: 33% del capital social podrá oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales de accionistas (LGSM, art. 201).</p>	<p>Oposición judicial a resoluciones: 20% del capital social para oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas de accionistas en las que se tenga derecho a voto (LMV, art. 16 fracción V).</p>

Adquisición de acciones propias

Bajo la LGSM, las S.A. tradicionales no pueden adquirir sus propias acciones, salvo por adjudicación judicial (art. 134).

Conforme a la LMV, la SAPI podrá adquirir sus propias acciones:

- a) Con cargo a su capital contable, en cuyo caso la sociedad podrá mantener dichas acciones.
- b) Con cargo a su capital social, en cuyo caso, las acciones adquiridas deberán ser canceladas o convertirse en acciones de tesorería. Lo anterior estará sujeto a la previa autorización del Consejo de Administración de la SAPI. Las acciones adquiridas por la SAPI no podrán ser votadas en asambleas generales de accionistas durante el tiempo en el que la SAPI sea propietaria de dichas acciones.

Beneficios de la SAPI

- Ofrece un régimen corporativo más flexible y moderno que la S.A.; permite la regulación de determinados derechos corporativos que bajo el régimen de la S.A. se encuentran expresamente prohibidos o cuya efectividad ante los tribunales mexicanos está en duda.
- Permite que accionistas minoritarios puedan ejercer el control sobre el gobierno corporativo de la SAPI, independientemente de su porcentaje en el capital social.
- Permite mecanismos más eficientes para implementar estrategias de salida del capital privado, como derechos de *drag along* y *tag along*.
- Si bien pueden disminuirse (más no aumentarse) los porcentajes para el nombramiento de consejeros o comisarios, son menores que en la S.A., al igual que los porcentajes requeridos para llevar a cabo acciones fundamentales en el gobierno corporativo de la so-

ciudad, como la oposición a resoluciones de asamblea de accionistas o la acción de responsabilidad civil.

Dada la estricta regulación que tienen las SAB muchos consideran a la SAPI como el punto intermedio entre una SAB y una S.A.

Conclusiones

- S.A. moderna.
- La limitante más importante es la capacidad intelectual del abogado para poder estructurar algún esquema.
- La descripción detallada de las responsabilidades, deberes y funciones del consejo de administración (cuando se adopta el aplicable a la Sociedad Anónima Bursátil).
- La deficiencia en algunos temas como la no oposición frente a la sociedad de los pactos entre socios y el tema de la no competencia.
- La necesidad de mayor difusión para que se adopte la figura.

Corporativamente hablando, el modelo de sociedad idóneo para recibir fondos de capital es la SAPI, pues se pueden establecer criterios especiales para los derechos de participación accionaria.

Como se ha mencionado en párrafos anteriores, las SAPI son las nuevas sociedades modernas; son flexibles ya que permiten establecer sus propias reglas o estatutos para su constitución siempre y cuando no se opongan a lo señalado por la LGSM y de la LMV. Ahora bien, depende de la habilidad del abogado para desarrollar un esquema de funcionamiento adecuado a las necesidades propias de la empresa. Por lo mismo, es necesaria una descripción detallada de las responsabilidades, deberes y funciones tanto del director general, como de los diferentes comités, del auditor externo, de los consejeros independientes y del consejo de administración.

Bibliografía

Ley del Mercado de Valores, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de diciembre de 2005.
Ley General de Sociedades Mercantiles, Agenda Mercantil, México, ISEF, 2009.

La protección de las minorías societarias en la Ley del mercado de valores, ¿avance o retroceso?

Introducción

A lo largo de la historia, podríamos afirmar que, desde que el hombre es hombre, no precisamente concebido como un ser racional, sino más bien como especie viva regida por las leyes de la naturaleza, ha venido sosteniendo una lucha de poder, no sólo frente a otras especies que habitan el planeta, sino también con los miembros de su misma especie, lo que necesariamente significa imponer la ley del más fuerte. Con mayor razón esta circunstancia se acrecentó a partir de que desarrolló la facultad de pensar, de razonar, y con ello, de entender la idea de asociación, de los negocios y finalmente de la invención del dinero y su protección.

El estudio y comprensión de casi todas las formas de organización humana, conocidas hasta el momento, nos han mostrado la lucha incansable de algunos seres en aras de lograr el equilibrio de fuerzas entre los débiles y los fuertes en los ámbitos políticos, sociales, culturales y económicos. Por supuesto, lo anterior no se ha logrado y tampoco creo que se logre porque es más una utopía que una realidad, y eso ha quedado demostrado con el fracaso de los sistemas de gobierno que lo han procurado. Sin embargo, el medio que comúnmente se utiliza para dar reflejo a esa voluntad de equilibrio, es la redacción de la leyes, y es en este rubro, aunque todo pueda quedar en papel, que podemos afirmar que ha habido avances significativos durante los últimos siglos con el fin de intentar acortar las diferencias entre los que más y los que menos tienen, económicamente hablando, en particular del siglo XIX a la fecha, cuestión donde México no es la excepción.

Adentrándonos un poco en el tema particular que deseo tratar, la desigualdad a la que me refiero, no sólo opera entre individuos de distinta clase social o económica, por ejemplo, cito a la burguesía identificada en la figura del patrón frente a la clase proletaria, cuya imagen por excelencia es el obrero, sino también entre los miembros de una misma clase, aun y cuando se supone que persiguen un interés común. En referencia a lo anterior, el presente ensayo se ocupará del sector conformado por los patrones de empresa, es decir, por los socios accionistas que invierten su dinero en la creación de tales negociaciones, definiremos algunos de los derechos y obligaciones que les son propios de acuerdo con su aportación económica, y

con ello las diferencias reconocidas en algunos ordenamientos del Derecho positivo mexicano, lo cual nos permitirá adentrarnos en las prerrogativas que actualmente poseen las minorías. Además, nos enfocaremos exclusivamente en las sociedades anónimas generales reguladas en la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), en las sociedades anónimas promotoras de inversión simples, las sociedades anónimas promotoras de inversión bursátiles y las sociedades anónimas bursátiles, cuya normatividad encontramos en la Ley del Mercado de Valores.

Concepto de minoría y mayoría

Las definiciones de minoría y mayoría deben estudiarse en conjunto por la simbiosis que guardan entre sí. La existencia de mayoría, al mismo tiempo significa la de la minoría y por la naturaleza de ese fenómeno, necesariamente dependen una de la otra. Bajo ese orden de ideas, al analizarse desde un punto de vista cuantitativo, es decir, aquel que tiene relación con el número de algo, sabemos que dos personas son mayoría frente a una; en cambio, si analizamos el aspecto cualitativo donde lo que interesa es precisamente la cualidad de la cosa, por ejemplo, la proporción de un derecho que se posee, concluiremos que una persona que ejerce el dominio sobre 60% de un bien, tendrá mayor poder sobre un grupo de tres o cuatro personas que en conjunto detentan el 40% restante. De lo anterior, inferimos que minoría puede referirse a la inferioridad numérica en el campo cuantitativo, o bien, a la posición no dominante en el ámbito cualitativo.

Por la forma en que nuestra legislación regula el derecho societario, es el tipo cualitativo el que será objeto de estudio en este trabajo, ya que es ese el factor que la ley toma en cuenta para ejercer el control de las empresas y medir el nivel de injerencia que los socios tendrán en las decisiones, y todo dependerá del porcentaje que cada uno de ellos tenga dentro del total de la proporción accionaria.

La protección de las minorías societarias en el derecho mexicano

El conocimiento jurídico reconoce que el derecho de asociación y la protección del patrimonio de los accionistas son garantías fundamentales consagradas en nuestra Carta Magna, y que van relacionadas directamente con las consabidas garantías de libertad e igualdad. Entiéndase por libertad, en forma general, aquella facultad adecuada a los intereses de la sociedad de un Estado, mediante la cual el individuo realiza los fines que se ha propuesto dentro de los límites impuestos por el orden jurídico y a favor de la persistencia de las relaciones armónicas entre los individuos que la integran. Luego, si aplicamos esa misma definición al ámbito particular de la empresa, puede entenderse como aquella potestad que tienen los individuos para constituir una persona moral para la consecución de objetivos plenamente identificados, cuya realización es constante y permanente, donde la relación interna entre los

accionistas deba desarrollarse dentro de los límites impuestos por acuerdo de ellos o por la ley, a fin de conservar su relación armónica.

Con respecto al rubro de la igualdad, podemos decir que es aquella que reconoce a los ciudadanos la capacidad para ejercer los mismos derechos, sin embargo es evidente que la igualdad no puede ser absoluta ante las innegables diferencias que acusan entre sí los accionistas de una negociación mercantil, por lo que la legislación se ve obligada a adecuar su contenido en relación con tales circunstancias. Es precisamente en la interpretación de igualdad donde se dan los problemas al proteger a las minorías dentro de la organización societaria, pues una vez que el ser humano hace uso de su libertad para asociarse, por reflejo pide respeto a lo que le pertenece, exigiendo un marco de igualdad en derechos y obligaciones frente a sus asociados, especialmente cuando el que exige es quien posee una participación minoritaria al sentirse desprotegido.

De esta manera, las sociedades anónimas, que son por naturaleza sociedades de capitales y por regla general variable, nos hace saber que la conformación de su haber social no es siempre homogénea, ya que es un evento aleatorio que dos o más socios lleguen a coincidir en el monto de la aportación que hacen en bienes y dinero. En virtud de lo anterior, la convivencia entre ellos dentro de un mismo territorio en aras de definir la organización, funcionamiento y dirección de las empresas, es un hecho generador de tensiones y desavenencias. Esto hace necesario que en sus estatutos sociales se estipule el porcentaje de participación accionaria que validará las distintas determinaciones, que podrían ser desde la simple convocatoria a una asamblea hasta la impugnación de las decisiones que se tomen en ella.

Al respecto, es importante destacar que si bien es cierto dentro de las normas que rigen el Derecho mercantil se dice que otorgan preferencia a la voluntad de las partes, con lo cual podríamos asumir que el mínimo porcentaje para impugnar una decisión debiera ser el que estipulen los accionistas, también es más cierto que esto no es así, pues en diversos casos, sobre todo los de mayor relevancia. Por ejemplo, en la revocación de un miembro del consejo de administración es la ley la que fija el rango mínimo de proporción accionaria que puede poner sobre la mesa de discusión ese punto, o bien, validar la determinación final, de tal manera que la libre voluntad como ley suprema en realidad no existe por estar sobre de ella el texto de la ley. Así que la ley suprema en realidad no es la de los dueños de la empresa, sino la del legislador. Por obvias razones, es posible afirmar que la protección de las minorías se genera más por voluntad del legislador, digamos, como imposición, que como acto de buena voluntad acordado por los propios socios, mucho menos, por quienes representan las mayorías en las proporciones accionarias.

En México, la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) y la Ley del Mercado de Valores (LMV) son las encargadas de regular a las sociedades anónimas en sus distintas modalidades, y con ello los derechos y obligaciones de los socios atendiendo a su participación accionaria. Debe recordarse que la LMV es una ley reciente cuya característica principal es definir a las sociedades anónimas promotoras de inversión simples, sociedades anónimas promotoras de inversión bursátiles y finalmente a las sociedades anónimas bursátiles, cuyas siglas de todas ellas en el ámbito jurídico las conocemos como SAPI, SAPIB y SAP, respectivamente.

Es por virtud de la Ley del Mercado de Valores que muchos de los porcentajes accionarios enunciados en la Ley General de Sociedades Mercantiles fueron mayormente reducidos creando la sensación a juristas y otros interesados en la materia, que uno de los objetivos primordiales de dicha ley fue la protección de las minorías. De hecho, me atrevo a decir que hasta el momento en que escribo el presente trabajo, el único disidente de esa opinión lo es el suscrito, ya que desde mi perspectiva personal, sólo se trata de simples números porcentuales que el legislador optó por reducir en mayor medida dentro de la Ley del Mercado de Valores, respecto de lo que ya eran en la Ley General de Sociedades Mercantiles, porque los porcentajes que ha marcado esta última desde hace décadas, nunca han dejado de ser mínimos. Recordemos que para efectos jurídicos como en las matemáticas, todo número menor a otro se le considera minoría.

De la simple lectura de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se observa que uno de los porcentajes que se marcan con mayor recurrencia para tener derecho a algo, es el 33%, por ejemplo, para accionar civilmente ante la autoridad judicial en contra de los consejeros, accionistas o directivos de la sociedad, lo que a mi consideración representa indudablemente un porcentaje mínimo respecto al cien, pero habrá personas, que vendrán a decirles que eso “no necesariamente lo es”, por lo que entonces habría que ignorarles, ya que cuantitativa o cualitativamente quien sólo posee o representa la tercera parte de algo, sí se considera minoría en relación con las otras dos terceras partes.

Al respecto, mencionaremos las principales diferencias que en materia de porcentajes accionarios pueden encontrarse en la Ley del Mercado de Valores, reguladora de las Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión, Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión Bursátiles y Sociedades Anónimas Bursátiles, en comparación con la Ley General de Sociedades Mercantiles, reguladora de la Sociedad Anónima en general:

Derecho a:	S.A. (LGSM)*	SAPI (LMV)**	SAPIB-SAB (LMV)
Nombrar a un consejero	25%	10%	10%
Nombrar a un comisario	25%	10%	N/A
Convocar a asamblea de accionistas	33%	10%	10%
Ejercer responsabilidad civil contra los administradores	33%	15%	5%
Oposición a las resoluciones de la asamblea	33%	20%	20%
Designar o revocar miembros del consejo de administración	25%	10%	10%

* LGSM: Ley General de Sociedades Mercantiles.

** LMV: Ley del Mercado de Valores.

Conclusiones

El objetivo principal de este trabajo fue ilustrar brevemente las diferencias que existen entre la Ley General de Sociedades Mercantiles y la Ley del Mercado de Valores en cuanto a los porcentajes mínimos que se requieren para el ejercicio de determinados actos dentro de las empresas por parte de los accionistas. Además de expresar la opinión personal que se tiene al respecto en cuanto a la utilidad o justicia que hay en ello, por lo que en ese tenor, debo decir que el significado de “minoría” genera una subjetividad innecesaria para muchos profesionales del Derecho y de otras ramas profesionales, esto en virtud de la resistencia que muestran en aceptar que uno siempre es minoría respecto a dos, o que 49% siempre es minoría respecto a 51% restante. Por consiguiente, habremos de encontrarnos con una serie de opiniones doctrinales que desde mi punto de vista, para lo único que sirven, es para generar confusión e incertidumbre, situaciones muy peligrosas desde el ámbito jurídico, en especial cuando hablamos de controversias judiciales. Basta recordar lo que los abogados litigantes acostumbramos ver en materia de litigios cuando los jueces resuelven un asunto o cuando la Corte emite jurisprudencia con base en una apreciación subjetiva perversa que por naturaleza niega la ley al momento en que distorsionan la realidad que se encuentra frente a sus ojos.

Considero entonces que lo correcto es asumir que la Ley General de Sociedades Mercantiles en la parte que concierne a las sociedades anónimas, siempre ha protegido a las minorías, y que lo hace de una forma más razonable a como lo estipula la Ley del Mercado de Valores, porque desde mi punto de vista, ese 33% o aquel otro 25% que por lo general se requieren como participación accionaria a fin de ejercer ciertos derechos, indiscutiblemente son una parte mínima respecto al todo. Luego entonces, es falso aquello que dicen muchos expositores, en el sentido de que la Ley del Mercado de Valores esté concebida por naturaleza para proteger a las minorías, como si la que le precede no lo hubiera hecho, haciéndolo ver como un atributo novedoso cuando la realidad es que su única cualidad es haber hecho una simple reducción de los porcentajes ya existentes a fin de extender el beneficio a un sector específico de los accionistas para que en lo individual o en conjunto, les cueste menos trabajo reunir la cantidad necesaria para impugnar algunas de las decisiones que tienen que ver con la administración y dirección de la empresa. Como sea, desde mi opinión no deja de ser motivo de preocupación el que los legisladores, en aras de beneficiar a un sector “minoritario” de las empresas, por simple consecuencia, vengán a afectar a la mayoría cuando es un hecho innegable que en toda democracia son las mayorías las que deben superponerse a las minorías.

Creo que el poder que se pueda otorgar a un número cada vez menor de individuos o porcentajes para impugnar una decisión tomada por la mayoría, tiende a degenerar la esencia del derecho y la justicia, porque una vez que la minoría cuenta con la posibilidad de que su inconformidad prospere ante la autoridad judicial, el resultado innegable es que las minorías estarían rigiendo sobre las mayorías. Desde mi punto de vista, sigue teniendo mayor va-

lor la Ley General de Sociedades Mercantiles ante la Ley del Mercado de Valores, precisamente por la seguridad que para las mayorías significa el hecho de que no cualquiera pueda venirles a hacer un escándalo, al menos no tan fácil.

Como ya lo mencionamos, la simbiosis entre los conceptos de mayoría y minoría necesariamente significa que lo concedido en beneficio de una, supone lo contrario para la otra, por lo que habiendo necesidad de elegir, me hago partícipe de procurar la seguridad hacia lo que prefiere la mayoría en lugar de lo que pretenden las minorías. Pensemos, por ejemplo, en el caso de una responsabilidad civil en contra de los administradores, iniciada sólo por 5% de la participación accionaria, lo que en lo personal me parece una locura, pero no dudo que la opinión en contra suponga que hemos tenido un gran avance en nuestras leyes por el poder que se confiere a cinco en contra de noventa y cinco. Quizá esto último se deba a la naturaleza del ser humano en tener sueños de heroísmo, cosa que desde un punto de vista novelesco es muy llamativo, pero para efectos prácticos es una verdadera desgracia. Para entenderlo, simplemente pongámonos en el papel de que siendo usted el que aporta noventa y cinco pesos, se le ponga en riesgo para proteger al que sólo aportó cinco. Sería lo mismo que aquello que luego se ilustra en las películas de guerra donde mandan a morir diez para salvar a uno.

Por todo lo que se ha explicado anteriormente, pareciera un tema complicado de determinar si la protección que se hace a las minorías, reduciendo cada vez más los porcentajes, significa un avance o un retroceso en nuestro sistema jurídico, sin embargo, considero que lo único que se necesita tener es sentido común para resolver de la mejor manera, aquello que resulta menos perjudicial para una situación concreta. De todas formas, no existe ninguna situación que tenga la solución perfecta donde todo sea bueno y nada malo o viceversa. También creo que nuestra visión de las cosas dependerá primordialmente de que pertenezcamos al grupo mayoritario o minoritario dentro del negocio. Digamos que todo es cuestión de enfoques; como quiera que sea, la lucha de intereses existirá para siempre y alguien saldrá necesariamente dañado.

Bibliografía

Obras consultadas

- MONTIEL CASTELLANOS, Alberto, *El gobierno corporativo y sus responsabilidades fiscales*, México, DoFiscal, 2011.
- Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia, *Las garantías de igualdad* (Colección Garantías Individuales), t. 3, 2ª ed., México, 2012.
- Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia, *Las garantías de libertad* (Colección Garantías Individuales), t. 4, 2ª ed., México, 2012.

Fuentes electrónicas

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *Protección de las minorías*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, consultado el 3 de enero de 2013, disponible en: <http://goo.gl/tWnhbF>

GALAZ, YAMASAKI, RUIZ URQUIZA, *El gobierno corporativo y los derechos de las minorías*, consultado el 3 de enero de 2013, disponible en <http://goo.gl/C2dcxU>

Ley del Mercado de Valores (versión electrónica), consultado el 4 de enero de 2013, disponible en <http://goo.gl/Evjxz>

Ley General de Sociedades Mercantiles (versión electrónica), consultado el 4 de enero de 2013, disponible en: <http://goo.gl/UDXI>

Plan Nacional de Desarrollo 2007–2012, consultado el 4 de enero de 2013, disponible en: <http://goo.gl/23fMb0>

